

Apuntes para la incorporación del fondo de comercio en RD

JOTTIN CURY HIJO



Apuntes para la incorporación del fondo de comercio en RD



JOTTIN CURY HIJO

Apuntes para la incorporación del fondo de comercio en RD

JOTTIN CURY HIJO





APUNTES PARA LA INCORPORACIÓN
DEL FONDO DE COMERCIO EN R. D.

Autor:

Jottin Cury hijo

Primera edición:

Diciembre, 2018

Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Avenida 27 de Febrero esquina Avenida Gregorio Luperón,
Plaza de la Bandera y del Soldado Desconocido,
Santo Domingo Oeste, República Dominicana,
Teléfonos: 809-274-4445 y 809-274-4446

www.tc.gob.do

Cuidado de la edición:

Leonor Tejada

Diagramación:

Yissel Casado

Diseño de portada:

Enrique Read

Impresión:

Serigraf

ISBN: 978-9945-610-18-5

Impreso en República Dominicana

Printed in Dominican Republic

DEDICATORIA

In memoriam

A mi padre, quien me legó lo más preciado que se le pueda transmitir a un hijo: su ejemplo.

A mi madre, Julia David, mujer noble y desinteresada, quien tanto incidió sobre mí para que abrazara esta disciplina.

A mi primera esposa, Fátima Aracelis Melo Soto, infatigable emprendedora, quien cosechó tantos éxitos en su corta existencia, al tiempo de mitigar numerosas adversidades que me correspondió enfrentar junto a ella.

A mi primo, Miguel Cury, auténtico familiar, quien me brindó sincero afecto y siempre estuvo presente en momentos difíciles.



A mi compañera, Lilian Carrasco de Cury, mujer extraordinaria, cuya comprensión y solidaridad me han permitido seguir trillando el difícil camino de la vida.

A mis hijos, Paula, Jottin, Isabel e Iván, quienes constituyen el motor de mi existencia.

A mi profesor y amigo, Juan Manuel Velázquez Gardeta, cuya colaboración fue esencial para la culminación de esta modesta investigación.

CONTENIDO

Dedicatoria	7
Abreviaturas utilizadas	13
Presentación	15
Prólogo	19
CAPÍTULO INTRODUCTORIO	25
CAPÍTULO I	
Evolución histórica, concepto y naturaleza jurídica del fondo de comercio	35
Evolución histórica.....	36
Concepto	42
Naturaleza jurídica del fondo de comercio.	55
Conclusiones	73
CAPÍTULO II	
Elementos constitutivos del fondo de comercio	77
Los elementos del fondo de comercio en la legislación francesa	79
Los elementos incorporeales del fondo de comercio	81
La clientela	82
El valor llave	95
Los signos definitivos.....	98
El nombre comercial.....	100
La enseña	106
El nombre comercial en la legislación dominicana	109
Los derechos de propiedad industrial y comercial	114

Las marcas de fábrica de comercio y servicios	115
Las marcas de fábrica en la legislación dominicana	123
Las patentes de invención.....	129
Las patentes de invención en la legislación dominicana.....	133
Los diseños y modelos	152
Los diseños industriales en la legislación dominicana	156
Secretos de fábrica	160
El saber hacer (<i>savoir faire/know how</i>)	161
Software y programas de ordenadores.....	162
Topografía de productos semiconductores.....	162
Contrato de edición, derecho de propiedad literaria y artística.....	163
Ley No. 65-00 sobre derecho de autor y su reglamento de aplicación en la República Dominicana	163
Licencias o autorizaciones administrativas	169
Elementos incorporeales no cesibles con el fondo:	
créditos, deudas y contratos.....	172
Elementos corporales del fondo de comercio	175
Los materiales y las herramientas	177
Las mercaderías o mercancías	181
Diferencia entre material y herramientas y mercaderías o mercancías.....	183
Conclusiones	186

CAPÍTULO III

El arrendamiento de los locales comerciales y

la locación gerencia..... 189

El arrendamiento en la República Dominicana	191
El arrendamiento de los locales comerciales en Francia	215
La locación gerencia	243
Naturaleza jurídica de la locación gerencia.....	245
Diferencias entre la locación gerencia y otros contratos.....	247
Condiciones de forma del contrato de locación gerencia	254
Condiciones de fondo del contrato de locación gerencia.....	256
Efectos del contrato de locación gerencia.....	258
Conclusiones	284

CAPÍTULO IV

La venta y pignoración del fondo de comercio283

- La venta del fondo de comercio.....289
- Condiciones de fondo del contrato de venta.....291
- Condiciones de forma del contrato de venta.....297
- Publicidad de la venta del fondo de comercio.....302
- Las oposiciones de los acreedores quirografarios del
vendedor del fondo de comercio307
- La puja ulterior de la sexta parte309
- Condiciones relativas al precio de venta310
- Obligaciones del vendedor313
- Garantía de los vicios ocultos318
- Obligaciones del comprador319
- El privilegio del vendedor del fondo de comercio.....321
- La acción resolutoria325
- Venta de los elementos incorporeales del fondo331
- La venta de los elementos corporales del fondo.....338
- Efectos de la venta para los acreedores del vendedor339
- La ejecución forzosa del fondo de comercio.....340
- Distribución del precio entre los acreedores342
- El aporte del fondo de comercio a una sociedad.....344
- El usufructo del fondo de comercio.....348
- Pignoración del fondo de comercio353
- Pignoración convencional y judicial.....355
- Efectos de la pignoración361
- Pignoración del material y las herramientas363
- Efectos de la pignoración sobre el material y las herramientas..368
- Conclusiones370

CAPÍTULO V

**El fondo de comercio como derivado de dos derechos
constitucionales: el de propiedad y el de la libre empresa375**

- El derecho de propiedad y de libre empresa377
- El derecho de propiedad383
 - Los derechos de propiedad incorporal.....389

El derecho a la libre empresa	394
La empresa y la libre competencia	409
Conclusiones.....	418

CAPÍTULO VI

El punto comercial en la República Dominicana.....	421
Situación actual del punto comercial en la República Dominicana.....	423
El punto comercial en el contexto jurídico dominicano	428
Decisiones recientes de altos tribunales en relación al fondo de comercio	452
El fondo de comercio a partir de los Anteproyectos de Código de Comercio de 1984 y de 2000	459
El Anteproyecto de Código de Comercio de 1984.....	460
Anteproyecto de Código de Comercio de 2000.....	463
Conclusiones	473
Conclusiones generales	475
Bibliografía.....	485

ABREVIATURAS UTILIZADAS

APEC	Acción Pro Educación y Cultura
Art.	Artículo
Br.	Bachiller
CA	Corte de Apelación
Cas. civ.	Corte de Casación, Cámara Civil dominicana
Cass. civ.	Corte de Casación, Cámara Civil francesa
Cass. com.	Corte de Casación, Cámara Comercial francesa
Cass. req.	Corte de Casación, Cámara de Consulta francesa
Déc.	Décembre/ diciembre
Dir.	Director
DR CAFTA	Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos
Etc.	Etcétera
Févr .	Février/ febrero
FINJUS	Fundación Institucionalidad y Justicia
Inc.	Incorporado
Janv.	Janvier/ enero
JCP	Juris-Classeur Périodique
Juill.	Juillet
No.	Número
Nov.	Novembre/ noviembre
Oct.	Octobre/ octubre
Op. cit.	(opus citatum) obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
S.	Siguientes
S.A.	Sociedad Anónima

PRESENTACIÓN

El libro de Jottin Cury hijo, muestra las dos perspectivas en las que ha desarrollado su vida profesional, la de abogado y la de magistrado del Tribunal Constitucional dominicano. En su excelente estudio sobre el llamado Fondo de Comercio, Cury se preocupa por la situación precaria que sufren muchos arrendatarios en una economía tan informal como la de República Dominicana, cuando el propietario reclama la revocación del contrato de un local comercial aprovechándose del “fondo” de negocio que han creado aquéllos con su esfuerzo durante años, sin tener de su lado a una judicatura que adolece de ser positivista y no muy abierta a los problemas sociales que no están claramente abordados por el legislador. Aquí vemos al alma del abogado.

La otra perspectiva, es la del magistrado. En esta obra, el autor hace una labor de orfebrería jurídica insertando al fondo de comercio en la Constitución dominicana. Más exactamente en el artículo 51 (derecho de propiedad), conectado al 50 (libertad de empresa). Cury llega a sugerir que quizá podría interpretarse que tales preceptos ampararían una protección legal del fondo de comercio, aunque él prefiere acometer una reforma de la Constitución.

Hay otra aportación –en este caso política– de gran calado, que consiste en promover la regulación detallada y explícita del

fondo de comercio por ley, y su registro administrativo, como modo de recaudar tributos, por un Estado tan necesitado de ellos, con ocasión de transacciones inmobiliarias sobre locales comerciales.

El trabajo que hay depositado en este espléndido libro es de una enorme dificultad y, a la vez, de una utilidad formidable. El fondo de comercio es una realidad económica que demanda una respuesta jurídica. Como siempre ha sucedido en la historia. Y para ello hay que entender el concepto. Eso es lo que hace el autor. Desentrañar tal figura, tan sofisticada en alguno de sus elementos. El fondo de comercio, estudiado y regulado exhaustivamente por el derecho francés, es de una naturaleza intangible e incorpórea, aunque mensurable monetariamente. Si se quiere, claro. Porque en muchos ordenamientos no encontramos una legislación y una jurisprudencia a la altura del concepto.

El fondo de comercio, tal como Cury lo enfoca, tiene como elemento esencial a la clientela. A la clientela real y a la potencial. Es el mayor tesoro de una empresa o establecimiento. La clientela se consigue a través de muchas cosas, que se investigan con detenimiento en la obra. El valor de una empresa suele ser mayor que su estricto valor contable. Forma parte de él la reputación que ha logrado en el mercado, su eficiencia, su competitividad, sus propiedades industriales e intelectuales, en definitiva, la capacidad de beneficio que posee. De ahí que, junto al fondo de comercio positivo, pueda existir el fondo de comercio negativo cuando el valor en mercado de una empresa sea inferior al que tienen sus activos reales en contabilidad. Las causas de ello pueden ser diversas: mala imagen, baja eficiencia productiva, débil impacto o cuota de mercado, etc.

El autor no se conforma con definir los conceptos básicos y profundizar en la controvertida naturaleza jurídica del fondo de

comercio. Desarrolla, con cabeza de fino jurista y experiencia litigante en el foro, sus elementos constitutivos: incorporales (los más típicos y los que se estudian más extensamente a la luz del derecho dominicano) y los corporales. Asimismo, dedica todo un capítulo a un negocio jurídico trascendental para el fondo de comercio: el arrendamiento de los locales comerciales, comparando el derecho dominicano con el francés, cuya capacidad regulatoria es ensalzada inequívocamente por el autor.

Cury hace, además, una incursión capital en un momento relevante en la vida del fondo de comercio, que es su venta. También en su pignoración. En la venta del fondo de comercio está la prueba de la corrección técnica de su regulación jurídica. Si se puede valorar adecuada y justamente el fondo de comercio estaremos ante una buena y útil legislación o jurisprudencia. Si no se puede, la regulación será suficiente y frágil. Por eso, el autor termina su obra haciendo una audaz propuesta de *lege ferenda* que bien haría el legislador y el juez en atender.

En suma, magnífico libro, primorosamente redactado, pedagógico y fácil de leer, que significa una aportación de gran talla al derecho de los negocios y a la idea de Constitución Económica, que está avanzando poderosamente en el neoconstitucionalismo latinoamericano.

Diego López Garrido

Catedrático emérito de Derecho Constitucional
de la Universidad de Castilla La Mancha
y letrado de las Cortes Generales

PRÓLOGO

Es para mí un gran honor y placer escribir unas líneas a modo de prólogo a esta obra que, sin ninguna duda, servirá para aumentar el nivel de protección jurídica de uno de los sectores fundamentales de la economía de la República Dominicana como es el pequeño comerciante.

Es, además, una notable responsabilidad porque me obliga a intentar no desentonar con el nivel intelectual y de rigor investigativo de las páginas que siguen. Asimismo, porque considero a Jottin Cury un ejemplo de jurista y de persona comprometida con sus ideales y no me gustaría retrasar al lector con palabras vanas el disfrute de este libro que debe ser su principal objetivo.

No obstante, sí quiero detenerme brevemente, dada la ocasión que se me brinda, en introducir esta aportación a los académicos del sistema jurídico dominicano, a los operadores jurídicos y a la sociedad en su conjunto por mi implicación personal en su elaboración.

Cuando Jottin Cury me propuso –antes de conocernos personalmente– como tema de tesis doctoral el estudio del punto comercial en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana, yo le pregunté por las cuestiones que a él se le antojaban problemáticas en esa cuestión. En seguida me hizo una relación de aquellas lagunas del sistema que causaban indefensión en el

comerciante, todas ellas de mucha enjundia y repercusión práctica donde se percibía claramente el desamparo del titular del punto de comercio, frente al propietario de su local, al Estado y otros comerciantes de mayor nivel económico.

No fue, sin embargo, hasta que -en mis sucesivas visitas a Santo Domingo, por motivos de docencia en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), en el marco del Máster que los profesores de la Universidad del País Vasco impartimos allá- tomé conciencia de la importancia del estudio y de su valor para una mejora de la cobertura del sistema jurídico dominicano. Pasear por las calles de Santo Domingo, muchas veces en compañía del propio Jottin y de su esposa Lilian, era la mejor manera de percibir que aquella tesis no era un experimento de laboratorio, sino que definía, poniendo negro sobre blanco, los márgenes de la protección de tantos humildes comerciantes, cumplidores de sus obligaciones fiscales y administrativas con el Estado, que ven como la inseguridad jurídica lastra de incertidumbre la pervivencia de su negocio. Pero, además, a nadie se le oculta, que este sector minorista, cumplidor de sus compromisos y que da un servicio a nacionales y extranjeros, es un pilar fundamental de la economía de este país. Por tanto, merecía de una normativa a la altura de dicha importancia.

Todas estas cosas las fui aprendiendo mientras caminaba por la Zona Colonial de esta maravillosa ciudad y hablaba con la gente que el propio Jottin me presentaba. En este sentido, debo decir, que Jottin Cury eligió un tema que suponía interesarse por sus compatriotas más humildes haciendo honor a un apellido que, por legado paterno, inspira respeto y consideración máxima en el pueblo dominicano por hacer de la honradez, la coherencia y el compromiso desinteresado con su nación en los momentos más difíciles, su estandarte y su máxima insoborna-

ble. Esa herencia marcó al Dr. Jottin Cury que quiso, con esta tesis que ahora llega a su publicación y con toda su actividad jurídica, estar al lado del pueblo dominicano haciendo gala de un nacionalismo bien entendido incluso cuando dicha actitud no aporte siempre una rentabilidad inmediata.

En este libro que compendia los aspectos fundamentales de aquella tesis doctoral, se hace un estudio de aquellos aspectos en los que el ordenamiento jurídico no proporciona la cobertura legal suficiente a este sector grande, pero humilde de la sociedad dominicana.

Por destacar algunos casos me detendría en propuestas concretas de *lege ferenda* que el Dr. Cury realiza. En primer lugar, para mí la más importante, las limitaciones al derecho de propiedad que se sugieren cuando entren en colisión con los derechos del arrendatario titular del punto de comercio. Resulta brillante en su sencillez expositiva, pero que esconde un razonamiento jurídico inapelable, la consideración como no puestas de las cláusulas limitativas en materia de arrendamiento comercial y las que consignan la prohibición del inquilino de invocar derechos sobre el punto comercial. Partiendo del perjuicio que a la parte más débil de esta relación de arrendamiento se le causa, sin erosionar ni un ápice los fundamentos del derecho de propiedad, y sin olvidar que, en estos contratos, la mayoría de las veces, la negociación no existe, el Dr. Cury innova sugiriendo que el fondo de comercio sirva como contrapunto a unos derechos omnímodos –y a veces abusivos– del propietario del local. Toda su argumentación parte de una rigurosa interpretación del texto constitucional dominicano adaptándola a los tiempos que corren y a la coyuntura social y económica del país.

Acompañando esta iniciativa, resulta fundamental la aprobación de una ley de arrendamientos en los términos propuestos y

que recoja plazos claros para un primer arrendamiento del local de negocio y sus sucesivas renovaciones, teniendo en cuenta imponderables como la devaluación del peso dominicano. Resulta muy acertada la asunción de la normativa de arrendamientos francesa, cuyo modelo sirve de referencia, por otra parte, en todo el trabajo.

Otras sugerencias prácticas incorporadas en este estudio serían la creación de un sistema de registro y publicidad para determinar la cantidad de establecimientos comerciales que operan en el país. Incluso, lo recomendable sería volver al sistema de patentes. Esta iniciativa no solo beneficiaría la seguridad jurídica, sino que iría a favor del control fiscal ya que incorporaría a grandes bolsas de comercio informal al registro y control por el Estado, eliminando o mitigando notablemente al menos el agravio comparativo que sufren los comerciantes debidamente regularizados.

No exentos de interés, más bien al contrario, los capítulos históricos y de análisis de la legislación dominicana. En el primero de ellos se profundiza en el origen del concepto de fondo de comercio en la Francia napoleónica y a partir de ahí se define su naturaleza jurídica para construir en base a ese concepto original los términos de su regulación jurídica actual.

En el segundo se estudia la legislación dominicana que, a pesar de sus lagunas, incorpora algunos elementos de regulación del fondo de comercio y que, como gran acierto propone, el Dr. Cury, en todo aquello que no figure habrá que buscar la analogía en la legislación francesa, clara inspiradora de la normativa nacional.

Podría seguir escribiendo sobre el contenido de esta obra, pero creo que tan importante como su contenido es su tono y su estilo. El autor nos introduce sin esfuerzo aparente en su tesis, como si los años de lecturas y de investigación no estuvieran presentes, como si la dedicación y el tesón inagotable de profundización en

leyes, sentencia y doctrina nacional y extranjera no se notase. Su prosa nos permite discurrir por el texto a ritmo rápido, porque sus ideas están tan sólidamente fundamentadas que no cabe otra cosa que dejarse llevar hacia lo irrefutable de sus conclusiones. Y esa sencillez que se trasluce en claridad expositiva es engañosa porque detrás de cada párrafo hay un trabajo de orfebrería jurídica y de duda permanente que viene como consecuencia de la férrea autoexigencia del autor. No quiero terminar sin dejar constancia de dos sentimientos sinceros.

En primer lugar, mi satisfacción por ayudar a que este trabajo de investigación que obtuvo la máxima calificación en su defensa en julio de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) llegara a buen fin. Aunque debo decir, sin falsa modestia, que poco pude guiar a su autor salvo en el cumplimiento de las normas administrativas de mi Universidad dado que él ya tenía puesta la velocidad de cruce en su investigación que avanzaba sin necesidad de consejos.

En segundo lugar, mi agradecimiento a Jottin Cury y a su esposa Lilian Carrasco, magníficos anfitriones y también cicerones que me han hecho conocer la República Dominicana, su pueblo, su idiosincrasia y su ser de tal manera que hacen de mi un visitante privilegiado y es por ello que ya siento muchas de las alegrías y tristezas de este país como propias y, también, sin duda, me ha sido sencillo situarme en el núcleo del problema jurídico tratado en este libro.

En San Sebastián a 16 de octubre de 2018

Juan M. Velázquez Gardeta

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

Lo que se conoce actualmente en la República Dominicana como punto comercial, y que en Francia y otros países se denomina fondo de comercio, requiere atención inmediata por parte del legislador dominicano. Hasta el momento, no se cuenta con un cuerpo de leyes que reglamente este importantísimo aspecto del Derecho Comercial. Una de sus vertientes más preocupantes se manifiesta en el arrendamiento de los locales comerciales, la cual constituye una de las causas principales que nos ha motivado a estudiar esta figura jurídica, en vista de las arbitrariedades que se cometen constantemente en perjuicio de los comerciantes arrendatarios.

En el estado actual de nuestro derecho positivo, el comerciante arrendatario no goza de la más mínima protección para evitar ser desalojado de forma arbitraria por el propietario, puesto que este último no toma en consideración los grandes sacrificios personales que realiza su inquilino para acreditar el inmueble que le sirve de soporte a su actividad comercial. Más claramente, no existe un marco legal que proteja al inquilino que desarrolla su punto comercial, el cual representa un patrimonio importante, cuyo valor resulta del tiempo y otros factores

empleados por su propietario en la adquisición y conservación de una clientela.

El legislador dominicano no se ha preocupado por reglamentar el punto comercial, el cual se desenvuelve de manera informal en nuestro medio económico. No es esta una excepción de los hombres llamados a dotarnos de una legislación moderna y coherente, porque si algo nos caracteriza es la apatía en ajustarnos a las exigencias que imponen los nuevos tiempos y los obligados avances que ellos reclaman.

Los problemas que suscita la negociación del punto comercial se resuelven, cuando pueden ser resueltos, gracias a la buena voluntad, tolerancia y permeabilidad de los interesados. Sin embargo, frente a una legislación con tantas limitaciones como la nuestra, conviene recordar que es una cuestión de hecho, cuya creciente importancia económica demanda ya especial atención por parte del legislador dominicano.

Conviene señalar que el punto comercial supone casi siempre la existencia de un local, y son muy contados los casos en que el propietario del mismo lo es también del inmueble en que desarrolla su negocio. Para expresarlo con mayor claridad, la venta de un punto comercial requiere, por quien no es propietario del inmueble, el derecho a ceder el local alquilado que, en la mayoría de los casos, le está contractualmente prohibido.

El auge comercial experimentado en la República Dominicana en los últimos años hace necesario que se instituya una serie de normas que reglamenten el punto comercial. Para ello, se podría tomar como marco de referencia la ley francesa, puesto que por razones históricas, nuestros códigos son una copia

de los napoleónicos del siglo XIX¹, los cuales han servido para solucionar los innumerables conflictos que se han suscitado entre nosotros.

Sin embargo, es preciso tomar en cuenta, *mutatis mutandis*, las grandes diferencias existentes entre el país que nos legó sus códigos, y el nuestro. Francia, con el devenir del tiempo, ha ido actualizando su legislación, lo que no ha ocurrido en la República Dominicana. En vista de que nuestro cuerpo de leyes es esencialmente una herencia francesa, y la noción de fondo de comercio es una invención gala, entendemos que conviene adoptar su sistema como modelo para la actualización de nuestro Código de Comercio.

En consecuencia, urge la modificación de nuestro Código de Comercio, tomando en consideración un generoso espíritu de técnica legislativa para crear una estructura legal, que sancione el hecho jurídico del punto comercial. Se deben tener en cuenta, además, las modalidades concretas aportadas por la experiencia comercial de los países en vías de desarrollo.

Esa urgente modificación debe ser dirigida a fin de facilitar el acceso al crédito para el comerciante arrendatario. Esto es sumamente necesario, y la prueba la tenemos en el hecho de que la ausencia de reglamentación legal sobre este aspecto ha sido y es fuente de numerosas arbitrariedades que han frenado, en gran medida, el desarrollo de las fuerzas productivas del país.

1 Para que se entienda mejor, a pesar de que La Española fue inicialmente colonia de España, con el tiempo, la parte Oeste de la isla pasó a Francia. Esta parte del territorio logra su independencia hacia 1801 y más tarde, ocupa la parte Este de la isla, desde 1822 hasta 1844. Es por ello que la parte Este, conocida en la actualidad como República Dominicana, en vez de asumir la legislación española, adopta, por la ocupación haitiana, los Códigos Napoleónicos de principios del siglo XIX, los cuales se siguen aplicando en la actualidad en nuestro país, con ligeras modificaciones.

Es preciso aclarar que el presente trabajo, aunque se inspira en el fondo de comercio, no abarca determinados aspectos de esta institución, en razón de que el objetivo es examinar su esencia y los principales contratos que recaen sobre el mismo, para así tratar de adaptarlo a nuestra realidad. Dicho de otro modo, nuestro propósito no consiste en agotar todas las vertientes de esta interesante figura jurídica en el modelo francés, puesto que su realidad social, económica y jurídica dista mucho de la nuestra.

En tal virtud, hemos prescindido de particularidades de naturaleza fiscal, económica (métodos de evaluación del fondo) e incluso de algunas operaciones combinadas, como la locación venta y el contrato de crédito arrendamiento (*leasing*). Este último constituye una garantía precaria² que no se utiliza mucho en la práctica comercial francesa, por resultar frágil y arriesgado³. Otra operación que no aplica para nuestro estudio es la prevista en el artículo 2011 del vigente Código Civil francés, que reglamenta la fiducia⁴ y que fue modificado en 2007⁵.

Nos proponemos, en el desarrollo de esta obra, examinar algunos aspectos esenciales del fondo de comercio, sus elementos constitutivos y operaciones comerciales, plantear una propuesta relativa a la reglamentación del punto comercial en nuestro medio, específicamente en lo que concierne al arrenda-

2 DELPECH, Xavier. *Fonds de commerce*, Paris, Dalloz, 2011, p. 331.

3 BARRET, Olivier. *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, Paris, LGDF, 2001, p. 319.

4 El artículo 2011 del Código Civil francés define la fiducia como la operación mediante la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un fin determinado, en provecho de uno o varios beneficiarios.

5 Ley No. 2007-211 del 19 de febrero de 2007, que instituye la fiducia (Journal Officiel du 21 de février 2007).

miento de los locales comerciales, que es el que origina mayores controversias en el contexto dominicano.

El valor económico del punto comercial es la consecuencia del trabajo del comerciante que, con su ingenio y habilidad, forja su clientela⁶.

La bibliografía referida al tema, en nuestro medio, es escasa, y las informaciones las encontramos dispersas. Es por ello que el análisis bibliográfico estará circunscrito a los materiales que se refieren al punto comercial en la República Dominicana, pero sin perder de vista el fondo de comercio francés, que será nuestro sistema modelo. Asimismo, incluimos ciertas referencias argentinas, dado que su legislación, a diferencia de otros países latinoamericanos, se inspira, al igual que la nuestra, en la tradición jurídica francesa. Pero, además, los principales textos de Derecho Civil y Comercial que llegan a nuestro país son, fundamentalmente, traducciones francesas realizadas en Argentina.

La bibliografía estará organizada en dos bloques temáticos: el primero, referido a los casos en que aparece el punto comercial en la legislación dominicana; jurisprudencia, libros, artículos y algunos trabajos de grado, y el segundo, concerniente al concepto y naturaleza jurídica del fondo de comercio, sus elementos constitutivos y operaciones comerciales en Francia, con algunos ejemplos del modelo argentino.

En el rastreo bibliográfico encontramos que, a pesar de que no se conocía el fondo de comercio en la República Dominicana, en el lejano año de 1845, el diputado Heneken, por la

6 Al consultar nuestro Código de Comercio, que no es más que una traducción del Código de Comercio francés de 1807, se puede apreciar que el Fondo de Comercio no se encuentra incluido dentro de su temario Ver: http://www.camarasanpedro.org/Codigo_Comercio.pdf.

provincia de Puerto Plata, abordaba con asombrosa propiedad la protección que merece el comerciante arrendatario.

Sin embargo, la primera vez que aparece el punto comercial de manera expresa en nuestro país es en la Ley No. 1758 del 10 de julio de 1948⁷ que modifica el artículo 1736 del Código Civil de la República Dominicana, pero con la denominación de “establecimiento comercial”. En una sentencia del 22 de junio de 1953, nuestro más alto tribunal se refiere al fondo de comercio y algunos de sus elementos constitutivos al actuar como Corte de Casación con motivo de una demanda comercial en daños y perjuicios en la que establece que “el artículo 2279 -del Código Civil- no se aplica a los fondos de comercio, los cuales comprenden, no tan solo objetos materiales y mercancías, sino también la clientela y el nombre comercial, cuya tradición manual es imposible”⁸.

Asimismo, el Decreto No. 4807 sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios del 16 de mayo de 1959, en su artículo 5, párrafo a), aborda el establecimiento comercial⁹. Este decreto tenía como finalidad evitar que el propietario desalojara con facilidad al inquilino, en razón del déficit habitacional que prevalecía en aquel entonces. Aunque algunas de sus disposiciones han sido declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia en funciones de Corte de Casación, así como por el Tribunal Constitucional, dicho decreto todavía se mantiene vigente, obstaculizando la inversión inmobiliaria por las diversas

7 Ley No. 1758 del 10 de julio de 1948, Gaceta Oficial No. 6816 del 14 de julio de 1948.

8 Sentencia del 22 de junio de 1953, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 515, de junio de 1953, p. 1076.

9 Decreto No. 4807 sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios del 16 de mayo de 1959, Gaceta Oficial No. 8364, del 29 de mayo de 1959.

dificultades que le impone al propietario para materializar el desalojo. Sobre este particular, se refiere lo siguiente:

Queda prohibido el desahucio del inquilino de un inmueble por persecución del propietario, salvo que se haya ordenado la resiliación del contrato de alquiler por falta de pago del precio del alquiler; o por utilizar el inmueble alquilado con un fin diferente para el cual fue alquilado, siempre que sea perjudicial al propietario o contrario al orden público o a las buenas costumbres; o por el inquilino subalquilar total o parcialmente el inmueble alquilado, no obstante haberse prohibido por escrito; o por cambiar la forma del inmueble alquilado. Cuando el inmueble vaya a ser objeto de reparación, reedificación o nueva construcción, o cuando vaya a ser ocupado personalmente por el propietario o su cónyuge, o por parientes de uno de ellos, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el segundo grado inclusive, durante dos años por lo menos, el Control de Alquileres de Casas y Desahucios autorizará el desalojo¹⁰.

Por su parte, la Ley No. 407 de 1972 es la única disposición que concede al detallista expendedor de gasolina el beneficio de una indemnización por su punto comercial, al término del vencimiento de su contrato de arrendamiento suscrito con el mayorista. Es la primera vez que aparece consignada la expresión “punto comercial” en una disposición legal, al prescribir:

Párrafo I.- Si el Mayorista se niega a suministrar al detallista la gasolina, diesel oil, aceites y demás lubricantes, este requerirá al Mayorista por acto de alguacil el suministro de los mismos. Si en el término de tres (3) días contados a partir de la fecha de notificación, el mayorista no accede al requerimiento, el Detallista quedará en libertad de adquirir los productos indicados de cualquier suministrador. Párrafo II.- En estos mismos casos,

10 Artículo 3, Decreto No. 4807 sobre control de Alquileres de Casas y Desahucios del 16 de mayo de 1959, Gaceta Oficial No. 8364, del 29 de mayo de 1959.

*cuando luego de expirar el término estipulado en el contrato, el Mayorista manifieste su deseo de no continuar el mismo, el Detallista tendrá el derecho a percibir una indemnización equivalente al valor del punto comercial*¹¹.

El punto comercial aparece igualmente de forma implícita en la Ley General de Salud No. 42-01, donde en la Sección II “De los establecimientos farmacéuticos”, artículo 103, en su párrafo VI establece que: “las farmacias se establecerán en una distancia no menor de 500 metros, pudiendo la SESPAS -Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social¹² disponer de menos distancia en caso de concentración poblacional en edificios de varios niveles o plazas comerciales: sin embargo, para las farmacias existentes que tengan menos distancia no se aplica la presente disposición”¹³.

El 13 de julio de 1973, con ocasión de un litigio sobre un arrendamiento, la Suprema Corte de Justicia se limitó a casar una sentencia con base en que el fallo impugnado lesionó el derecho de defensa del apelante, debido a que “(...) era importante en la litis planteada tener en cuenta los alegatos del demandado con respecto a la aplicación que en su caso debía dársele al Decreto No. 4807 de 1959, el cual debe ser interpretado de acuerdo con el propósito de interés social que se persiguió al dictarlo, que fue resolver un problema habitacional, lo que situaba al tribunal frente al deber de decidir si debe extenderse o no a las casas que son arrendadas para negocios (...)”¹⁴.

11 “Ley No. 407 que Regula la venta de gasolina, *diesel oil*, aceites, lubricantes y otros productos similares”. Gaceta Oficial No. 9281 del 15 de octubre de 1972.

12 Ahora Ministerio de Salud Pública (MSP).

13 Ley General de Salud No. 42-01, Gaceta Oficial No. 10075 del 10 de marzo de 2001.

14 Sentencia del 13 de julio de 1973, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 752, de julio de 1973, p. 1903.

En esta ocasión, el más encumbrado tribunal de la justicia ordinaria se quedó corto al abordar el arrendamiento de los locales comerciales. No distinguió entre los alquileres para viviendas y los de uso comercial, desechando así una oportunidad para otorgarle un tratamiento diferente. El 29 de marzo de 1974¹⁵, se volvió a dictar otra sentencia que tuvo su origen en un litigio generado por el incendio de un negocio, sentencia en que la Suprema Corte de Justicia apenas menciona el punto comercial.

No obstante, en una decisión del 13 de julio de 1984¹⁶, nuestro más alto tribunal vuelve a referirse superficialmente al punto comercial. También, en una sentencia del 29 de febrero de 2012, donde se rechazó un recurso de casación incoado con el propósito de que se le reconociera una indemnización al propietario de un punto comercial. Esta última decisión será analizada más adelante, y además, encaja perfectamente con nuestra inquietud sobre el tema.

Cuando examinamos las normas relativas al arrendamiento, igualmente se encuentran dispersas en el Código Civil que regula los contratos de arrendamiento desde el artículo 1708 hasta el 1762. Es importante indicar que es en el artículo 1736, y en el Decreto No. 4807, del 16 de mayo de 1959, en los que se intenta, sin mayor repercusión, diferenciar el alquiler comercial del de viviendas. Por otro lado, el artículo 1737 había perdido vigencia con ocasión de una interpretación de la Suprema Corte de Justicia, y la readquirió cuando se fijó

15 Sentencia del 9 de marzo de 1974, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 760, de marzo de 1974, pp. 871-879.

16 Sentencia del 13 de julio de 1984, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 884, de julio de 1984, p. 1765 y s.

la llegada del término como una de las causas de rescisión del contrato de alquiler¹⁷.

Otro aspecto relevante aparece en la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial del 8 de mayo de 2000, donde se regula el uso y los derechos que se adquieren sobre el nombre comercial. También reglamenta todo lo referente a los emblemas, patentes de invención, los diseños industriales y las marcas comerciales, que son elementos incorporales del fondo de comercio. Asimismo, contamos con la Ley No. 65-00 sobre Derechos de Autor, del 24 de julio de 2000, donde encontramos, entre sus disposiciones, las distintas sanciones a la competencia desleal, lo relativo a la incautación y destrucción de productos, incluyendo el cierre del establecimiento comercial y las multas y sanciones penales que pueden derivarse, según las infracciones en que se incurran.

17 Sentencia del 1 de diciembre de 2007, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana, no publicada en boletín.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE COMERCIO

En este primer capítulo se pretende rastrear el origen del fondo de comercio, así como su desarrollo con el discurrir del tiempo, pues se trata de una institución que reviste gran relevancia en la actualidad. De ese modo, tendremos una visión más acabada sobre esta institución.

Asimismo, serán presentadas algunas definiciones, desde el punto de vista contable, económico y jurídico que ofrecen distintos autores. Adelantamos que, esencialmente, interesan las de naturaleza jurídica y las que tocan el aspecto económico y contable se incluyen únicamente a modo ilustrativo. Esto permitirá observar los diversos enfoques, algunos de los cuales le otorgan una importancia fundamental a la clientela, al instante de abordar la noción misma del fondo. En cambio, otros le conceden mayor importancia al conjunto de los elementos que lo integran, así como a la finalidad de esa masa de bienes organizados por el comerciante.

Algunos autores no se aventuran a ofrecer un concepto acabado, en vista de que en el derecho francés no existe defi-

nición legal sobre el fondo de comercio. Más bien, ha sido la doctrina que ha intentado construirlo a partir de la práctica y usos en esta materia.

En lo que corresponde a la naturaleza jurídica del fondo de comercio, se debe señalar que su originalidad reside precisamente en su naturaleza. Diversas teorías han intentado explicarla, pero todas adolecen de debilidades. Las más importantes son la teoría de la universalidad de derecho, la relativa a la universalidad de hecho y la de propiedad incorporal. La doctrina coincide en considerar al fondo como un bien mobiliario de naturaleza incorporal. Es, obviamente, un mueble, y dado que carece de concreción física, se trata de un mueble incorporal.

Sin embargo, existe la tendencia de calificarlo como una universalidad de hecho, para resaltar así que carece de personalidad jurídica. Pero, al tratarse de un bien distinto de aquellos elementos que lo integran, nada impide que puedan enajenarse de manera aislada algunos de ellos. A pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica del fondo, no existe, en la actualidad, un criterio unánime sobre este aspecto, como bien se analizará en este primer capítulo, que es la antesala de los elementos del fondo de comercio que serán abordados más adelante.

Evolución histórica

El final del siglo XIX, en la historia de numerosos países de Europa Occidental, marca el inicio de un período de prosperidad y desarrollo económico que trajo como consecuencia un acelerado proceso productivo. Se transformó el sistema agrícola, artesanal e industrial de estas sociedades, mediante el

incremento de las inversiones de grandes y medianos capitales en las áreas textil y metalúrgica.

En este contexto histórico surgen nuevas necesidades, así como también relaciones comerciales que el legislador debe regular y proteger. Esta expansión en las relaciones mercantiles fomentó la creación de novedosas modalidades jurídicas que alteraron y modificaron los cuadros tradicionales del derecho privado. Una de ellas es el fondo de comercio, y para adentrarnos en el tema que nos ocupa, entendemos necesario remontarnos a sus orígenes.

La noción de fondo de comercio se fue esclareciendo durante el siglo XIX, bajo la influencia de una doble necesidad. Por una parte, los comerciantes deseaban proteger su clientela contra los ataques de sus competidores, para darle así la mayor estabilidad posible al fondo; mientras que, por otro lado, solicitaban cierta protección de las inversiones intelectuales y financieras que habían realizado para forjar sus empresas. Finalmente, obtuvieron que los bienes afectados a la explotación fueran regidos por un estatuto particular, a fin de que pudieran ser cedidos a un sucesor o transmitidos a sus herederos¹⁸.

Usualmente, el término “fondo” se empleaba para “designar las mercancías, maquinarias y herramientas del comerciante”¹⁹. Mientras que en el antiguo derecho únicamente se conocía el concepto *fond de boutique*²⁰. La expresión de “fondo de comercio” es relativamente reciente en la legislación francesa.

18 GUYON, Yves. *Droit des affaires*, Paris, Economica, Tomo I, 8e Édition, 2003, p. 665.

19 GUYÉNOT, Jean (traducido por Manuel Ossorio Florit y Concepción de Cetrángolo), *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, Volumen I, 1975, p. 308.

20 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 12.

Tanto el Código Civil de 1804 como el Código de Comercio de 1807 no contemplan esta figura jurídica, la cual comienza posteriormente a llamar la atención del legislador. Es en la ley de bancarrota francesa de 1838 que aparece por vez primera la expresión fondo de comercio y luego, en “una ley fiscal del 28 de febrero de 1872, con ocasión de reglamentar su registro”²¹. Esta ley fiscal de 1872 fue producto de que los comerciantes se percataron de que la reunión de los distintos bienes, necesarios para el ejercicio de su actividad, tiene un valor superior a la suma de cada uno de ellos de manera aislada²².

Más tarde, se votó una ley, en marzo de 1898, para reglamentar el procedimiento de otorgarlo en prenda a los acreedores del comerciante²³. En lo sucesivo, mediante ley promulgada el 17 de marzo de 1909, votada a iniciativa del senador Louis Cordelet, se organizaron las operaciones de venta y garantía del fondo. Dicha ley marca el advenimiento del fondo de comercio, reglamentando tres operaciones fundamentales: la pignoración, así como el aporte y venta del fondo²⁴. Más tarde, el propio Cordelet sometió al Senado un proyecto de ley tendente a modificar las disposiciones que anteriormente impulsara con tanta vehemencia. Entonces se planteaba los siguientes objetivos:

- Asimilar al privilegio del vendedor el crédito de los cambistas para los saldos; las del donante para las cargas y pretensiones impuestas al donatario; la de los copar-

21 RIPERT, Georges (traducido por Felipe de Solá Cañizares con la colaboración de Pedro G. San Martín), *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, Tomo I, 1954, p. 322.

22 PIEDELIÈVRE, Stéphane. *Droit commercial*, Paris, Dalloz, 2013, p. 193.

23 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 12.

24 REINHARD, Yves, *Droit Commercial*, Paris, Éditions Litec, 1993, p. 274.

típicos para los saldos y devoluciones de lote y para el precio de licitación.

- Modificar el punto de partida del plazo en el cual el vendedor debe inscribir su privilegio.
- Limitar el derecho que tiene el arrendador sobre el inmueble, en el cual el inquilino explota un fondo de comercio.
- Reglamentar de una manera más completa y congruente el derecho de los acreedores quirografarios de un deudor que aporta su fondo a una sociedad²⁵.

Este segundo proyecto fue objeto de numerosas modificaciones y enmiendas. La última tuvo efecto mediante la ley del 11 de marzo de 1949. Otras leyes que rigen la materia en el derecho positivo francés son las siguientes:

- La ley del 29 de junio de 1935 sobre el reglamento del precio de venta del fondo de comercio²⁶.
- La ley del 9 de septiembre de 1939, completada por otra del 17 de julio de 1941, la cual intentó subordinar la autorización de protección a la creación, extensión y transferencia de los establecimientos comerciales e industriales²⁷.
- Aunque estos textos fueron abrogados por la ley del 31 de diciembre de 1945, constituyen útiles precedentes.

25 RIPERT, Georges, op. cit., pp. 322-391.

26 Adoptada en momentos de crisis económica, contiene un título primero dictando medidas transitorias de moratoria y reglamentando el precio del fondo; esta ley ha sido también modificada varias veces. El título segundo de la misma formula reglas relativas a la venta del fondo que deberían haber figurado en la ley de 1909. La ley de 1935 ha sido también modificada en ciertos puntos (Ley del 9 de enero y 22 de marzo de 1936, 17 de julio de 1937; decreto-ley del 26 y 28 de agosto de 1937). RIPERT, Georges, op. cit., p. 322.

27 RIPERT, Georges, op. cit., p. 337.

Por otro lado, tenemos la ley del 20 de marzo de 1956, que organizó la locación gerencia de los fondos comerciales y artesanales, operaciones frecuentes en el entorno comercial, en razón de que establecen una disociación entre la propiedad y la explotación²⁸. De igual modo se registra la ley del 30 de junio de 1926, al igual que las leyes del 26 de julio de 1955 y 24 de julio de 1966, las cuales han sido de gran importancia porque en ellas se hace un expreso reconocimiento a la propiedad comercial. De esta manera se convirtió el derecho de arrendamiento de los locales comerciales en un derecho más sólido y protegido²⁹.

En la actualidad, el Código de Comercio francés reglamenta minuciosamente todo lo referente al fondo de comercio. Inicia exigiendo las condiciones que debe contener el acto de venta, entre las cuales se enuncian: el nombre del precedente vendedor, la fecha y naturaleza de su acto de adquisición y el precio pagado por los elementos incorporeales, las mercancías y los materiales, el estado de los privilegios y prendas que gravan el fondo, la cifra que revele los negocios o transacciones de los últimos tres años y los beneficios que se registren durante ese lapso, entre otros³⁰.

Las cesiones de fondos de comercio se han sometido a formalidades particulares para que los acreedores puedan hacer valer sus derechos, pero se ha utilizado una técnica con efectos incompletos, en razón de que no se ha querido derogar la teoría

28 REINHARD, Yves, op. cit., p. 274.

29 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 435.

30 Título IV del libro primero, específicamente a partir del artículo L. 141-1 del Fondo de Comercio francés.

de la unidad del patrimonio, la cual veremos cuando entremos a estudiar la naturaleza jurídica del fondo de comercio. Por consiguiente, en lugar de afectar el fondo al pago de los créditos comerciales, se ha limitado a otorgar un derecho de oposición sobre el precio a todos los acreedores, sin distinguir que el título sea de naturaleza civil o comercial³¹.

De igual forma, el vigente código francés regula los siguientes aspectos: el privilegio del vendedor, condiciones para otorgar en prenda el fondo de comercio, la purga de los acreedores inscritos, las formalidades de inscripción y radiación, los intermediarios y repartición del precio, la locación gerencia, el arrendamiento comercial y su renovación, el rechazo de renovación del contrato de arrendamiento por parte del propietario, la sublocación y resiliación del contrato, entre otros aspectos, tal como veremos más adelante.

De manera que, en poco más de un siglo, el fondo de comercio ha evolucionado aceleradamente, adquiriendo enorme importancia no solamente en Francia, sino también en numerosos países que han adoptado su legislación. Su aporte al derecho burgués se manifiesta al permitirle al comerciante obtener los beneficios que su esfuerzo le proporciona al desarrollar un negocio. Esa plusvalía o valor agregado del trabajo del hombre de empresa que despliega toda su iniciativa en aras de atraer y cautivar una clientela, constituye una realidad económica que ha sido reconocida por el legislador³².

Al sistema de libre empresa, que prevalece en el mundo desarrollado, le acompaña la especulación comercial. Y es que esta

31 GUYON, Yves, op. cit., p. 666.

32 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, *Le Fonds de Commerce, Régimes juridique et fiscal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1re. Édition, 1981, p. 36.

actividad se nutre, en mayor o menor grado, del componente especulativo. Ese valor, trasladado al ámbito jurídico, es lo que se conoce como fondo de comercio, que es, en cierta medida, producto del esfuerzo y visión del hombre que persigue el lucro económico y que además, tiene un valor en el mercado, el cual ha sido objeto de una minuciosa atención por parte del legislador, a pesar de que se trata de una institución relativamente reciente³³.

Concepto

La denominación fondo de comercio es definida en el ámbito jurídico como una entidad compuesta por el comerciante y su clientela -elementos esenciales y necesarios para efectuar la explotación que el mismo ofrece-, y además, abarca otros aspectos de naturaleza técnica, humana, financiera, administrativa y fiscal.

La noción de fondo de comercio es difícil de precisar. De manera aproximada, evoca la *boutique* en la cual el comerciante ejerce su actividad. Pero este primer enfoque no es siempre exacto. La tienda o negocio está unido al comercio de detalle tradicional. Pero el concepto de fondo de comercio es infinitamente más amplio³⁴.

El reconocimiento de la noción de fondo de comercio por el legislador tiene por efecto elaborar una reglamentación que sancione los abusos, para salvaguardar así los intereses de la administración fiscal de quien explota el fondo y de aquellos que tratan con él³⁵. A pesar de que en lo sucesivo presentaremos algunas definiciones, es importante considerar que para ciertos

33 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 307.

34 GUYON, Yves, op. cit., p. 666.

35 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 3.

autores se trata de una “noción imposible de definir con exactitud”³⁶. En vista de que nuestra investigación procura un examen del fondo de comercio, esencialmente desde el punto de vista jurídico, entendemos necesario incluir otras definiciones, puesto que el *enfoque* varía significativamente, en función de sus usos.

Desde el punto de vista contable, “el fondo de comercio forma parte del conjunto de activos intangibles de la empresa, siéndole de aplicación los principios contables utilizados en los demás activos permanentes, esto es, capitalización, primero como activo y amortización después, a lo largo de los períodos que resulten beneficiados por esas inversiones. Esto es así, pero con la peculiaridad de que el fondo de comercio solo se registra cuando se adquiere una empresa, puesto que este elemento forma parte del valor de una organización en marcha, careciendo de sentido su separación del conjunto de la entidad. Y con otra diferencia, y es que el fondo de comercio puede no tener relación con los gastos en que se incurre para obtenerlo; más aun, el fondo de comercio puede existir sin que se hayan producido gastos específicos para crearlo. Por tanto, en su determinación, pueden darse grandes dosis de subjetividad y de distorsión de la realidad”³⁷.

Asimismo, se define el fondo como: “el conjunto de bienes inmateriales, tales como la clientela, nombre o razón social, localización, cuota de mercado y nivel de competencia de la empresa, capital humano, canales comerciales y otros de naturaleza análoga que impliquen valor para la empresa”³⁸. Por otro

36 DECOCQ, Georges, *Droit Commercial*, Paris, Dalloz, 4e Édition, 2009, p. 227.

37 GALLIZO Larraz, José Luis. *El Fondo de Comercio en las Normas Internacionales de Contabilidad*, <http://ciberconta.unizar.es/leccion/cf010/>, Consultado el viernes 23 de septiembre de 2011 a las 3:45 p.m.

38 GARCÍA Arrieta, María. *Panorámica Europea del Fondo de Comercio*. Disponible en: <http://www.ucm.es/BUCEM/cee/doc/0042/03010042>

lado, al consultar un diccionario especializado en economía, el fondo de comercio es abordado como la “valoración que en una empresa puede hacerse de toda una serie de activos intangibles de difícil medición económica, como son la clientela, la imagen de marca, la cuota de mercado (...)”³⁹; resultando estas dos últimas definiciones las que más se aproximan al campo jurídico.

Ahora bien, penetrando en los aspectos de naturaleza legal, el fondo de comercio es definido como un “grupo de bienes mobiliarios incorporales y corporales variables, destinados a adquirir y conservar una clientela. Es, en sí mismo, un bien incluido en el patrimonio de su titular”⁴⁰. De igual modo, se describe como un “conjunto de elementos mobiliarios corporales (material, equipos, mercancías) e incorporales (derecho al arrendamiento, nombre, enseña) que un comerciante o industrial agrupa y organiza para captar una clientela y que constituye una entidad jurídica distinta de los elementos que lo componen”⁴¹.

Para otros autores es entendido como el “conjunto de derechos y bienes mobiliarios (clientela, derecho al arrendamiento, nombre comercial, enseña, marcas de fábrica, material, mercancías, etc.) que pertenecen al comerciante y le permiten realizar sus actividades comerciales. Estos bienes y derechos mobiliarios tomados en su conjunto, constituyen una universalidad jurídica a la cual se aplican reglas particulares”.⁴² Mientras, otras fuentes nos presentan al fondo de comercio como “una universalidad

39 TAMAMES, Ramón. *Diccionario de Economía*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 129.

40 *Dictionnaire de Droit*, Paris, Éditions Foucher, 2^e Édition, 2000, p. 184.

41 *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 16^e Édition, 2007, p. 311.

42 CAPITANT, Henri. *Vocabulaire Juridique*, Les Presses Universitaires de France, Paris, S/e, 1930, p. 256.

compuesta de un conjunto de elementos que le sirven a un comerciante o a un industrial para el ejercicio de su profesión”⁴³.

Dentro de los textos más socorridos para el presente estudio, se han incluido las definiciones de fondo de comercio que aportan autores como Jean Guyénot, quien lo describe como “una entidad jurídica compuesta de elementos orgánicos que el comerciante agrupa con vistas a constituir una clientela, necesaria para la explotación comercial”⁴⁴. Otros, como Yves Reinhard, definen el fondo de forma parecida, al consignar que no es más que “el conjunto de bienes muebles que un comerciante organiza y ensambla para conquistar una clientela”⁴⁵. Otro tanto ocurre con la definición de fondo de comercio que ofrece Dekeuwer Défossez, quien lo enfoca como “conjunto de medios empleados para atraer y fidelizar la clientela”⁴⁶.

Por su parte, Georges Ripert expresa que “el fondo de comercio es una propiedad incorporeal que consiste en el derecho a la clientela que está vinculada al fondo por los elementos que sirven para la explotación”⁴⁷. Mientras que de conformidad con Michel Pédamon, esta institución es producto de un “notable fenómeno de capitalización en el que tanto el trabajo como la actividad creadora hacen metamorfosis en un capital que es objeto de una verdadera apropiación y que se presta a una serie de contratos (...) -de manera que- el fondo de comercio puede definirse como un bien unitario compuesto por elementos dispares”⁴⁸. Por otra parte, F. Lemeunier refiere lo siguiente:

43 *El Petit Dictionnaire de Droit*, Paris, Dalloz, 1951, p. 635.

44 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 308.

45 REINHARD, Yves, op. cit., p. 273.

46 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. *Droit commercial*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 254.

47 RIPERT, Georges, op. cit., p. 321.

48 PÉDAMON, Michel. *Droit commercial*, Paris, Dalloz, 2^e Édition, 2000, p. 184.

Frecuentemente confundido con el inmueble en el cual es explotado, el fondo de comercio evoca, en el espíritu del público, el almacén en el cual el comerciante ejerce su actividad (...) Sin embargo, el comerciante, propietario del fondo, es únicamente titular de un arrendamiento comercial. De la misma manera, el fondo de comercio está asociado al comercio al detalle, por lo que una fábrica, una oficina, un sitio de Internet que sirva para comprar o vender, pueden constituir fondos de comercio⁴⁹.

Por su parte Alain Couret y Jean-Jacques Barbiéri lo enfocan como el establecimiento o empresa que un comerciante explota en su provecho, el cual está constituido de elementos más o menos numerosos, según el caso⁵⁰. Mientras que Lemeunier, al igual que Xavier Delpech, hace suya la definición de fondo de comercio que ofrecen J. Mestre y M. E. Pancrazi, entendido como “el conjunto de bienes mobiliarios afectados al ejercicio de una actividad comercial”⁵¹.

La existencia de un fondo de comercio lo determina la clientela, que es su elemento esencial e indispensable y sin el cual no es posible concebirlo. Por esta razón, algunos autores se limitan a indicar que “el fondo de comercio es una propiedad incorporeal que consiste en el derecho a la clientela que está vinculada al fondo por elementos que sirven para su explotación”⁵²; asimismo, es entendido como “un bien incorporeal que agrupa elementos mobiliarios, tanto corporales como incorporales, utilizados por el comerciante para crear y conservar su clientela”⁵³.

49 LEMEUNIER, F. *Fonds de commerce*, Paris, Delmas, 17 Édition, 2007, p. 9.

50 COURET, Alain et BARBIÉRI, Jean Jacques. *Droit commercial*, Paris, Dalloz, 13 e. Édition, 1996, p. 40.

51 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 10, y, DELPECH, Xavier, op. cit., p. 13.

52 RIPERT, Georges, op. cit., p. 321.

53 LE GALL, Jean-Pierre et RUELLAN, Caroline. *Droit commercial, Notions generals*, Paris, Dalloz, 14 e Édition, 2008, p. 35. Una definición similar la encontramos al

Olivier Barret explica que el fondo de comercio puede entenderse como “el conjunto formado por los elementos mobiliarios –corporales e incorporeales– que son afectados por el comerciante para una explotación comercial y que permiten fijar una clientela”⁵⁴. De manera muy similar se expresan Michel de Juglart y Benjamin Ippolito, al indicar que “el fondo de comercio puede ser definido como un conjunto de elementos corporales (material, herramientas, mercancías...) e incorporeales (derecho al arrendamiento, nombre, enseña...) que el comerciante o industrial agrupa para captar una clientela y que, a su vez, constituye una entidad distinta de los elementos que lo componen”⁵⁵.

Sin embargo, entendemos que las definiciones más acertadas son aquellas que integran el concepto de clientela, como las que acabamos de presentar, toda vez que la clientela constituye el corazón mismo del fondo de comercio. Tanto es así, que autores como Jean-Pierre Le Gall y Caroline Ruellan citan a Georges Ripert con la afirmación de este último, de que “la clientela no es un elemento del fondo de comercio, sino el fondo en sí mismo”⁵⁶. En efecto, Ripert y Roblot apuntan que el fondo de comercio es una propiedad incorporeal consistente en el derecho a la clientela, la cual se une al fondo por medio de los elementos que le sirven de explotación⁵⁷.

En el ámbito local, José Luis Taveras, al cuestionarse qué es el fondo de comercio, comenta que “ha sido exclusiva

revisar: HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, *Droit commercial, actes de commerce et activité commerciale et concurrence*, Paris, Dalloz, 8e. Édition, 1985, p. 170.

54 RODIERE, René et HOUIN, Roger. *Droit Commercial*, Paris, Dalloz, 6e Édition, 1970, p. 166; BARRET, Olivier, op. cit., p. 2.

55 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 316.

56 LE GALL, Jean-Pierre et RUELLAN, Caroline, op. cit., p. 35.

57 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 325.

labor doctrinal la elaboración de marcos conceptuales y definiciones”, apuntando que Roger Houin y Michael Pédamon, por ejemplo (...), definen al fondo de comercio como un bien unitario compuesto de elementos dispersos. (...) Para otros autores, el fondo no puede ser definido sin aludir, de manera directa o indirecta, a cada uno de sus elementos, subordinando su existencia básicamente a uno de estos: la clientela; tanto es así, que Lévi et Sayag afirman que todo comerciante posee un fondo de comercio “desde el instante mismo en que existe clientela”⁵⁸.

Taveras, haciendo acopio de varias opiniones doctrinales, presenta su propia propuesta de definición, argumentando que se trata del “conjunto de bienes muebles, corporales o incorporales, afectados al ejercicio o explotación de una actividad comercial creadora, fomentadora y retenedora de una clientela, por una o varias personas físicas o morales, en un lugar específico y en un período de tiempo determinado⁵⁹. En otros términos, podría decirse que el fondo de comercio está compuesto por el conjunto de bienes muebles, tangibles e intangibles, que sirven al comerciante para mantener en pleno funcionamiento su explotación y para la creación y retención de una clientela, constituyendo una globalidad no necesariamente homogénea, susceptible de ser transferida, alquilada u otorgada en prenda, según las necesidades propias de dicho comerciante⁶⁰.

58 TAVERAS, José Luis. *El régimen jurídico del fondo de comercio, Estudios Jurídicos*, Volumen VII, Número I. Enero-abril, 1997. p. 86.

59 Asimismo, al consultar el libro *Le Fonds de Commerce, Régimen juridique et fiscal*, notamos que sus autores ofrecen una definición muy similar, reconociendo de forma simple que “el fondo de comercio es un conjunto de bienes muebles afectados a la explotación de una empresa comercial”. Ver: DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 3.

60 TAVERAS, José Luis, op. cit., p. 86.

Juan Alfredo Biaggi Lama define el fondo como “el conjunto de elementos corporales (materiales, mercancías, instrumentos, etc.) e incorporeales (derecho al punto comercial, nombre, distintivos) pertenecientes a un comerciante o a un industrial y que teniendo un valor pecuniario tangible en el mercado, están afectados al ejercicio de una actividad comercial dada”⁶¹.

A nuestro juicio, en las diferentes definiciones que se han expuesto, el fondo de comercio conjuga tanto la creatividad y esfuerzo del comerciante como las distintas herramientas que emplea para atraerse una clientela. Todo esto, sobre la base de ofrecer bienes y servicios a sus clientes, con el propósito de obtener ganancias económicas. Se trata de una institución propia del desarrollo mercantil capitalista que persigue siempre el lucro o, lo que es igual, lograr imprimirle un valor añadido o especulativo a su actividad. No debemos olvidar que estamos bajo la égida de un derecho burgués que se enfoca en la protección de la propiedad privada y el incentivo a la libre empresa, de la cual el fondo de comercio es una expresión.

Al revisar las diferentes legislaciones, la locución fondo de comercio es muy usual, aunque adopta diversos vocablos. Se trata de una creación francesa⁶² que no tiene equivalente en legislaciones foráneas. Está noción ha inspirado a numerosos países como El Líbano, Egipto, Bélgica y otros, que han asimilado el derecho francés. En México se le denomina “hacienda”, mientras que en Argentina, la Ley 11.867 lo llama indistintamente “fondo de comercio” o “establecimiento comercial”. Los alemanes tienen el concepto de “firma”, que es más amplio

61 BIAGGI LAMA, Juan Alfredo. *Manual de Derecho Comercial*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, Tomo I, 2010, p. 398.

62 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 3.

y cercano al de empresa, y los españoles le llaman “fondo de comercio”. Mientras que en la República Dominicana se denomina como “punto comercial”.

En la cultura anglosajona, a pesar de que se desconoce el fondo de comercio en tanto bien susceptible de una operación global, y cada elemento del negocio es tratado según sus propias reglas y particularidades, emplean la acepción de *goodwill*⁶³, pues reconocen que todo comerciante dispone de un potencial de negocio que puede ser objeto de transacciones. Pero hay que considerar que en ocasiones, en vista de que el sentido económico del fondo de comercio se encuentra en las sinergias, en las que el valor de la empresa como un todo resulta ser diferente a la suma de cada una de las partes, dichas sinergias no son otras que los buenos deseos en la mente del comprador –traducción literal de *goodwill*– que no llegan a plasmarse en la realidad por la incidencia de factores que no se tomaron en consideración.

Otras denominaciones, sobre todo en las legislaciones latinoamericanas, son las de casa de comercio, establecimiento industrial, establecimiento comercial, entre otras. Sea cual fuere el vocablo utilizado, si hiciésemos un análisis comparativo, tendríamos que básicamente el fondo de comercio, como hemos expuesto anteriormente, constituye una propiedad incorporeal en donde la existencia del derecho a la clientela se encuentra esencialmente vinculado a los elementos que sirven para su explotación. De esa manera, le proporcionan una base sólida que convierte la existencia del fondo en una entidad jurídica claramente diferenciada de los elementos que lo integran⁶⁴.

63 A la que se conoce igualmente como *goodwill of the business* y que corresponde a la idea de la clientela en Francia. Ver: RIPERT, Georges, op. cit., p. 322.

64 RIPERT, Georges, op. cit., p. 321; DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 316.

El Código de Comercio francés se limita simplemente a ofrecernos una enumeración, que no es limitativa, de los elementos corporales e incorporeales que lo conforman. En tal sentido, no existe una definición legal del fondo de comercio. Los argentinos han asimilado el modelo francés y lo han adoptado con sensibles modificaciones. El artículo primero de su Ley 11.867 inicia expresando cuáles son sus elementos constitutivos, al apuntar:

Declárense elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística⁶⁵.

El texto precedente trata de ofrecer un concepto a partir de la enumeración de los principales elementos que componen el fondo de comercio. Insistimos: estos no son limitativos, es decir, al igual que en la doctrina francesa, no abordan el tema a partir de una definición, sino de la enunciación sumaria de los elementos que lo integran. “En efecto, los artículos L. 141-5, párrafo II y L. 142.2, párrafo I del Código de Comercio enumeran en el título de los elementos incorporeales, la enseña y el nombre comercial, el derecho al arrendamiento, la clientela y el *achalandage*, así como los derechos de propiedad industrial. Esta lista no es limitativa, de modo que otros elementos incorporeales pueden ser considerados como parte del fondo de comercio y, por tanto, ser cedidos u otorgados en prenda”⁶⁶.

65 ZUNINO, Jorge Osvaldo. *Fondo de Comercio*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000, p.5.

66 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 230.

Se puede afirmar que el fondo de comercio es el conjunto de bienes muebles que un comerciante organiza para conquistar y retener una clientela. Y, para lograrlo, se precisan de condiciones propias, inherentes a la personalidad del comerciante, así como de elementos externos, como la calidad de los productos vendidos, la ubicación del negocio y otros tantos que pueden incidir en la atracción y retención de la clientela. Ha sido concebido para desarrollar la idea de que la instalación y el conjunto de medios empleados por el comerciante son más importantes que el trabajo personal del hombre. Todo comerciante posee un fondo, el cual es cesible y transmisible⁶⁷.

Para la explotación del fondo, los comerciantes se apoyan en una serie de elementos, unos corporales y otros incorporeales, que presentan cierta estabilidad. Ahora bien, el conjunto de todos ellos -corporales e incorporeales- organizados para la explotación, conforman una unidad cuya potencialidad o posibilidad de obtener beneficios, le otorga un valor superior a la suma de estos elementos considerados individualmente. Todo ello se confirma cuando “el valor del conjunto de los elementos, organizados para la explotación comercial, es mayor que la suma de los valores de cada uno de ellos considerados aisladamente”⁶⁸. Siguiendo ese mismo orden de ideas, “la suma de la clientela a los elementos afectados a la explotación comercial, tiene un valor económico, de manera que la traducción del mismo al terreno jurídico conduce a la creación de la noción de fondo de comercio”⁶⁹.

De manera que al entender el fondo como “el conjunto de elementos corporales (materiales, mercancías, instrumentos,

67 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 325.

68 REYGROBELLET, Arnaud. *Fonds de commerce*, Paris, Dalloz, 2005, p. 11.

69 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 11.

etc.) e incorporales (derecho al punto comercial, nombre, distintivos) pertenecientes a un comerciante o a un industrial y que teniendo un valor pecuniario tangible en el mercado, están afectados al ejercicio de una actividad comercial dada, estos elementos están reunidos con la finalidad de buscar y retener una clientela. Así se conforma una entidad jurídica y económica distinta a los elementos individuales que la componen y que, no obstante ello, no tiene ni goza de personalidad jurídica propia”⁷⁰.

Es oportuno observar que esta definición incluye la clientela, por constituir la misma el eje central del fondo de comercio y además hace énfasis en esa masa o cuerpo económico que conforman cada uno de los elementos que lo componen. De este modo, Biaggi Lama coincide con la afirmación de Reygrobellet y otros autores en el sentido de que el valor del conjunto es mayor al de las individualidades.

Sin embargo, no se debe confundir el fondo de comercio con la empresa. Se trata, ciertamente, de nociones vecinas, hasta cierto punto parecidas, pero diferentes en el fondo. Más claramente: el concepto de empresa es más amplio y comprende una serie de elementos que son ajenos al fondo de comercio. Cuando hablamos de empresa es preciso englobar los inmuebles, créditos, deudas y contratos relacionados a la explotación del negocio, así como el conjunto de personas que con su trabajo hacen posible su funcionamiento. Todos estos elementos no son incluidos en el fondo de comercio, puesto que este únicamente abarca los bienes mobiliarios requeridos para su explotación⁷¹.

70 BIAGGI LAMA, Juan Alfredo. *Manual de Derecho Comercial*, Santo Domingo, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Tomo I, 2009, p. 336.

71 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit, p. 171; RODIÉRE, René et HOUIN, Roger, op. cit, p. 168.

La empresa no se limita a las actividades comerciales: hay empresas civiles, especialmente en el ámbito de la agricultura, de las profesiones liberales y el artesanado, y además, abarca tanto el capital como el trabajo⁷². Una empresa o sociedad comercial legalmente constituida puede ser propietaria de uno o varios fondos de comercio. Más todavía, se considera que el fondo constituye un aspecto o componente de la empresa. Sobre este respecto, vale referir:

El fondo de comercio representa el aspecto jurídico de la empresa, examinada desde el punto de vista de ser considerado como un conjunto de bienes, que sirve para mantener y sostener una clientela; puede ser objeto de una cesión, aun cuando, y en principio, los profesionales no comerciantes (abogados, médicos, etc.) no tienen el derecho de ceder su clientela⁷³.

El fondo de comercio constituye el elemento central de la empresa: no se concibe una empresa sin un cierto número de bienes que permitan su explotación. El fondo es el elemento necesario de toda empresa y la cesión de esta última comporta indiscutiblemente la transferencia del fondo de comercio. Es precisamente gracias a la noción de fondo de comercio que la empresa adquiere cuerpo⁷⁴.

Un comerciante o una sociedad comercial puede explotar varios fondos de comercio totalmente distintos por su objeto, incluso encontrándose en el mismo lugar. Estos fondos de comercio forman parte del patrimonio del comerciante, y cada uno de ellos responde por el pasivo de su propietario, puesto que el fondo no cuenta con pasivo propio. Sin embargo, cada

72 GUYON, Yves, op. cit., p. 667.

73 BIAGGI LAMA, Juan Alfredo, op. cit., p. 337.

74 REINHARD, Yves, op. cit., p. 275.

uno de estos fondos puede ser vendido, alquilado o pignorado de forma separada. Cuando poseen cierta autonomía de gestión se les denomina sucursales, las cuales están sometidas a reglas particulares⁷⁵.

Como consecuencia de la enorme expansión del comercio electrónico, es de esperarse que siga evolucionando la noción de esta importante institución. Ahora bien, el aspecto esencial consiste en determinar si existe una clientela propia en esta esfera del internet. Algunos autores no vacilan en afirmar que la existencia de claves de acceso y servidores en modo alguno excluye la existencia de una clientela⁷⁶.

En síntesis, la teoría del fondo de comercio presenta en el terreno jurídico una utilidad técnica incontestable, en vista de que permite determinar y distinguir, dentro del patrimonio del comerciante, un grupo de bienes afectados al ejercicio de su negocio. No obstante, en algunos aspectos, el fondo de comercio constituye un montaje incompleto y mal delimitado⁷⁷. Podemos concluir que, al no existir una definición legal del fondo de comercio, dada su naturaleza heterogénea e incorporal, le ha correspondido, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia del país cuya legislación hemos adoptado, una incesante labor creadora en esta materia.

Naturaleza jurídica del fondo de comercio.

El fondo de comercio constituye un grupo de elementos variables en número y valor, conforme a la explotación de la clientela. La naturaleza jurídica de la entidad que configuran estos

75 RODIÉRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 169.

76 PIEDELIÈVRE, Stéphane, op. cit., p. 194.

77 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 328.

elementos ha provocado numerosas controversias que, aun en la actualidad, mantienen dividida a la doctrina y a la jurisprudencia. De acuerdo a la opinión dominante, el fondo es considerado como una universalidad y como un mueble incorporal⁷⁸.

Se impone establecer la naturaleza del fondo de comercio, en vista de que posee un valor intrínseco, en función de la importancia de la clientela que a él se vincula. Esta entidad jurídica ha servido para que algunos autores le atribuyan una naturaleza personal, mientras que otros lo consideran como un derecho real. Un tercer grupo, en base a diferentes criterios y tomando en consideración la reunión de sus elementos constitutivos, lo conciben como una universalidad jurídica y otros como una universalidad de hecho. Por último, hay quienes sostienen que es un derecho de propiedad incorporal de naturaleza mobiliaria. Veamos en detalle las principales teorías que agrupan esta diversidad de tendencias y criterios.

La teoría de la universalidad se fundamenta esencialmente en que todos los bienes que componen el fondo de comercio se hallan unidos por un destino común que le confiere el carácter de un patrimonio de afectación. De ahí surge la idea de que se trata de un conjunto que conforma una universalidad o entidad distinta de los elementos que lo componen.

A pesar de las diversas posiciones encontradas, existe un criterio casi unánime en admitir que el fondo de comercio constituye una “universalidad, es decir, que es un bien distinto de los elementos que lo integran”⁷⁹. Esto se traduce en que el fondo tiene una autonomía, identidad e individualidad jurídica propia, con absoluta independencia de los elementos que

78 GUYON, Yves, op. cit., p. 711.

79 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 13.

lo integran, que siguen sujetos a sus particulares estatutos o regímenes jurídicos⁸⁰.

Para una mejor comprensión de su naturaleza jurídica, nos permitiremos citar brevemente algunas consideraciones⁸¹ sobre las teorías de la universalidad de hecho, de derecho y de la propiedad incorporal:

a) Teoría de la universalidad de hecho: a la luz de esta teoría, el fondo de comercio no constituye una categoría jurídica fija, estable, uniforme u homogénea. No existe ningún tipo de vinculación jurídica entre sus elementos, los cuales siguen sujetos a sus particularidades regímenes jurídicos; la única vinculación existente entre ellos es de naturaleza económica, orientada a crear, mantener, fomentar una clientela (...) El hecho de que el fondo de comercio sea objeto de operaciones globales a las que no están sometidos sus componentes, no se traduce en un reconocimiento de su personalidad jurídica; en consecuencia, los pasivos y activos nacidos a propósito de la explotación del fondo seguirán integrando el patrimonio personal o social del comerciante o sociedad propietaria del mismo⁸²;

b) Teoría de la universalidad jurídica: (...) el fondo de comercio es contemplado como un patrimonio de afectación, distinto, autónomo y que comprende los créditos y las deudas nacidas de la explotación comercial; de esta forma, el comerciante, como persona física, estará a la cabeza de un doble patrimonio: un patrimonio privado, que responderá solo a sus deudas personales y familiares, y un patrimonio comercial, que responderá a sus deudas profesionales. Esta corriente no

80 BARRET, Olivier, op. cit., p. 19.

81 TAVERAS, José Luis, op. cit., pp. 89-90.

82 Asimismo, Michel Pédamon se expresa en la misma dirección que José Luis Taveras sobre la Teoría de la Universalidad de hecho, agregando que “la expresión -de universalidad de hecho- designa un conjunto de bienes homogéneos o heterogéneos que por voluntad del propietario es tratado como un bien único. La universalidad de hecho no es una categoría jurídica, por lo que no obedece a un régimen jurídico propio”. PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 197.

ha gozado de plena aceptación doctrinal porque, entre otras razones, le reconoce una autonomía patrimonial al fondo, de la que no dispone, por no tener personalidad jurídica; por otra parte, admitir la dualidad patrimonial del comerciante (...) —pues— sería oponerse al principio de la unidad patrimonial en que se basa nuestro derecho⁸³;

c) Teoría de la propiedad incorporeal: desde esta teoría, sus sustentadores contemplan el fondo de comercio como una propiedad incorporeal análoga a la del inventor sobre su invención. Esta novedosa explicación choca frontalmente con sólidos principios que gobiernan una economía de mercado abierto, donde la libre concurrencia impide un derecho privativo sobre la clientela. El interés de esta concepción descansa en la protección del genio creativo o la manera original y particular en que el propietario del fondo organiza sus diferentes elementos para atraer a la clientela, que es su fin último⁸⁴.

De esta última se desprende la teoría de la propiedad intelectual, donde “la singularidad de esta figura jurídica hace que algunos autores hayan podido considerar al fondo como

83 “Algunos autores han extraído dos tipos de soluciones: 1) La autonomía contable de la empresa individual: la contabilidad y el balance únicamente registran las operaciones y resultados de la empresa, no los movimientos de la fortuna personal de quien la explota; 2) Luego, en algunos aspectos, al pasivo comercial del fondo de comercio. Así, los acreedores de un comerciante pueden demandar al tribunal la exigibilidad inmediata de sus créditos que tienen por causa la explotación del fondo, en caso de pignoración de dicha institución (L. 17 de mars 1909 art 13, al. 4) sea en caso de locación gerencia (L. 20 mars 1956 art. 7). Paralelamente, en caso de venta del fondo de comercio, el vendedor responde de las obligaciones contraídas por su sucesor en la explotación del fondo, hasta tanto no se haya hecho radiar del registro de comercio”. PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 196.

84 “Esta teoría es una manera de hacer encajar el fondo de comercio en una categoría jurídica conocida. La explicación es interesante, pero debe ser precisada. El propietario del fondo de comercio no tiene un verdadero derecho sobre su clientela, puesto que en virtud del principio de la libertad de comercio y de industria, esta puede ser sustraída por un competidor. El comerciante solamente tiene derecho sobre los elementos que pone en juego para reunir y atraer su clientela”. PÉDAMON, Michel, op. cit, p. 198.

una creación del comerciante. En efecto, la manera original de organizar los elementos del fondo hace que muchos autores hayan podido considerar la idea de que un derecho de propiedad intelectual recae sobre el fondo, similar al derecho de la propiedad industrial y comercial. En vista de que el propietario del fondo no posee un derecho sobre la clientela, parecería más justa la existencia de un derecho sobre los medios empleados para atraerla, siendo entonces la acción en competencia desleal el medio de proteger este derecho”⁸⁵. Por tanto, amparados en lo expuesto anteriormente, se asume que lo que se considera como teoría de la propiedad intelectual, no es más que la propia teoría de la propiedad incorporal, puesto que los derechos de autor forman parte de los derechos incorporales. Así se confirma cuando analizamos que “esta organización –es decir, la de los elementos del fondo- constituye una creación intelectual análoga a una creación de tipo literario o a una invención de tipo técnico (...)”⁸⁶.

Sobre la teoría de la propiedad incorporal, algunos autores sostienen que la misma tiene sus límites. El comerciante no dispone de ningún derecho en relación a los clientes conquistados por su fondo de comercio, pues ellos tienen plena libertad para ir al lugar que les resulte más conveniente. Por tanto, el comerciante no puede quejarse si la clientela decide acudir a otro establecimiento. La acción en competencia desleal tiene el propósito de proteger a los comerciantes contra las actuaciones maliciosas que puedan catalogarse como faltas destinadas a

85 GARCÍA BLANCO, Jeanette Virginia, “La Venta del Fondo de Comercio”, Tesis para optar por el grado de maestría en Derecho Empresarial y Legislación Económica, Santo Domingo, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 1996, pp. 32-33.

86 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 198.

desviar la clientela⁸⁷. Se considera que esta tesis hace énfasis en lo esencial: el fondo de comercio es un bien mueble incorporal, aunque peca de excesivo, debido a que hace pensar que el comerciante ejerce derechos sobre su clientela⁸⁸.

El fondo de comercio es, efectivamente, un bien abstracto, una creación intelectual, un bien incorporal. Los defensores de las teorías de la universalidad de derecho y de la universalidad de hecho no niegan estas características. Sin embargo, los elementos de este conjunto permanecen sometidos a sus reglas propias, sin desaparecer totalmente al mezclarse en la conformación de un todo⁸⁹.

La aplicación de la idea de la universalidad al fondo de comercio ha sido ampliamente criticada por Georges Ripert, quien ha indicado que “la unión que existe entre elementos de naturaleza distinta, ha inducido a la mayoría de los autores a presentar el fondo de comercio como una universalidad jurídica. En el patrimonio del comerciante habría una masa de bienes unidos por su afectación común y el fondo constituiría de este modo un patrimonio de afectación. Se ha propuesto incluso que la casa comercial sea una especie de persona moral propietaria del fondo. Esta teoría, adoptada por algunos comercialistas alemanes, no podemos admitirla por la buena razón de que nuestro derecho francés consagra el principio de unidad del patrimonio y no conoce patrimonios de afectación”⁹⁰. Más todavía, esta teoría ha sido rechazada, en vista de que los patrimonios de afectación son considerados como fuentes de fraude⁹¹.

87 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 239.

88 HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit commercial*, Paris, Dalloz, p. 211.

89 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 35.

90 RIPERT, Georges, op. cit., p. 325.

91 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 191.

Por otro lado, existe una serie de disposiciones que coliden con la noción de universalidad jurídica. En primer lugar, la no existencia de un derecho de preferencia de los acreedores comerciales, en relación con los acreedores civiles. De igual forma, la acción que tienen los acreedores sobre los bienes, sin que la misma afecte en modo alguno el fondo de comercio. Por último, la cesión del fondo no implica que se transmitan con él los créditos y deudas⁹².

De la elasticidad que prima todavía en Francia sobre la verdadera noción jurídica del fondo de comercio y las contradicciones existentes acerca de la naturaleza de los elementos que lo integran, citamos, para una mejor ilustración de la institución que es objeto del presente capítulo, algunos de los conceptos vertidos por Jean Guyénot, quien expone que “los autores se dividen en dos grupos. Unas veces toman en consideración la reunión de los elementos que componen el fondo, considerado como una universalidad, y otras tienen en cuenta la naturaleza de los elementos que lo integran, para definirlo como un derecho de propiedad incorporal de naturaleza mobiliaria. Ciertos autores consideran el fondo de comercio como una verdadera entidad, que califican de universalidad jurídica; constituye un patrimonio afectado a una explotación comercial, distinta del patrimonio del comerciante, propietario del fondo. Menos audaces, otros autores estiman que el fondo constituye una simple universalidad de hecho, cuyos elementos se encuentran unidos más por lazos económicos que jurídicos”⁹³.

Los bienes incorporales y corporales que integran el fondo de comercio están unidos por una afectación común que confiere

92 RIPERT, Georges, op. cit., pp. 325-326.

93 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 321.

el carácter de entidad jurídica al conjunto por ellos formado. Su base no resulta de la personalidad jurídica, que no se concede al fondo de comercio, sino de la constitución de un patrimonio de afectación, cuyos elementos se hallan reunidos por un destino idéntico, a semejanza de los que dan origen a las fundaciones en derecho civil. Ante la carencia de personalidad jurídica, estas últimas existen y funcionan sobre la base, únicamente, de una masa de bienes afectados a una obra⁹⁴. En el patrimonio del comerciante, el fondo de comercio, masa de bienes unidos por un mismo destino, constituiría un patrimonio propio de afectación, con su pasivo y su activo⁹⁵.

El patrimonio de afectación resulta desconocido por el derecho francés, y es incompatible con el principio de unidad del mismo. En ese sentido, es preciso indicar que, al tratarse de una noción empírica, que nace de la práctica mercantil y por carecer de personalidad jurídica, su transmisión no arrastra los créditos y deudas a él vinculados y, además, cuando muere el propietario, se transfiere a los herederos conjuntamente con los otros bienes que componen la masa sucesoral⁹⁶.

La teoría de la universalidad jurídica, como fue apuntado anteriormente, ha sido categóricamente rechazada por el derecho francés, que consagra el principio de unidad de patrimonio y descarta el patrimonio de afectación. Los comerciantes solamente poseen un patrimonio, y sus acreedores tienen un derecho de prenda general sobre la totalidad de sus bienes, sin distinción entre acreedores comerciales y acreedores civiles⁹⁷.

94 Por ejemplo, la fundación *Thiers*, destinada al alojamiento y mantenimiento de estudiantes, así como la fundación Rockefeller, entre otros.

95 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 321.

96 RIPERT, Georges, op. cit., p. 325.

97 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 33.

Para que el activo responda por el pasivo en un fondo de comercio, es preciso aportarlo a una sociedad comercial. Solamente así, por una ficción legal que le otorga personalidad jurídica a las sociedades comerciales o personas morales, puede existir correspondencia entre los créditos y las deudas del fondo. En ese orden de ideas, la teoría de la universalidad jurídica enfrenta serias dificultades prácticas, puesto que no es posible separar el fondo de comercio del conjunto del patrimonio del comerciante.

En este sentido, al presentarse tan serios obstáculos con preceptos legales ya establecidos, se elaboró la teoría de la universalidad de hecho que, a juicio de algunos autores, resulta incierta, carece de firmeza y exagera la coherencia del fondo de comercio⁹⁸. Sobre este particular, Jean Guyénot nos enseña:

El fondo de comercio no es sino la reunión puramente de hecho entre bienes unidos por lazo económico nacido de su destino común. Cada uno de esos elementos conserva su individualidad; no se funden en un patrimonio particular, lo que excluye un activo y pasivo propios del fondo de comercio. Esta teoría no permite explicar por qué el fondo de comercio puede ser objeto de operaciones jurídicas como entidad real, siendo así que los elementos que lo componen pueden disociarse y ser vendidos separadamente, a capricho del propietario⁹⁹.

En efecto, los distintos elementos que integran el fondo pueden ser enajenados aisladamente, a conveniencia del propietario. Este puede vender a su antojo alguno de ellos, en razón de que jamás pierden su individualidad, siempre que se tome el cuidado de retener aquellos que sean el soporte decisivo de la

98 HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 211.

99 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 322.

clientela. Algunos autores expresan que se trata de una noción imperfecta, cuya ventaja es la de agrupar, bajo una misma calificación, determinado número de bienes comerciales que pueden, en la misma operación jurídica, ser cedidos o pignorados¹⁰⁰.

El propietario del fondo puede transferir algunos de sus elementos tales como: las mercancías, el nombre, la enseña, entre otros, y preservar aquellos que sean fundamentales para conservar la clientela. En consecuencia, es posible para el propietario descomponer los distintos elementos y cederlos separadamente, a su criterio y conveniencia. Dicho de otro modo, es posible vender, en el conjunto, algunos elementos como el nombre comercial, así como otros, sin que esto implique la cesión de la clientela y, por tanto, la del fondo¹⁰¹.

Los elementos fundamentales que permiten retener la clientela, y cuya cesión no implica la del fondo de comercio, dependerá de la naturaleza del negocio o actividad que desempeñe el comerciante. La clientela de algunos negocios está íntimamente vinculada al local o establecimiento, o sea, a la ubicación del local. En cambio, en algunos casos, el nombre o la marca son determinantes, y en otros, la calidad de los productos ofertados. Todo dependerá de la naturaleza del fondo. Ripert, quien critica también la teoría de la universalidad de hecho, expone:

Algunos autores afirman que el fondo de comercio constituye una universalidad de hecho. De este modo pretenden evitar la objeción de que el fondo de comercio no comporta pasivo. Pero no pueden explicar lo que es una universalidad de hecho. No se trata de señalar la unión de los elementos, lo cual nadie discute, sino de determinar la naturaleza jurídica del fondo de comercio. La ley no dice cuáles son los elementos obligatoriamente unidos, pero en

100 REINHARD, Yves, op. cit., p. 279.

101 BARRET, Olivier, op. cit., p. 19.

*cambio, impone un régimen jurídico único a los que lo están, de modo que no hay nada que se asemeje a una universalidad*¹⁰².

A pesar de las críticas del autor, tanto a la teoría de la universalidad jurídica como a la de la universalidad de hecho, la jurisprudencia francesa parece inclinarse por esta última. Permite, al menos, establecer una concordancia con el precepto legal que dispone que cada persona tenga un único patrimonio. En ese sentido, Guyénot apunta lo siguiente:

*Esta teoría, que la jurisprudencia mantiene al calificar al fondo de comercio de universalidad de hecho, concuerda con el estado actual del derecho positivo. Por una parte, el derecho de prenda de los acreedores comerciales es general; comprende todo el patrimonio del comerciante. Y por otra, el adquirente de un fondo de comercio no se convierte en titular de los créditos comerciales ni está obligado por las deudas comerciales del vendedor*¹⁰³.

La teoría de la universalidad de hecho se ajusta o aproxima más que la de la universalidad jurídica al derecho positivo francés, por tres razones fundamentales: a) no contraviene el principio de la unidad del patrimonio; b) reconoce que al carecer el fondo de comercio de personalidad jurídica, el derecho de prenda general de los acreedores del comerciante abarca al fondo de comercio como tal; y c) separa la posibilidad de confundir los créditos y las deudas del comerciante adquirente con las del vendedor del fondo. Con relación a esta teoría de la universalidad de hecho, Biaggi Lama afirma:

En esta teoría se inscriben los redactores del Proyecto del Nuevo Código de Comercio de la República Dominicana,

102 RIPERT, Georges, op. cit., p. 326.

103 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 322.

*conforme se desprende del artículo 461 cuando establece la obligación a cargo del vendedor de señalar los elementos del fondo sobre los cuales recae la venta, y consagrar una presunción de que, cuando esto no se verifique, el traspaso solo abarca el nombre comercial, y los demás signos distintivos, los derechos resultantes del contrato de arrendamiento, la clientela y el punto comercial*¹⁰⁴.

Pero la teoría de la universalidad de hecho dificulta una explicación coherente y racional de por qué el fondo de comercio puede ser objeto de operaciones jurídicas como un conjunto global. Para explicarlo, surge otro enfoque distinto, que considera al fondo de comercio como una propiedad incorporeal de naturaleza mobiliaria, debido a que el comerciante carece de un real apoyo material. Esto es así en razón de que se trata de una entidad abstracta distinta de los elementos que lo integran. Aun en el supuesto de que el comerciante explote su fondo en un inmueble de su propiedad, siempre este será una cosa distinta al inmueble en el que se desenvuelve. Es decir, se asimila a la creación intelectual análoga de un invento, en vista de que cuando un comerciante reúne distintos elementos para explotarlos, despliega todo su esfuerzo y creatividad para captar su clientela. Se trata, entonces, de una creación *sui generis* cuya particularidad reside en su marcado carácter venal.

Una parte de la doctrina francesa critica que se le considere como un mueble incorporeal, toda vez que se constata generalmente que los fondos de comercio poseen muebles corporales, esto es, las mercancías y materiales que sirven para su explotación¹⁰⁵. Sobre este aspecto, Guyénot apunta lo siguiente:

104 BIAGGI LAMA, Juan Alfredo, op. cit., p. 356.

105 PIEDELIÈVRE, Stéphane, op. cit., p. 195.

Igual que toda propiedad incorporal, el fondo de comercio no se analiza globalmente como un derecho de clientela sino como la suma de diversos derechos de clientela, reunidos por el comerciante que los ha creado y conservado mediante la explotación. Esta no se aparta completamente de la noción de trabajo, porque el comerciante pierde su clientela y al mismo tiempo su fondo, si no lo explota. Esta asimilación a una propiedad incorporal corresponde, por otra parte, a la naturaleza incorporal de los elementos esenciales que lo componen y de los cuales él es la suma¹⁰⁶.

Por otra parte, Ripert, al referirse a la correlación que existe entre los elementos que integran el fondo de comercio y la clientela, sostiene:

El comerciante no tiene derecho exclusivo a la explotación de una clientela, puesto que no existe un monopolio y se expone siempre a perderla. Pero de hecho conserva los elementos que le permiten confiar en el mantenimiento de una clientela y eventualmente en el aumento de la misma, bastándole, pues, conservar o transmitir estos elementos para mantener o ceder la clientela¹⁰⁷.

Ahora bien, resulta claro que la explotación de una propiedad incorporal es esencial para así poder conservarla. La continuidad en el servicio es lo que permite la existencia de cualquier negocio o actividad comercial. De manera que se precisa de una labor constante para garantizarla. No ocurre lo mismo con los bienes corporales que la integran, los cuales no requieren de ningún uso continuado para preservarlos.

Las propiedades incorporales son asimiladas a los bienes mobiliarios por la jurisprudencia, razón por la cual el fondo de

106 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 323.

107 RIPERT, Georges, op. cit., p. 327.

comercio está regido por las reglas de los bienes muebles, en materia de sucesión y regímenes matrimoniales. Aunque el artículo 516 del Código Civil dominicano no previó dentro de su clasificación a los bienes incorporeales¹⁰⁸, es obvio que el fondo de comercio no es un inmueble, dado su carácter abstracto. Y en vista de que los muebles, independientemente de que sean corporales o incorporeales, están sometidos a una serie de reglas por nuestro Código Civil, debemos puntualizar que el fondo de comercio que posea uno de los cónyuges antes del matrimonio entra en la comunidad legal, si se casan bajo este régimen, sin importar que el mismo sea explotado en un inmueble propio, adquirido antes de casarse¹⁰⁹.

Asimismo, en caso de muerte del propietario del fondo, este se transmite a los herederos con el conjunto de la sucesión. Sin embargo, por tratarse de un bien incorporeal, la regla del artículo 2279¹¹⁰ del Código Civil no le es aplicable¹¹¹. Dicho de otro modo, en la eventualidad de que se produzca un conflicto entre dos adquirentes sucesivos de un mismo fondo, se tomará en cuenta la fecha de los contratos y su registro en la oficina pública correspondiente, y no quien ostente la posesión del mismo.

La tendencia en el Derecho Internacional Privado, con ocasión de los conflictos de leyes, es otorgarle al fondo de comercio un carácter inmobiliario, para así atribuirle com-

108 Código Civil de la República Dominicana, Editorial Tiempo, S.A. Santo Domingo, 1990.

109 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 260.

110 El mismo dispone que “en materia de muebles, la posesión vale título; sin embargo, el que haya perdido o a quien le haya sido robada alguna cosa, puede reivindicarla durante tres años, contados desde el día de la pérdida o del robo de aquel en cuyo poder lo encuentre, salvo el recurso que este tiene contra aquel de quien la hubo”. Ver: Código Civil de la República Dominicana, op. cit. pp. 538-539.

111 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 260.

petencia a la ley del lugar donde se encuentra. Tanto es así, que es competente el lugar en que el fondo es explotado y no el tribunal del domicilio del demandado¹¹². Esa es, al menos, la solución francesa en cuanto a la competencia y, como es fácil notar, la máxima *actor sequitur fórum rei* no es aplicable en esta materia.

Nada impide que dado su carácter mobiliario, un fondo de comercio pueda ser aportado a una sociedad comercial, en cuyo caso, la venta de las acciones de esa compañía comportará la transferencia del mismo. “Se trata de una operación frecuente, en la que la sociedad deviene propietaria del fondo mediante un aporte en naturaleza, lo cual se parece a la venta en razón de que se transfiere la propiedad del fondo, pero se distingue por la ausencia de un precio, ya que el que aporta lo que recibe son acciones de la empresa”¹¹³.

La explotación debe ser lícita, lo que excluye toda actividad mercantil que no se encuentre debidamente autorizada por la ley. Los centros de juego que no cuentan con los permisos correspondientes no pueden constituir fondos de comercio. Lo mismo ocurre con los centros de prostitución, en razón de su carácter inmoral y contrario a las buenas costumbres. En fin, toda actividad mercurial que se encuentre al margen de los parámetros legales de la sociedad y que no encaje con sus principios morales carece de un objeto lícito. Siendo así, no puede constituir un fondo de comercio.

Claro, eso dependerá de cada sociedad en particular, puesto que los límites de tolerancia no son los mismos en todas partes, así como tampoco las normas de convivencia social. Pero el

112 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 11.

113 LE GALL, Jean-Pierre et RUELLAN-Caroline, op. cit., pp. 40-41.

principio es que se requiere de un objeto lícito de explotación para configurar un fondo de comercio.

Por otra parte, un fondo de comercio puede ser cedido en usufructo, pudiendo ceder el propietario su explotación a otro y conservar la nuda propiedad¹¹⁴. La doctrina francesa coincide en que el mecanismo de prescripción adquisitiva no puede ser invocado, por tratarse de un bien incorporal. En definitiva, todavía existe divergencia tanto en la doctrina como la jurisprudencia francesa con relación a la naturaleza jurídica del fondo de comercio. Esta última unas veces habla de universalidad de hecho o simplemente, de universalidad.

Afirmar que el fondo de comercio es una universalidad de hecho supone admitir que se trata de una noción construida al margen del derecho. Cuando se le asigna un calificativo al concepto de universalidad, cambia su significado. No es lo mismo señalar que el fondo es una universalidad jurídica a que se diga que es una universalidad de hecho, o que un comerciante de derecho es igual a un comerciante de hecho. Resulta desafortunado hablar de universalidad de hecho, en razón de que esta teoría no permite explicar cómo el fondo puede ser cedido u otorgado en garantía en su conjunto, de acuerdo con reglas y formalidades distintas a las que rigen a los elementos que lo integran. Se ha optado simplemente por denominar al fondo de comercio como una universalidad. Su régimen jurídico es híbrido, igual que la mayoría de los muebles incorporales¹¹⁵.

Al margen de que asumamos la teoría de la universalidad de derecho, la de universalidad de hecho o la de propiedad incorporal, debemos concluir, con Michel Pédamon, en lo siguiente:

114 LEMEUNIER, F., op. cit. p. 11.

115 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 260.

Todos los autores están de acuerdo con la jurisprudencia para reconocer al fondo de comercio las características siguientes: bien unitario; - bien incorporal; - bien mueble. 1) Es un bien unitario diferente de los elementos que lo componen. Puede ser vendido, aportado en sociedad, dado en locación gerencia y prenda como un verdadero objeto de derecho. Esto no hace desaparecer la individualidad de sus elementos. La prueba es que con ocasión de las operaciones globales que recaen sobre él, es preciso cumplir con las formalidades de transmisión de cada uno de ellos. 2) Es un bien incorporal, aunque esté conformado por elementos corporales. No es susceptible de posesión y la regla del artículo 2279 no le es aplicable. Igualmente, entre dos adquirentes sucesivos de un mismo fondo, no se prefiere aquel que ostente la posesión, sino aquel cuyo título de adquisición sea más antiguo. 3) El fondo es un bien mueble en virtud de que está conformado por elementos mobiliarios y nunca por inmuebles. Está sometido al régimen de los bienes muebles en lo que toca a las sucesiones y los regímenes matrimoniales, con exclusión de la acción en rescisión por causa de lesión¹¹⁶.

El fondo de comercio es un mueble incorporal de naturaleza comercial, toda vez que no hay fondo sin explotación comercial, y toda operación que involucra un fondo constituye un acto de comercio, por aplicación de la teoría de lo accesorio¹¹⁷. De modo, pues, que al margen de las diferentes teorías, existen puntos de coincidencia en cuanto a que se trata de un bien mobiliario, unitario e incorporal. Su carácter abstracto ha generado debates e interpretaciones diversas en lo que respecta a su naturaleza jurídica. Pero podemos afirmar que por constituir un bien incorporal distinto de los elementos que lo componen, resulta difícil concebir que un fondo de comercio pueda desapa-

116 PÉDAMON, Michel, op. cit., pp. 198-199.

117 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 330.

recer por la dispersión de sus elementos, a menos que se transfieran aquellos que sean indispensables para la conservación de la clientela. Solamente cuando se ceden aquellos elementos que sirven de soporte a la clientela, se transfiere el fondo.

En ese sentido, reiteramos que tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa todavía no tienen un criterio firme en torno a la naturaleza jurídica del fondo de comercio. “Se trata de un aspecto elusivo, que todavía es objeto de discusión”¹¹⁸. Por eso, se afirma que esta institución “es producto de la dialéctica entre los elementos individuales que la componen y la unidad que los cristaliza”¹¹⁹.

Resulta difícil, para la doctrina francesa, conciliar las distintas teorías con algunos de los preceptos legales tradicionales de su derecho positivo que, *mutatis mutandis*, son los mismos que el nuestro. Dentro de las tres grandes teorías que se han propuesto se encuentran: a) La de una universalidad de derecho; b) La de una universalidad de hecho; y c) La que concibe al fondo de comercio como una propiedad incorporeal. Todas tienen méritos, pero a su vez, adolecen de debilidades conceptuales, como ya hemos analizado.

Estas tendencias que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del fondo de comercio resultan interesantes, puesto que se trata de un fenómeno que ha nacido de la práctica comercial y cuya trascendencia en el escenario económico y jurídico nadie discute. El fondo de comercio es una institución esencial en gran parte de las legislaciones del mundo que han sido influenciadas por el derecho francés. Los debates que se han suscitado no han permitido todavía

118 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 239.

119 HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 211.

fijar un criterio firme, pero al menos se ha esclarecido bastante su dúctil naturaleza.

Conclusiones

Como bien ha sido planteado en este primer capítulo, la expresión “fondo de boutique”, antecede en el derecho francés a la de “fondo de comercio”, la cual aparece por vez primera en el siglo XIX. Más concretamente, es en la ley fiscal francesa del 28 de febrero de 1872 donde se consagra jurídicamente esta institución.

El fondo de comercio no se encuentra ni en el Código Civil de 1804 ni en el Código de Comercio de 1807. Sin embargo, a pesar de su tardía aparición en el país que nos legó sus códigos, su evolución y desarrollo han sido realmente notables. La importancia que ha adquirido no se discute, hasta el extremo de que ha sido objeto de una estricta y minuciosa reglamentación legal.

Por otra parte, han sido analizados los enfoques vertidos por diversos autores sobre el fondo de comercio. Aunque algunos se apoyan en la finalidad perseguida –obtener una clientela–, y otros, en la naturaleza de los bienes que lo componen –bienes mobiliarios–, lo cierto es que a final de cuentas coinciden en cuanto a lo fundamental: obtener beneficios económicos. Por supuesto, para ello se requiere cautivar y retener una clientela, sin la cual no podría subsistir el fondo. Se trata de una entidad propia del sistema capitalista, en la que el factor especulativo, producto de la actividad o creatividad del comerciante, juega un papel decisivo.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se han estudiado las distintas teorías que intentan delimitarlo, sin que exista todavía

un criterio definitivo. El principio de unidad de patrimonio del derecho francés, en el que no se admiten patrimonios de afectación, así como la ausencia de personalidad jurídica del fondo, constituyen obstáculos insuperables, que chocan de un modo u otro con algunas de las teorías que han sido propuestas.

Señalar que el fondo de comercio es una universalidad es lo mismo que indicar que se trata de un conjunto que engloba bienes y deudas vinculadas a la explotación del negocio. Este criterio hace suponer que el comerciante podría conservar sus bienes personales, a pesar de realizar operaciones comerciales desacertadas, lo cual no es posible.

Algunos autores rechazan la expresión de “derechos de clientela”, originalmente propuesta por Georges Ripert, toda vez que la misma podría ser desviada o conquistada por otro comerciante, a través de mecanismos lícitos. De conformidad con este criterio, el comerciante únicamente adquiere derechos sobre aquellos elementos del negocio que permitirían conservarla¹²⁰. Por consiguiente, el fondo de comercio constituye una masa de bienes sometidos a un régimen único, bajo los matices ya indicados¹²¹.

Sin embargo, en razón de que no es posible concebir el fondo sin clientela, por tratarse de conceptos indisociables, somos de opinión que la expresión *derechos de clientela*, enarbolada por Ripert, resulta apropiada. Si bien es verdad que el comerciante adquiere derechos sobre los elementos del negocio que permitirían preservar dicha clientela, no menos cierto es que el fin último del adquirente del fondo es darle continuidad al mismo. Y esa continuidad únicamente es posible si se mantiene la repetida clientela, puesto que sin ella ningún fondo

120 PÉDAMON, Michel, op. cit. p. 198.

121 BARRET, Oliver, op. cit., p. 20.

podría operar y mucho menos, subsistir. En tal sentido, nos parece acertado que el fondo de comercio sea concebido como un derecho de clientela, análogo a los derechos de propiedad industrial e intelectual, aunque su propietario no tenga un derecho firme sobre dicha clientela.

Por tanto, como existe un vínculo indisoluble entre fondo y clientela, siendo esta última el corazón del primero, y en vista de la estrecha relación que concurre entre los elementos que sirven para la explotación del fondo y su clientela, no es incorrecta la definición que se nos ofrece, en el sentido de que “el fondo de comercio es una propiedad incorporeal consistente en el derecho de clientela, que se encuentra unido al fondo por los elementos que le sirven para su explotación”¹²².

En definitiva, no existe todavía en Francia unanimidad doctrinal en lo que concierne a la naturaleza jurídica del fondo de comercio y la clientela. Algunos autores ven a esta última como un componente del fondo, y otros, como una resultante, pero lo cierto es que la jurisprudencia francesa ha decidido de manera constante que la clientela es la condición esencial de existencia del fondo de comercio¹²³.

En efecto, la doctrina, al examinar la clientela, la incluye generalmente entre los elementos incorporeales del fondo de comercio¹²⁴. En ese sentido, al ser la clientela la condición esencial para la existencia del fondo de comercio, resulta apropiada la expresión *derechos de clientela* anteriormente señalada.

122 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 325.

123 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 227.

124 PIEDELIÈVRE, Alain, PIEDELIÈVRE, Stéphane. *Actes de Commerce, Commerçants, Fonds de Commerce*, Dalloz, 2001, 3 édition. Asimismo, numerosos autores hacen lo propio, esto es, incluyen la clientela en la lista de los elementos incorporeales indispensables para la existencia del fondo de comercio.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL FONDO DE COMERCIO

En este capítulo se estudiarán los elementos corporales e incorporales del fondo de comercio, siendo estos últimos los de mayor importancia en su composición. Con ocasión de los elementos que entran en la esfera de la pignoración del fondo, el artículo L. 142-2 del Código de Comercio francés enumera los siguientes: el rótulo y el nombre comercial, el derecho al contrato de arrendamiento, la clientela y el buen nombre, el mobiliario comercial, el material que sirva para la explotación del fondo de comercio, las patentes de invención, las licencias y las marcas, entre otros.

En ese sentido, los derechos de propiedad industrial, literaria y artística guardan estrecha relación con el fondo de comercio. Las patentes de invención, licencias, marcas de fábrica y comercio, diseños y modelos industriales, entre otros, a pesar de obedecer a una legislación especial, usualmente forman parte del fondo de comercio, en virtud de que constituyen elementos incorporales de indiscutible importancia. Sin embargo, algunos se encuentran excluidos de su composición, como veremos más adelante, y en ocasiones, surge la duda para

determinar cuál reviste mayor relevancia, en caso de cesión del fondo de comercio.

El texto que sirve de base es la ley francesa del 17 de marzo de 1909 que, al enunciar los privilegios del vendedor, nos indica que el mismo recae sobre la enseña, el nombre comercial, el derecho al arrendamiento, la clientela y el *achalandage*¹²⁵. Más adelante, esa misma ley hace alusión a los materiales y mercancías, pero su enumeración no es exhaustiva y los derechos de propiedad industrial que tanta importancia revisten en la actualidad son omitidos por el artículo primero de la referida ley de 1909.

En una revisión de las más recientes publicaciones, hemos encontrado otros elementos incorporales que el legislador francés se ha visto en la necesidad de considerar, debido al desarrollo tecnológico que se ha producido en el transcurso de los últimos años, y por la importancia que revisten para determinados negocios. Entre estos se hallan: los secretos de fábrica, el saber hacer (*savoir faire/know how*) los *software* y programas de ordenadores, topografía de los productos semiconductores, derechos de propiedad literaria y artística y las autorizaciones administrativas¹²⁶.

En República Dominicana, a pesar de que el fondo no aparece contemplado en el Código de Comercio, buena parte de los elementos incorporales que lo conforman se encuentran regulados por la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial y su reglamento de aplicación. Algunos artículos de la referida norma fueron modificados por la Ley No. 424-06, de implementación del DR-CAFTA¹²⁷, donde se desglosan a partir de sus usos y desusos en el derecho positivo dominicano.

125 REINHARD, Yves, op. cit., p. 277.

126 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., pp. 98-101.

127 DR-CAFTA Tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.

Para una mejor sistematización de este trabajo, consideramos conveniente insertar las disposiciones que establece la legislación dominicana sobre este aspecto, la cual hace referencia al nombre comercial –mas no a la enseña, sino a los rótulos, emblemas y lemas comerciales–, las marcas de fábrica, las patentes de invención y los diseños y modelos¹²⁸. Dichos conceptos son tratados de forma separada, de manera que, para nuestro enfoque, lo trataremos en el mismo orden en que aparecen citados los elementos incorporales.

En tal virtud, nos limitaremos, en lo sucesivo, a reproducir fielmente lo que dispone la legislación dominicana, la cual no difiere mucho de la francesa, en vista de que se trata de leyes internacionales adoptadas por numerosos Estados para facilitar el intercambio comercial. Asimismo, dedicaremos especial atención al derecho de autor en la República Dominicana, a partir de la Ley No. 65-00 y su reglamento de aplicación.

El enfoque que será presentado es enunciativo, aportando en algunos casos las consideraciones vertidas por una que otra sentencia, lo que se verá reflejado, fundamentalmente, en lo que atañe a la patente de invención.

Los elementos del fondo de comercio en la legislación francesa

El fondo de comercio está constituido por una serie de elementos que resultan variables en número y valor¹²⁹. La naturaleza del negocio es lo que determina la importancia de los mismos. Pues resulta que no todos tienen la misma relevancia,

128 Denominados por la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial como “diseños industriales”.

129 BARRET, Olivier, *op. cit.*, p. 7.

ya que la misma se establece en función de la influencia que ejercen sobre la atracción y conservación de la clientela. Aunque la importancia de los diversos elementos varía de conformidad con situaciones de hecho, para algunos establecimientos comerciales el elemento preponderante es la atribución de explotar una marca o fabricar una mercancía u otro elemento. No obstante, el elemento principal es el derecho al arrendamiento, dado que le confiere al fondo una importancia territorial determinante y le imprime cierta estabilidad para retener así la clientela¹³⁰. De modo que “se acostumbra dividir los elementos del fondo según la naturaleza jurídica de los bienes y los derechos reunidos para la explotación. Se distingue así entre los elementos incorporeales y los elementos corporales”¹³¹.

En vista de que la ley no determina cuáles son los elementos que han de estar necesariamente comprendidos en el fondo de comercio, las partes tienen libertad, en caso de venta, para separar uno o varios, y el comerciante puede, además, ceder uno o varios elementos, conservando el fondo de comercio¹³². Este ha sido un arduo problema para la jurisprudencia, pues en realidad es imposible determinar, de manera abstracta y general, los elementos esenciales del fondo, y todo depende del género de comercio. En el caso de que se defina el fondo como un derecho de clientela, se encuentra fácilmente la solución a las dificultades, ya que se trata simplemente de saber cuáles son los elementos determinantes para conservarla. En algunas situaciones, el factor preponderante podría ser el nombre, el local o a veces, el material y las patentes de invención¹³³.

130 GUYON, Yves, op. cit., p. 669.

131 RIPERT, Georges, op. cit., pp. 331-332.

132 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 175.

133 RIPERT, Georges, op. cit., p. 332.

La composición de un fondo de comercio no es siempre la misma: algunos elementos aparecen y otros desaparecen, a medida que evoluciona la actividad del comerciante¹³⁴. Por todo ello, no se puede precisar, de un modo general y abstracto, cuáles serían los elementos esenciales de un fondo de comercio, puesto que la importancia de los mismos varía de conformidad con la naturaleza de la actividad comercial¹³⁵. No es lo mismo un negocio dedicado a la venta de alimentos, en los que la higiene, calidad y buen servicio juegan un papel fundamental para atraer la clientela, que otro dedicado a la venta de combustibles. En este último, la marca podría ser lo determinante para captar y retener a la clientela.

De modo que no es posible enumerar concretamente cuáles son los elementos principales que le sirven al comerciante para preservar su vigencia en el mercado. Su éxito depende de numerosos factores que guardan estrecha relación con el ejercicio de su actividad, la cual es tan diversa y amplia como su propia imaginación. En pocas palabras, no es posible resumir en un catálogo los factores determinantes para el éxito comercial, en vista de que son tan numerosos e imponderables que resulta imposible concretarlos.

La doctrina francesa, al enunciar los elementos del fondo de comercio, los clasifica en corporales e incorporales, dedicándole mayor importancia a estos últimos, como veremos en lo adelante.

Los elementos incorporales del fondo de comercio

Al analizar los elementos incorporales, se observa que unos se ceden con el fondo, porque se encuentran indisolublemente unidos a él, mientras que otros se vinculan a la persona del

134 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 13.

135 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 175.

comerciante. Los primeros siguen necesariamente la suerte del fondo, en caso de enajenación, dándole su verdadero valor. En tal sentido, les llamamos elementos incorporeales sustanciales, y los constituyen la clientela y el *achalandage*, el nombre comercial, la enseña y el arrendamiento. Otros aparecen ocasionalmente, como los derechos de propiedad industrial y comercial. Cada una de estas categorías tiene subdivisiones.

Al abordar la clientela, la doctrina francesa condiciona la existencia del fondo a la existencia de una clientela actual, cierta y concreta. Por otra parte, en los signos distintivos encontramos el nombre comercial y la enseña¹³⁶. Cuando examinamos los derechos de propiedad industrial y comercial, tropezamos con las marcas de fábrica, de comercio o de servicios, las patentes de invención y los diseños y modelos¹³⁷, así como el arrendamiento de los locales comerciales que, además de su carácter especial, constituye uno de los ejes de nuestra investigación, motivo por el cual lo examinaremos en otro momento. Los segundos, por el contrario, son elementos incorporeales no cesibles con el fondo, conformados generalmente por deudas, créditos y contratos y que abordaremos previamente a los elementos corporales.

La clientela

Existen dos corrientes doctrinales con relación a la clientela: la primera es la que asume la jurisprudencia francesa y la aborda como un elemento incorporal del fondo de comercio, y la segunda, que se inclina por no considerarla como un bien propiamente, puesto que los comerciantes no tienen ningún derecho sobre sus clientes. Reiteramos que para algunos autores

136 BARRET, Olivier, op. cit., p. 8.

137 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 232.

no cabe la expresión “derecho de clientela”, porque constituye una simple posibilidad que la misma permanezca fiel al adquirente de un fondo¹³⁸.

En efecto, algunos autores se refieren al derecho de clientela, aunque reconociendo que la misma es libre de visitar el establecimiento de su preferencia. Nadie puede garantizar la fidelidad de la clientela, toda vez que son muy variadas las razones que justifican su vínculo con un negocio determinado¹³⁹. El comerciante se limita a ceder aquellos elementos que, a su juicio, resultan vitales para preservar la atracción, retención y captación de potenciales nuevos clientes. También suele comprometerse a no reinstalarse en un perímetro determinado, para no hacerle competencia al adquirente del fondo, pero no puede garantizar la fidelidad de dicha clientela.

La ley francesa del 17 de marzo de 1909 enuncia la clientela, el *achalandage*, el derecho al arrendamiento, la enseña, el nombre comercial, el material y las herramientas¹⁴⁰. El vocablo *achalandage*¹⁴¹ asimila la *parroquia* a la clientela. Estos conceptos no son sinónimos, aunque son utilizados indistintamente. Sin embargo, a pesar de que el término *clientela* se encuentra muy unido al de *parroquia* o *achalandage*, en el caso francés, este último carece de traducción literal en el idioma español. “El término *achalandage* es de imposible traducción al castellano en este sentido, porque así utilizado tendría que emplearse la

138 “La mayoría de la doctrina contemporánea está de acuerdo en considerar que la clientela no es un elemento del fondo: ella no es más que una cualidad. (...) es la resultante del conjunto de otros elementos -del fondo- REYGRABELLET, Arnaud, op. cit., p. 38.

139 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 228.

140 GUYON, Yves, op. cit., p. 668.

141 Término francés con el que se define la clientela, proviene del francés antiguo *attier les chalands*.

palabra *aparroquiamento*, que no existe en nuestro idioma. En la actualidad, está cobrando aceptación el término *aviamiento*, tomado de la palabra italiana *avviamento*, equivalente al *achalandage* francés¹⁴².

De manera que carece de importancia práctica la distinción entre clientela y *achalandage*. Algunos autores no parecen estar de acuerdo con la unión de estos términos que la ley asocia para diferenciar la clientela, la cual comprende el grupo de personas leales al fondo donde normalmente se abastecen. En otras palabras, la clientela designa a las personas atraídas por las cualidades personales del comerciante, mientras que el *achalandage* constituye la capacidad del establecimiento para atraer la clientela, la mayoría de las veces en función de la ubicación del establecimiento comercial¹⁴³.

Los textos del Código de Comercio francés que enumeran los diferentes elementos susceptibles de figurar en el perímetro del fondo consideran la clientela y el *achalandage*¹⁴⁴. Los autores clásicos se han esforzado por dar contenido a esta distinción. El *achalandage* correspondería a la clientela pasajera. Dicho de otro modo, el *achalandage* sería una simple virtualidad de cifra de negocios que resultan de la ubicación geográfica del fondo¹⁴⁵. Sin embargo, para algunos autores, el concepto de clientela es más amplio en el contexto jurídico que el económico, pues no solo ha de entenderse por tal la generalmente denominada “clientela hecha o habitual”, sino aquella “posibilidad de clientela resumida” en el conjunto de cualidades subjetivas y objetivas del

142 Nota del autor, GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 312.

143 REINHARD, Yves, op. cit., p. 281; HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 205.

144 Código de Comercio francés, artículos L. 141-5 y L. 142-2.

145 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 38; HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 205.

fondo, que en el ámbito económico se conoce más propiamente con el nombre de “llave”¹⁴⁶.

La citada ley del 17 de marzo de 1909 presenta a la clientela como un valor resultante de las relaciones existentes entre el fondo y las personas que en él adquieren mercaderías o servicios ofrecidos por el explotador, y la facultad que posee el fondo para atraer a los compradores. Es claro que el término “clientela” no significa en modo alguno que el comerciante pueda exigir a las personas que están en relaciones con él que se mantengan fieles al fondo, como bien expusieramos anteriormente; más bien, procura que puedan virtualmente estarlo en el caso de cesión a un sucesor. No obstante, por su incidencia en el valor del fondo, el derecho a la clientela goza de una gran protección legal. La clientela es la aptitud o posibilidad de agrupar un determinado número de clientes¹⁴⁷.

Hay quienes entienden que la clientela no es otra cosa que el valor representado por el mantenimiento que se deriva de las relaciones de negocios establecidas con el conjunto de los clientes del comerciante¹⁴⁸. Puede afirmarse que cuando se cede un elemento preponderante del fondo que asegura la existencia de la clientela, se configura, en estos casos, la transmisión del mismo¹⁴⁹.

En un sistema de libre competencia, la clientela no pertenece a ningún comerciante. Salvo en los contratos de aprovisionamiento, cuya duración es siempre limitada, la clientela puede ser atraída o conquistada por un competidor que ofrece mejor servicio a menor costo. Cualquiera podría preguntarse si más que un componente del fondo, la clientela resulta, a fin de

146 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 173.

147 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 319.

148 HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 205.

149 PIEDELIÈVRE, Stéphane, op. cit., pp. 200-201.

cuentas, el fondo en sí mismo o al menos, un aspecto revelador de su existencia. A diferencia de otros elementos, ella presenta un carácter esencial, en razón de que podríamos concebir un fondo sin contrato de arrendamiento, sin enseña y sin derechos de propiedad industrial, pero no sin clientela¹⁵⁰.

En el proceso de explotación, el comerciante dispone de poderosos medios jurídicos para defender su derecho a la clientela contra sus competidores. Si bien es cierto, estos pueden tratar legítimamente de atraerse a la clientela ajena mediante procedimientos comerciales superiores y de una efectiva publicidad. Pero no pueden apartarla injustamente de un fondo con maniobras desleales. “Por ejemplo, creando confusiones o con actos ilícitos, es decir, con una publicidad engañosa o mediante hechos denigrantes. El autor de semejantes actos compromete su responsabilidad civil por una acción de competencia desleal y su responsabilidad penal por delito de publicidad engañosa (art. 5, Ley No. 63-628 de 2 de julio de 1963)”¹⁵¹.

Por otra parte, cuando se materializa la cesión del fondo, el adquirente, decepcionado en sus esperanzas de mantener la clientela de su predecesor, no puede lamentarse si esta se aparta normalmente del fondo, a menos que el vendedor intente recuperarla. “Por ejemplo, instalando un nuevo fondo en las proximidades del fondo cedido. Para evitar esta maniobra desleal, la jurisprudencia protege el derecho a la clientela del adquirente contra la evicción del vendedor. Este compromete su responsabilidad civil sobre la base del artículo 1382¹⁵² del Código Civil,

150 GUYON, Yves, op. cit., p. 707.

151 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 313.

152 Dicho artículo dispone que “cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo. Código Civil de la República Dominicana.

puesto que hay falta delictual en recuperar la clientela del fondo cedido. Por lo tanto, el vendedor generalmente se compromete en el contrato de cesión a no reinstalarse en un determinado perímetro, y en caso de violación de esta cláusula, que es de estilo en los contratos, el adquirente puede pedir la nulidad de la venta o una reducción del precio, sin perjuicio de los daños y perjuicios, basado en la falta resultante de las artimañas del vendedor”¹⁵³.

En primer término, el comerciante que ejerce la explotación de su fondo y reúne una serie de elementos, con el fin último de obtener una clientela, ve garantizado el disfrute de su esfuerzo al tener a su disposición medios jurídicos efectivos encaminados a defenderla frente a sus competidores. Un comienzo de explotación resulta necesario y no es suficiente una clientela potencial o virtual, puesto que si ningún cliente acude al establecimiento comercial, simplemente desaparece el fondo de comercio¹⁵⁴.

A pesar de esto, no se deja de reconocer que los competidores poseen ciertamente el derecho justo y legítimo de atraer la clientela ajena, pero mediante procedimientos comerciales lícitos. Es claro que la ley sanciona la competencia desleal, por considerarla inmoral y contraria a la ética que debe primar en sociedades que la aceptan y reglamentan. Aquellos que incurren en prácticas engañosas, además de comprometer su responsabilidad civil, comprometen su responsabilidad penal, prevista en la legislación represiva.

Las condiciones para la existencia del fondo están dadas en la presencia de la clientela. En este sentido, se ha estable-

153 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 313.

154 REINHARD, Yves, op. cit., p. 282.

cido que no puede haber cesión, locación o aporte en sociedad de un fondo cuando su propietario conserva la clientela, o si esta ha desaparecido. Como corolario, se desprende de lo anterior que tampoco existe fondo ante la falta o ausencia de una clientela cesible¹⁵⁵. La clientela del fondo de comercio es el resultado de actividades mercantiles, pero en las profesiones liberales, por el contrario, la clientela está unida esencialmente a las condiciones personales del profesional. En este último caso, se preserva aparentemente mejor la libertad de elección del cliente¹⁵⁶.

Un fondo de comercio puede existir perfectamente en ausencia de un contrato de arrendamiento, como ocurre con los vendedores ambulantes; igualmente, puede existir sin necesidad de ostentar una marca reconocida, como acontece con los negocios que venden productos al detalle, e incluso sin mercancías, como lo es el caso del negocio de transporte. Puede prescindir de todos los elementos antes apuntados, excepto de uno: la clientela. Sobre este aspecto, “la jurisprudencia ha decidido que la cesión del derecho al arrendamiento equivale a la cesión del fondo, en el caso de un almacén que funcione a base de una clientela de barrio o de un garaje”¹⁵⁷.

Algunas decisiones de la Corte de Casación francesa han afirmado que unos pocos clientes son suficientes para justificar la existencia de un fondo de comercio¹⁵⁸, e incluso bastaría, en algunos casos, poseer un solo cliente para justificar la existencia del fondo¹⁵⁹. Otras decisiones han señalado que la clientela debe

155 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 256.

156 HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 206.

157 RIPERT, Georges, op. cit., pp. 332- 333.

158 Cass. 3e civ. 5 juín. 1970, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1970, p. 673.

159 Cass. com. 7 déc. 1965; REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 48.

ser real y no simplemente potencial, y que debe ser el resultado directo del esfuerzo desplegado por el comerciante¹⁶⁰.

Sin embargo, el reconocimiento de la existencia de la clientela puede generar dificultades en determinadas circunstancias particulares: a) Cuando el comerciante forma parte de una red de distribución integrada, específicamente una red de franquicia, y b) Cuando el comerciante ejerce su actividad en un local incluido, o sea, dentro de un conjunto más vasto¹⁶¹.

En el caso de la distribución integrada se han suscitado numerosos conflictos en Francia, en cuanto a su desarrollo, principalmente con ocasión del compromiso del proveedor de respetar la obligación precontractual de información¹⁶², así como de la eficacia de las cláusulas de exclusividad impuestas al distribuidor o por el régimen aplicable a la rescisión del contrato. En ese sentido, se cuestiona cuál es el propietario de la clientela, si el proveedor o el distribuidor. Los tribunales tenían la tendencia

160 Cass. com. 13 mars. 1962, REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 42.

161 BARRET, Olivier, op. cit., pp. 15-16.

162 Artículo L.330-3 del Código de Comercio francés, el cual dispone que “toda persona que ponga a disposición de otra un nombre comercial, una marca o una firma comercial, exigiendo un compromiso de exclusividad o de casi exclusividad para el ejercicio de su actividad, estará obligada, antes de firmar cualquier contrato suscrito en interés común de ambas partes, a suministrar a la otra parte un documento que dé informaciones exactas y fidedignas que le permitan comprometerse con conocimiento de causa. Este documento, cuyo contenido será establecido por decreto, precisará la antigüedad y la experiencia de la empresa, el estado y las perspectivas de desarrollo del mercado en cuestión, la importancia de la red de explotadores, la duración, las condiciones de renovación, de rescisión y de cesión del contrato así como el campo de las exclusividades. Cuando se exija el pago de una cantidad antes de la firma del contrato mencionado anteriormente, en especial para obtener la reserva de una zona, las prestaciones aseguradas en contrapartida de esta cantidad deberán ser precisadas por escrito, así como las obligaciones recíprocas de las partes en caso de retracto. El documento previsto en primer párrafo, así como el proyecto de contrato serán comunicados como mínimo veinte días antes de la firma del contrato o, en su caso, antes del pago de la cantidad mencionada en el párrafo anterior”.

a reconocer este derecho en favor del proveedor, ya que consideraban que el distribuidor recibía una clientela preexistente, vinculada esencialmente a la notoriedad de la marca¹⁶³.

De modo que, con el fin de conservar la propiedad del fondo de comercio, el intermediario debía aportar la prueba de que tenía una clientela ligada a su actividad personal. Es decir, que además del atractivo de la marca o de aquello que le permitiera demostrar que el elemento del fondo que él aporta —como el derecho al arrendamiento—, es el que le permite atraer la clientela, a tal punto que la misma prevalezca ante la marca¹⁶⁴.

En una decisión de la Corte de Casación francesa se fijó el criterio de que el éxito de una estación de expendio de combustibles obedecía esencialmente a la buena reputación del nombre comercial de la firma petrolera y a la calidad de sus productos, razón por la cual la labor del distribuidor no era relevante en este caso¹⁶⁵. De conformidad con esta sentencia, la clientela es atraída esencialmente por la marca, colocando así al distribuidor en una situación engorrosa, en razón de que debe aportar la difícil prueba de que, independientemente del efecto que tenga la marca para atraer a la clientela, su esfuerzo o la buena ubicación de su negocio ha prevalecido para conquistar a los consumidores.

La razón por la que el distribuidor debe probar que su labor ha sido determinante para conquistar a la clientela, se debe a que se entiende que este se aprovecha de una clientela

163 La determinación de la clientela se torna compleja en aquellos casos en los cuales se configura una red de distribución, como ocurre con los contratos de franquicia, concesión, corretaje o de agencia comercial. En ese sentido, la tendencia de la jurisprudencia francesa era la de reconocerle la propiedad de la misma al proveedor, puesto que el éxito del distribuidor depende fundamentalmente de la buena fama de la marca del producto que se le suministra. Arnaud Reygrobelle, op. cit., p. 72.

164 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 72.

165 Cass. 3e civ. 13 févr. 1980, Revue trimestrielle de droit commercial, 1980, p. 760.

preexistente, que es atraída básicamente por la notoriedad de la marca de los productos suministrados¹⁶⁶. El asunto suele tornarse complejo en determinados casos, razón por la cual se sostiene que en estos supuestos, no puede ofrecerse una explicación firme, o sea, habrá que analizar las circunstancias de hecho o el caso concreto¹⁶⁷.

Ha sido juzgado que en los contratos de franquicia existen dos clientelas distintas, en lugar de una. La del concedente de la franquicia y la del concesionario, que se dividen: en una clientela nacional, ligada a la notoriedad de la marca, y otra clientela local, que el representante ha creado por sus propios medios¹⁶⁸. Por tal motivo, ambos pueden prevalerse de la propiedad de dos fondos de comercio distintos¹⁶⁹. Esta sentencia de la Corte de Casación francesa resuelve salomónicamente el conflicto entre proveedores y distribuidores cuando existen desavenencias con relación a las causas de atracción de la clientela.

En vista de que el comerciante generalmente es inquilino del local donde explota su negocio, en 2004 se propuso en Francia unificar la propiedad del fondo y la del inmueble en el que se explota, esto es, a favor del propietario o del arrendatario. Asimismo, se planteó consignar legalmente un derecho de preferencia en provecho del locatario, en caso de venta del local, e igualmente en provecho del propietario del local, en caso de venta del fondo¹⁷⁰.

Por otra parte, hay quienes sustentan la hipótesis de que “la clientela corresponde a dos realidades económicas que se

166 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 72.

167 PIEDELIÈVRE, Stéphane, op. cit., p. 199.

168 Cass. 3e. civ., 27 mars 2002, Bulletin 2002, III, No. 77, p. 66.

169 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 16.

170 DELPECH, Xavier, op. cit., pp. 65-66.

sucedan en el tiempo. Al momento en que el actor económico se encuentra en su actividad comercial, la clientela designa su presencia en el mercado, a condición de que actúe por sí mismo; -mientras que- cuando transfiere su actividad, la clientela designa el valor financiero de la posición transferida”¹⁷¹.

En los llamados establecimientos incluidos, esto es, los fondos de comercio que se encuentran ubicados dentro de establecimientos comerciales más vastos, la situación es diferente. Entiéndase mejor, una tienda de perfumes o una joyería ubicada dentro de una gran plaza comercial o un hotel de lujo. Algunos argumentarán que la clientela es atraída exclusivamente por la fama o notoriedad del establecimiento dominante (plaza u hotel) y no por el fondo menor, que sería, en este caso, la tienda de perfumes o joyería¹⁷².

Si bien es verdad que la plaza comercial constituye un elemento clave para la atracción de la clientela, no menos cierto es que los visitantes o clientes tienen la opción de consumir en el lugar que prefieran, tan pronto se encuentren dentro del fondo dominante. “Para estos comerciantes, por consiguiente, a menos que no dispongan de ninguna autonomía de gestión, la clientela no ofrece ninguna duda. Poco importa que ellos se comporten como una especie de parásitos y exploten una clientela que es conquistada por la notoriedad del hotel o del hipermercado”¹⁷³.

Una decisión, relativamente reciente, no dudó en reconocerle clientela propia a un comerciante que se encuentra dentro

171 LELOUP, Jean-Marie, “La place de la clientèle aujourd’hui”, *Gazette Du Palais*, Dimanche 31 mai au jeudi 4 juin, 2009, p. 75.

172 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 17.

173 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 18.

de un establecimiento mayor¹⁷⁴. En Francia se les denomina “comerciantes incluidos” a aquellos que ejercen su actividad dentro de un establecimiento dominante. De manera que resulta importante considerar lo que comenta la jurisprudencia cuando establece que el propietario del fondo debe disfrutar de autonomía de gestión, o sea, que no se encuentre sujeto a ninguna clase de subordinación o constreñimiento al propietario del fondo dominante¹⁷⁵. Otras decisiones de la Corte de Casación francesa también han sentado criterios razonables¹⁷⁶.

La jurisprudencia francesa, como se ha visto, orienta sus decisiones de conformidad con las circunstancias y naturaleza del negocio en cada caso. Solamente encontramos uniformidad de criterio en torno al aspecto que resulta indispensable para la

174 Cass. civ. 19 mars 2003, Bulletin Civil, III, No. 66, p. 60.

175 Cass. civ. 5 févr. 2003, Bulletin Civil 2003, III, No. 25, p. 25; Cass. Civ. 19 janv. 2005, Bulletin 2005, III, No. 10, p. 8.

176 A) En caso de expropiación de terrenos en los que se encuentra localizada una estación de venta de combustibles para reubicarlos en otro lugar mejor y dentro de la misma zona, solamente debe indemnizarse al propietario en lo relativo a la pérdida del derecho de arrendamiento y los gastos de transporte, pero no en lo que toca a la pérdida de la clientela (Cass. civ. 10 juin 1976, Bulletin Civil, III, No. 251, p. 194). B) En el mismo sentido del caso anterior, por tratarse de un negocio de múltiples sucursales, una bomba de gasolina cuyos terrenos hayan sido expropiados por la Administración no tiene derecho a una indemnización por la pérdida de la clientela (Cass. civ. 9 janv. 1979, Bulletin Civil, III, No. 54, s/p) C) La liquidación de las mercancías de un fondo no supone necesariamente la desaparición de la clientela cuando esta última no es estable y no se encuentra vinculada al esfuerzo desplegado por el vendedor D) La desaparición del inmueble no supone la del fondo cuando se trata de un establecimiento de bebidas aunque su clientela se encuentre atraída por su ubicación y su enseña (Cass. com. 20 oct. 1998, Michel Pédamon, op. cit., p. 192) E) No obstante la desaparición del fondo, si subsiste una clientela real, en esa misma medida subsiste el fondo de comercio (Cass. com. 26 janv. 1993, Bulletin 1993, IV, No. 33, p. 20) F) Cuando un establecimiento comercial cambia radicalmente su actividad y se sustituye la clientela vieja por otra nueva, en esa medida se opera una modificación de un fondo viejo por otro nuevo, en virtud de que desaparece el fondo original para abrirle paso a uno distinto (Cass. com. 6 déc. 1982, Bulletin 1970, IV, No. 92, p. 88)

retención de la clientela. En ese sentido, las decisiones suelen adaptarse a las particularidades de cada fondo de comercio.

La clientela no es otra cosa que el valor que representa la esperanza de mantener las cifras de negocios realizadas en el curso de los meses precedentes, empleando las mismas estructuras de explotación que utilizaba el cedente¹⁷⁷. Es la posibilidad de renovar contratos futuros¹⁷⁸. Más que un elemento del fondo, es el propósito o finalidad perseguida por el comerciante, y todos los demás son medios que solo sirven para alcanzar este fin de atraer, desarrollar y conservar la clientela¹⁷⁹. Por consiguiente, al tratarse de una eventualidad, una parte de la doctrina sostiene que el derecho a la clientela no es un componente del fondo, sino una resultante. Pero la corriente doctrinal dominante es que la clientela constituye uno de los componentes del fondo.

Somos de opinión, en vista de que la clientela es indisoluble del fondo, de que la expresión “derechos de clientela”, expuesta por algunos autores, esencialmente por Ripert, es la más acertada. No se concibe la existencia de uno sin el otro, o sea, de fondo sin clientela, y viceversa. No importa que el propietario de un fondo únicamente disponga de una acción en competencia desleal cuando un competidor pretenda sustraerle sus clientes, acción que es considerada insuficiente por otros autores, para negar así la posibilidad de que pueda hablarse de los derechos de clientela.

Debemos centrarnos más bien en el concepto que en la acción que tiene a su alcance el propietario de un fondo cuando se le sustrae una parte o la totalidad de su clientela para

177 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 254.

178 Ripert et Roblot, par Vogel, No. 443. En: PIEDELIEVRE, Stéphane, op. cit., p. 197.

179 GUYON, Yves, op. cit., p. 707.

elaborar una categoría jurídica. Más claramente, partiendo del concepto ampliamente aceptado por la jurisprudencia francesa, de que la clientela es el componente o elemento indispensable del fondo, debemos concluir que no es exagerada la concepción de los denominados “derechos de clientela”, defendida y sostenida por un sector de la doctrina.

El valor llave

El concepto de “valor llave” se emplea fundamentalmente en el contexto argentino. El mismo constituye la sumatoria de todas las cualidades de un establecimiento comercial, traducidas en su capacidad para obtener beneficios económicos. A mayor o menor capacidad, será mayor o menor el precio del valor llave. Pero se presenta una sencilla referencia al empresario que, a sabiendas de las bondades de su negocio en orden al rédito producido, no está dispuesto a desprenderse de él, a menos que se le abone un sobreprecio que justifique en parte esta decisión. Algunos autores atribuyen a la “llave” las superutilidades o superganancias que se espera recibir de un establecimiento determinado. “Es decir, que si de la ubicación de un establecimiento, de la publicidad de que ha gozado, del prestigio de su nombre o marca, etc., se puede inferir que sus ganancias o utilidades futuras serán mayores que las normalmente esperables de un negocio del género, esa ganancia superior, que depende de los factores enunciados, constituye de la superutilidad previsible para el futuro por la cual se cobra un determinado precio”¹⁸⁰.

Como se ha observado, la idea de “valor llave” se crea a partir de la comparación de dos o más establecimientos similares y

180 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 188.

las utilidades producidas por el fondo, en relación a la renta que generará el capital invertido durante un período determinado. Claro, el concepto es de naturaleza puramente económica.

La doctrina italiana ve nacer su *avivamiento*¹⁸¹ en las mismas condiciones que los argentinos su “llave”, de manera que “un capital invertido en un fondo de comercio –ofrece– frutos por encima de lo normal”¹⁸², abriendo paso a una evolución en materia jurídica que da lugar a que podamos referirnos al mismo como cualidad del fondo de comercio y no como valor resultante de la comparación. Todo lo cual “nos lleva a un *avivamiento* como cualidad del fondo conformado por factores objetivos (ubicación, prestigio, etc.) y subjetivos, los que a su vez pueden subdividirse en aquellos que aun formando parte de la actividad del titular, se “objetivan” en la empresa y son transmisibles (planes de venta, métodos organizativos, campañas publicitarias, etc.) y los puramente subjetivos, que dependen de las condiciones y habilidades del titular (capacidad, trato, simpatía, etc.)”¹⁸³.

La Primera Convención Metropolitana de Graduados en Ciencias Económicas ha considerado el concepto “valor llave”, cuando plantea que “valuar la llave del negocio significa estimar el valor de una fuente productiva de beneficios futuros que exceden a los normales y que vienen a compensar, en la mayoría de los casos, la venta inferior a la normal producida en los primeros

181 Se traduce como *aviamiento*, término ya usado por los autores del derecho intermedio con el mismo sentido que le confiere la moderna doctrina italiana. Si bien, los argentinos emplean el concepto “llave”, todo indica que este término se refiere más al precio o el valor económico del *aviamiento* y no al propio *avivamiento*, que es considerado como calidad o elemento del fondo de comercio.

182 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 190.

183 ZUNINO, Jorge Osvaldo. op. cit., p. 191.

años de la instalación”¹⁸⁴. Por disposición de esta convención, se enumeran los elementos o presupuestos que en mayor o menor medida se tendrán en cuenta, a los fines de la evaluación¹⁸⁵. En un análisis positivo de estos elementos, podríamos llegar a la conclusión de que por medio de ellos es que se determina la ganancia, independientemente de la persona de su titular y de la mercadería que se despache.

La doctrina argentina, al valorar la capacidad que tiene un fondo para generar utilidades futuras, a lo que ellos denominan valor llave, le otorga una importancia mayor al fondo, en vista de que analiza sus potencialidades de cara al porvenir. Aunque parten del criterio de los franceses en cuanto al concepto y composición del fondo de comercio, es preciso reconocerles el esfuerzo que realizan para separar factores objetivos y subjetivos que inciden en su valor.

Mientras que la doctrina francesa se limita a valorar el fondo en el momento presente, o sea, cuando se efectúa su

184 RIPA, Alberdi, Vicente I., *Transmisión de los establecimientos comerciales*, La Plata, S/e., 1974, p. 39.

185 A) Una clientela hecha, que es consecuente o adicta en razón de la naturaleza, calidad, utilidad, precio y marca de los productos que adquiere o de los servicios o tratos recibidos. B) La existencia para los productos o servicios vendidos de un mercado fijo y de estimación inmediata. C) Una serie de años con beneficios superiores a los comunes en este tipo de actividad y la confianza que ellos continuarán en el futuro. D) El prestigio comercial de una marca de comercio, de una patente de invención o de una fórmula industrial secreta, sin perjuicio de que estos elementos sean motivo, en casos especiales, de valuaciones separadas. E) La inteligencia de un plan de propaganda y publicidad ya desarrollados y el cual se han hecho inversiones de consideración. F) La ubicación del local del negocio en cuanto este tuviese por objeto satisfacer al menudeo, o el consumo directo y la existencia de un contrato de locación por vencer, en la posibilidad o no de ser renovado. G) La competencia de la dirección o la capacidad personal de quien conduce el negocio y con cuya iniciativa individual ha establecido condiciones especiales para la obtención de resultados ventajosos que no estén basados necesariamente en privilegios oficiales. H) La adecuada organización existente en una empresa.

transmisión y partiendo de la clientela existente en ese instante, los argentinos proyectan sus potencialidades hacia el futuro, para conferirle un valor agregado.

Los signos distintivos

En esta categoría se tratará el nombre comercial y la enseña. Como ha sido ya apuntado, a pesar de que algunos autores los tratan de forma conjunta, serán abordados de manera individual, dado que existen entre ellos diferencias marcadas, y puede darse el caso de que cada uno de estos elementos pueda ser cedido de forma separada.

Si se analizan conceptualmente ambos elementos “nombre comercial (en sentido objetivo, por supuesto) y enseña, se identifican en tanto ambos son utilizados para distinguir un establecimiento mercantil”¹⁸⁶. “Las diferencias son formales y se fundamentan en la mayor amplitud conceptual que la enseña admite. En efecto, adoptando la forma de cartel, placa, letras de molde, de relieve, etc., e incluida también en la papelería del negocio, la enseña puede reproducir el nombre comercial o representarse por medio de símbolos, figuras, combinaciones de colores, etcétera; de ahí que en algunas oportunidades se confunde con el nombre comercial y en otras, lo complementa”¹⁸⁷.

Resulta importante la afirmación de que cuando el fondo es conocido por un número de teléfono, y este se convierte en una verdadera insignia, por ejemplo, para una empresa que se dedique a la venta a distancia, dicho número debe ser cedido con el fondo, pues se trata, en este caso, de un elemento incorporal del fondo vinculado al nombre comercial y que, al

186 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 123.

187 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 123.

igual que este, sirve para identificar la clientela y localizar la actividad comercial¹⁸⁸. Ahora bien, el Consejo de Estado francés ha juzgado que los prefijos, números o bloques de números telefónicos atribuidos a los operadores no pertenecen a estos últimos, por tanto, no pueden ser tomados en cuenta al momento de la evaluación de un fondo de comercio. Todo ello no significa que el cesionario del fondo no pueda conservar, durante algún tiempo, el número de teléfono de su predecesor, si dicho número constituye un elemento para la retención y conservación de la clientela¹⁸⁹.

En relación a las líneas e instalaciones telefónicas puestas a disposición del comerciante por un operador telefónico, en caso de cesión del fondo, el adquiriente puede, cuando se va a dedicar a la misma actividad de su predecesor, conservar el mismo número de teléfono con el cual la empresa ha sido conocida por sus clientes. Existen otros elementos considerados como signos distintivos, pero de menor interés, precisión y autonomía. En esta situación se encuentra el “emblema”. Definido como “un signo gráfico característico, que tiene como fin individualizar la empresa, generalmente mediante una sigla (...) o una letra (S, para Singer) a menudo registrada como marca”¹⁹⁰.

Algunos autores opinan que la función del emblema no difiere del nombre comercial; otros apuntan que tiene una función identificadora de publicidad y de propaganda. Claro, es preciso reconocer que la función y protección jurídica del mismo resulta variable. Sin embargo, identifica una empresa, lo que permite cumplir su función de signo distintivo.

188 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 123.

189 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 28; DELPECH, Xavier, op. cit., p. 79.

190 HALPERÍN, *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Volumen I, 2000, p. 85.

También la insignia es considerada como “un distintivo para toda la actividad de un mismo empresario o parte de ella; es posible que se trate de dibujos (por ejemplo, la estrella de *Mercedes Benz*) o palabras escritas con una especial grafía (Ford, Peugeot)”¹⁹¹. Evidentemente la insignia no difiere del emblema, más bien puede verse como otro nombre para la misma realidad.

Por otra parte, los rótulos son etiquetas u otros signos impresos donde se indica la clase, calidad, pureza, tipo y medidas de los productos. Los rótulos identifican cualquier signo figurativo empleado por un local comercial. Es la imagen exterior de la empresa, que indica el lugar donde se encuentra. Se protege y registra de acuerdo con las disposiciones legales previstas para el nombre comercial. También tenemos la “presentación”, que incluye a los elementos de condicionamiento exterior y de embalaje de una mercadería que sirven para distinguirla de otras.

Todas estas categorías forman parte de los signos distintivos. Sin embargo, nuestra atención se centrará en el nombre comercial y la enseña, puesto que son los que mejor caracterizan al establecimiento comercial, siendo los más estudiados por los autores que discurren sobre el fondo de comercio.

El nombre comercial

El nombre comercial es la apelación bajo la cual el comerciante ejerce su comercio¹⁹². Si se trata de una sociedad, nos encontraremos frente a la denominación social. También se le define como “aquel con el que el comerciante se individualiza y obliga, en el ámbito de los negocios o en su giro (nombre-firma) del mismo modo y en igual sentido, el nombre social es

191 ETCHEVERRY, *Manual de derecho comercial*, Buenos Aires, 1983, p. 437.

192 HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 207.

considerado nombre comercial; por último, se llama también así el utilizado por una persona (física o jurídica) para identificar su establecimiento mercantil¹⁹³. Es visto, además, como “la denominación bajo la cual el comerciante, persona física o moral, ejerce su actividad. Puede ser un nombre patronímico, aquel de quien explota individualmente, o de uno o varios asociados incorporados en la denominación social de la empresa. Puede ser también un pseudónimo, un nombre compuesto o una denominación de fantasía”¹⁹⁴.

Usualmente, el nombre se transfiere conjuntamente con el fondo, pero puede, como cualquier otro elemento del mismo, ser disgregado y cedido separadamente. Sin embargo, el asunto es saber si una cesión del nombre equivaldría a la cesión del fondo, en el supuesto de que el nombre sea el elemento esencial. Además, quien cede el nombre tiene derecho a exigir que el cesionario conserve el carácter de nombre comercial y no permita la confusión con un nombre civil. En general, la distinción se hará con la indicación usual “antigua casa” o añadiendo el nombre del sucesor después del nombre del cedente¹⁹⁵.

Cada propietario tiene derecho a usar su nombre patronímico como nombre comercial. El nombre civil es un derecho de la personalidad y no puede ser cedido; en cambio, el nombre comercial, por ser un objeto de propiedad incorporal, es un elemento del fondo y puede ser transferido conjuntamente con este o de manera aislada¹⁹⁶. Más claramente, mientras que en el ámbito del derecho civil el nombre es un atributo de la personalidad que, en principio, no es susceptible de ser cedido,

193 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 113.

194 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 186.

195 RIPERT, Georges, op. cit., pp. 180-181.

196 REINHARD, Yves, op. cit., p. 285.

el nombre comercial, en cambio, es objeto de un derecho de propiedad incorporeal¹⁹⁷.

Sin embargo, el empleo del nombre patronímico en el ejercicio del comercio muestra la influencia de la vida civil sobre la comercial. El nombre indicado en las facturas, cartas, a veces inscrito en una tienda, sirve para atraer la clientela. Se convierte en un elemento del fondo de comercio, y entonces, su naturaleza se transforma. En ese sentido, nada impide que en algunos casos pueda emplearse el nombre o apellido de uno de los propietarios, y en otros, puede ser el resultado de una invención.

En cuanto a la importancia y naturaleza del nombre comercial, como elemento del fondo de comercio, tiene la facultad de ser, a su vez, fuente del prestigio y las cualidades del mismo. En este sentido, su importancia obedecerá a la existencia y manifestación de esas cualidades. De manera que en el caso de que la calidad y el servicio le concedan al negocio la preferencia del público, su importancia se presentará con la sola mención del nombre comercial.

El nombre comercial ejerce un papel importante en la captación y conservación de la clientela, siendo susceptible de convertirse en un bien patrimonial, tanto en lo referente a la propiedad como en su cesión a terceros. En principio, los nombres propios o de familia no pueden ser cedidos, porque son derechos de la personalidad que se encuentran fuera del comercio jurídico¹⁹⁸. Sin embargo, esto comporta excepciones, ya que cuando se explota comercialmente, adquiriendo el negocio notoriedad con el nombre de uno

197 RIPERT, Georges, op. cit., p. 180.

198 PIEDLIÈVRE, Stéphane, op. cit., p. 201.

de sus fundadores, se considera que el mismo se desprende de la personalidad del individuo, convirtiéndose entonces en objeto de propiedad incorporal¹⁹⁹. Así lo ha enfocado la Corte de Casación francesa en el sonado caso Bordas²⁰⁰. Aunque es oportuno precisar que el vendedor del fondo puede reservarse el derecho sobre el nombre, y excluirlo expresamente del contrato.

En Francia, generalmente, se exige en aquellos casos donde se admite la cesión de un nombre propio, que el comprador utilice el término “sucesor”, para que los terceros adviertan que existe un nuevo propietario o causahabiente del vendedor. “En principio, y salvo convención en contrario, el comprador de un fondo y todos los adquirientes sucesivos tienen derecho de usar el nombre del fundador del fondo. Pero si se trata de un nombre de familia, los herederos del fundador pueden demandar que el uso sea reglamentado en caso de abuso (excepto que el acto de cesión original le atribuya al primer sucesor, sin ninguna reserva, la propiedad absoluta del nombre)”²⁰¹.

La Corte de Apelación de Bordeaux apuntó que cuando un fondo de comercio adquiere fama con el nombre de uno de los cónyuges, en caso de que posteriormente se produzca el divorcio, puede el cónyuge que recibe el fondo continuar utilizando el nombre del otro²⁰², para seguir con una óptima

199 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 25.

200 Cass. com. 12 mars 1985, Bulletin 1985, IV, No. 95, p. 84.

201 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 25.

202 Cabe recordar el caso de la célebre novelista Agatha Christie, quien adquirió fama mundial en el lapso en que estuvo casada con el coronel Archivald Christie y luego de divorciarse continuó utilizando el apellido de su primer marido hasta el día de su muerte.

explotación del establecimiento²⁰³. Aquí vemos una tendencia adoptada en interés del comerciante que atenúa lo dispuesto por el artículo 264 del Código Civil francés, según el cual, en caso de divorcio, cada cónyuge pierde el derecho de utilizar el apellido de su consorte²⁰⁴.

Retomando la protección del nombre del fundador de una empresa, la jurisprudencia francesa ha determinado que, en caso de ser cedido para la denominación social de un establecimiento, esto no le otorga derecho al cesionario para utilizarlo igualmente como marca. Se requiere un nuevo convenio entre el cedente y el cesionario para que este último pueda emplearlo con un fin distinto a lo pactado originalmente²⁰⁵.

Cuando el nombre comercial es empleado con la finalidad de competir deslealmente, la jurisprudencia asume que el perjudicado puede recurrir a los principios de la responsabilidad civil delictual consignada en el artículo 1382 del Código Civil²⁰⁶. Claro, el comerciante debe demostrar que se le ha ocasionado un perjuicio, como lo sería, por ejemplo, una sustracción de su clientela.

Puede darse el caso de dos negocios con idéntico nombre, pero dedicados a distintas actividades comerciales, en cuyo caso no podría alegarse ningún daño o perjuicio. En este sentido se plantea que “el que solicita la protección de un nombre comercial debe demostrar que lo ha utilizado de ma-

203 CA *Bordeaux*, 12 nov. de 1963, non publié au bulletin.

204 *Código Civil francés*, En: <http://es.scribd.com/doc/20568571/Codigo-Civil-Frances-Traducido>.

205 Cass. com., 6 mai 2003, REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 92.

206 Código Civil de la República Dominicana.

nera personal, pública y continua²⁰⁷. Mientras que en el caso de “las sociedades comerciales que tienen múltiples sucursales, el nombre comercial constituye su principal elemento”²⁰⁸.

Igual que ocurre con relación al derecho a la clientela, la jurisprudencia ha reconocido como instrumento de protección para el nombre comercial la acción de competencia desleal. Poco importa que se trate de un nombre patronímico o de fantasía, puesto que desde que alcanza cierta notoriedad, el mismo es susceptible de protección legal. Con relación al nombre comercial, si bien se transmite en conjunto, como elemento del fondo, el vendedor podría, mediante la inserción de una cláusula en el contrato de venta, limitar expresamente al comprador del uso de este nombre.

La protección del nombre comercial está asegurada por una acción en competencia desleal²⁰⁹, la cual no es absoluta. El ejercicio de dicha acción está limitado, en vista de que el uso de un nombre comercial no le impide a otra persona que tenga el mismo nombre patronímico de utilizarlo en su propio comercio, a condición de adoptar las condiciones necesarias para evitar toda confusión²¹⁰.

No cabe la menor duda de que el nombre constituye uno de los signos distintivos más relevantes, pues así como permite la identificación de las personas, también hace lo propio con un establecimiento mercantil.

207 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 26.

208 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 26.

209 Está reglamentada por una vieja ley de 28 de julio de 1824, que es incorporada en el artículo 217-1 del Código de Consumo francés.

210 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 187.

La enseña

La enseña, al igual que el nombre comercial, sirve para identificar el comercio y constituye un signo de atracción para la clientela. Generalmente colocada sobre el local en el que se explota el fondo de comercio, es un signo exterior que permite identificarlo, siendo común al conjunto de establecimientos que componen un circuito de distribución, especialmente en el caso de franquicia o de concesión exclusiva²¹¹.

En algunos casos, la enseña puede corresponder al nombre comercial y reproducir el nombre patronímico del comerciante, constituir un nombre de fantasía o una combinación de los nombres de los diferentes socios, si pertenece a una persona moral. Puede revestir la forma de una simple inscripción, de una imagen, entre otras²¹². La enseña no debe confundirse con la marca, debido a que esta última sirve para identificar los productos fabricados o vendidos por la empresa, y si la persona interesada justifica una prioridad en su uso, se encuentra protegida por la acción en competencia desleal²¹³.

La enseña, a diferencia del nombre comercial, no individualiza la empresa, sino la localización geográfica del establecimiento, y su reglamentación es idéntica a la del nombre comercial²¹⁴. Algunos autores la definen como una denominación emblemática o nominal del fondo de comercio. Su protección se encuentra asegurada por la acción en competencia desleal en provecho de quien la utilice originalmente,

211 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 27.

212 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 232.

213 GUYON, Yves, op. cit., p. 708.

214 REINHARD, Yves, op. cit., p. 284.

siempre y cuando esta sea determinante para la atracción de la clientela²¹⁵. Otros autores señalan que la jurisprudencia francesa tiende a considerar el nombre de dominio como enseña, ya que atrae a los internautas hacia un sitio en internet. En esto se aplica el artículo L. 310-3 del Código de Comercio francés²¹⁶.

La doctrina le reconoce importancia en la medida que constituye un elemento importante para congregar a la clientela. En algunos casos, la enseña puede confundirse con el nombre comercial o ser totalmente diferente. Al igual que este, la enseña se encuentra protegida contra la competencia desleal, sobre todo cuando es imitada con el propósito de captar la clientela de otro establecimiento²¹⁷. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, a diferencia de la marca y la patente, cuando una de las partes resulta perjudicada, es posible recurrir al derecho de la responsabilidad civil²¹⁸.

No cabe la menor duda que la enseña es, en ocasiones, un elemento del fondo, cuya importancia resulta fundamental para atraer a la clientela. “Quien individualiza de este modo su establecimiento debe hacerlo usando una denominación o emblema que no sea solamente la indicación del género de comercio, porque la denominación debe ser especial y no genérica. Bajo esta condición, la prioridad en el empleo asegura al comerciante el derecho de impedir a otro comerciante servirse de la misma enseña para un comercio similar. La protección puede extenderse según la naturaleza del comercio y la notoriedad de la enseña al mismo barrio o a

215 LE GALL, Jean-Pierre et RUELLAN, Caroline, op. cit., p. 36.

216 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 78.

217 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 76.

218 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 27.

la misma ciudad, o incluso, al país entero. La acción en competencia desleal se acuerda sin que sea necesario demostrar la existencia de un perjuicio ya realizado por el competidor. Basta que el autor establezca la usurpación de la enseña; el tribunal puede ordenar medidas tendiendo a impedir toda confusión en lo futuro, protegiendo de tal suerte un elemento del fondo de comercio”²¹⁹.

La jurisprudencia también ha protegido este elemento, presuponiéndose la mala fe y el ánimo de confundir en aquellos competidores que hacen uso de una enseña idéntica o similar a la de un fondo comercial determinado. Pero también se exige, para que la acción del demandante prospere, que no se trate de algo banal o genérico, y además debe el demandante demostrar el perjuicio de un desvío de su clientela. Se ha juzgado que cuando se trata de dos negocios distintos, no importa que se utilice la misma enseña²²⁰.

Cuando se trata de negocios de franquicia que tienen diversos establecimientos vinculados entre sí por una red de distribución, nada impide que se tenga una enseña común. Una sentencia francesa estableció, en un caso relativo a una tienda de artículos deportivos, que cuando un comerciante modifica su enseña en la fachada de su establecimiento, para evocar la de su competidor, que es más conocida, se hace culpable por competencia desleal²²¹. “El cesionario de un fondo que había confundido intencionalmente el nombre comercial y la enseña ha sido condenado por haber ocasionado un problema manifiestamente ilícito a su cocontratante,

219 RIPERT, Georges, op. cit., pp. 312-313.

220 Cass. com. 8 juin 1955, Gazette du Palais, 1955, 2, jurisprudence, p. 78.

221 Cass. com. 22 oct. 2002, Bulletin 2002, IV, No. 152, p. 174.

cedente. En la ocurrencia, el nombre comercial cedido con el fondo correspondía solamente al nombre patronímico del antiguo explotante, aunque la enseña, igualmente elemento del fondo vendido, comprendía, además del nombre del vendedor, la inicial de su apellido. O, en todo caso, el comprador continuaba ejerciendo la actividad utilizando no solamente el nombre del cedente –lo que no era criticable– sino igualmente su apellido. El juez apoderado ordenó el cese de esta práctica, por ser susceptible de crear confusión en el espíritu del público”²²².

Como bien fue señalado anteriormente, la mayoría suele asociar la enseña con el nombre comercial. En República Dominicana, el registro del nombre comercial se encuentra regulado por la Ley No. 20-00. En síntesis, la enseña constituye por sí misma un elemento del fondo de comercio, en su calidad de signo distintivo, fundamental para individualizar al establecimiento comercial. Y en vista de que puede ser cedida de forma conjunta o individual, podría generar confusiones cuando existen similitudes entre esta y la de otros negocios. El legislador dominicano debería concederle mayor importancia a este importante elemento incorporal del fondo, para consignarlo y regularlo de manera expresa en dicha ley.

El nombre comercial en la legislación dominicana

El nombre comercial, visto desde la Ley de Propiedad Industrial dominicana, se encuentra acompañado por tres

²²² REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 93.

conceptos, que son: el rótulo, los emblemas²²³ y los lemas²²⁴ comerciales²²⁵.

Cabe destacar que el derecho al empleo exclusivo del nombre comercial se adquiere a través de su primer uso en el comercio. En este caso, será protegido sin necesidad de que el registro forme parte de una marca²²⁶. No obstante, el derecho a su uso exclusivo termina con el abandono del mismo, lo que resulta cuando el titular de un negocio deja de usar el nombre comercial por más de cinco años consecutivos, sin causa justi-

223 Los emblemas son las figuras exteriores que representan a una determinada empresa, como por ejemplo el cocodrilo de *Lacoste* o el tigre de *Kellogg's*, para solo citar dos casos. Se les protege y registra con las mismas disposiciones previstas en la ley para el nombre comercial.

224 Los lemas comerciales requieren ser registrados en la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial (ONAPI) para obtener derecho exclusivo sobre los mismos. Es un signo exterior escogido libremente por un comerciante para promover su empresa. La solicitud debe especificar la marca a la cual se aplicará y deberá ser transferido conjuntamente con el signo marcario al cual se asocia. Tendrá una vigencia de diez años y podrá renovarse por iguales períodos. Se les aplican las disposiciones pertinentes previstas para las marcas.

225 Al revisar la Ley de Propiedad Industrial, el derecho a la adquisición del nombre comercial se encuentra contenido en el artículo 113. Asimismo, se refiere a la admisibilidad del nombre en el artículo 114; su protección, en el 115; el registro, en el 116; el procedimiento de registro, en el 117, y su transferencia, en el 118, pero en ningún momento se aborda su definición. En lo que concierne al rótulo y los emblemas, se presenta la protección de los mismos en los artículos 121 y 122, respectivamente, mientras que en el caso de los lemas comerciales, el 123 propone el registro de los mismos. Ver: Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044 del 08 de mayo de 2000.

226 En lo que concierne a la protección del nombre comercial, se establece: 1) El titular de un nombre comercial tiene derecho de actuar contra cualquier tercero que, sin su consentimiento, realice alguno de los siguientes actos; a)) Usar en el comercio un signo distintivo idéntico al nombre comercial; b) Usar en el comercio un signo distintivo parecido al nombre comercial, cuando ello fuese susceptible de crear confusión, y 2) Serán aplicables al nombre comercial las disposiciones del artículo 75 y siguientes, en cuanto corresponda. Artículo 115, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

ficada. Ahora bien, el abandono debe ser declarado siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 154²²⁷ de la Ley de Propiedad Industrial²²⁸.

El nombre comercial no debe estar constituido total o parcialmente por una designación u otro signo que, por su tipo o el uso que pudiera hacerse de él, sea contrario a la moral o al orden público, o sea, susceptible de crear confusión en los medios comerciales o entre el público sobre la identidad, la naturaleza, las

227 El referido artículo dispone que las acciones ante la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial se sustanciarán de acuerdo con las siguientes normas: A) La acción se interpondrá por escrito ante el director del departamento correspondiente, quien decidirá sobre ella, asistido por dos examinadores de su departamento. B) El director del departamento correspondiente notificará, en el plazo de diez (10) días, contados a partir de la fecha de recibo, la acción interpuesta al titular del derecho, quien lo contestará dentro del plazo de treinta (30) días, a contar desde la fecha de la notificación. C) La acción será notificada por el director del departamento correspondiente, en el plazo de diez (10) días, a partir de la fecha de recibo de la misma, a todo aquel que esté inscrito en el registro y a cualquier otra persona que tuviese algún derecho inscrito con relación al derecho de propiedad industrial objeto de la acción. La contestación del titular de un derecho será notificada a la parte que haya incoado la acción en el plazo de diez (10) días de recibida dicha notificación, para que ejerza un derecho de réplica a los argumentos del titular del derecho, dentro del plazo de treinta (30) días de recibida la notificación. El director del departamento correspondiente deberá dictar la resolución debidamente motivada en el plazo de dos (2) meses, a partir del vencimiento del último plazo otorgado a las partes. E) Cumplidos los trámites de contestación y de prueba, se pasará el expediente para la decisión del director y los examinadores, y cuando la naturaleza de la demanda lo requiera, se realizará uno o más informes técnicos. F) El director del departamento correspondiente deberá dictar la resolución, debidamente motivada y por escrito, en el plazo de tres (3) meses, a partir del vencimiento del último plazo otorgado a las partes. G) La resolución que dicte el director de cualquiera de los departamentos deberá ser notificada a las partes por escrito, en la forma que establezca el reglamento. Ver: Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificada por la Ley No. 424-06, De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, de 20 de noviembre de 2006.

228 Artículo 113, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044 del 08 de mayo de 2000.

actividades o cualquier otro aspecto concerniente a la empresa o establecimiento identificado con ese nombre comercial, o relativo a los productos y servicios que producen o comercializan²²⁹. En lo relativo al registro del nombre comercial, la ley dispone:

1) El titular de un nombre comercial puede registrarlo en la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial. El registro de dicho nombre comercial tiene carácter declaratorio con respecto al derecho de uso exclusivo del mismo. Dicho registro producirá el efecto de establecer una presunción de buena fe en la adopción y uso del nombre comercial²³⁰; 2) El registro del nombre comercial tiene una duración de diez años y podrá ser renovado por períodos iguales consecutivos. El registro puede ser cancelado en cualquier tiempo a pedido de su titular y 3) El registro de un nombre comercial ante la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial se efectuará sin perjuicio de las disposiciones relativas a la inscripción de los comerciantes y de las sociedades civiles y comerciales en los registros públicos correspondientes, y sin perjuicio de los derechos resultantes de dicha inscripción²³¹.

El registro del nombre comercial se efectuará siguiendo los procedimientos establecidos para el de las marcas en cuanto corresponda, y devengará las tasas establecidas para estas últimas. La Ofi-

229 Artículo 114, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044 del 08 de mayo de 2000.

230 El registro de nombres comerciales que contengan nombres geográficos está subordinado a la doble exigencia de que el nombre geográfico que se registre debe ser parte de una denominación compuesta, en la que este nombre no designe únicamente la marca y de que este, a su vez, no sea genérico y pueda individualizarse del nombre geográfico. El nombre geográfico puede ser registrado. La apreciación de cualquier parecido o la estimación de que no existe parecido entre nombres comerciales es asunto de fondo que los jueces aprecian sobradamente y que como cuestión de hecho escapa al control de la casación. Ver: Sentencia del 12 de mayo de 1999, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1062, de mayo de 1999, pp. 136-137.

231 Artículo 116, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044 del 08 de mayo de 2000.

cina de Propiedad Industrial examinará si el nombre contraviene lo dispuesto en el artículo 114 –de la Ley de Propiedad Industrial–. Claro que al registro del nombre comercial no será aplicable la clasificación de productos y servicios utilizados para las marcas²³². En cuanto a la transferencia del nombre comercial, se establece:

1) La transferencia de una empresa o establecimiento conlleva la transferencia del nombre comercial que lo identifica, salvo pacto en contrato²³³ y 2) La transferencia de un nombre comercial registrado puede inscribirse en la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, en virtud de cualquier documento público que pruebe la transferencia. La inscripción de la transferencia se efectuará de acuerdo con el procedimiento aplicable a la transferencia de marcas, en cuanto corresponda, y devengará la tasa establecida para ese trámite²³⁴.

El proceso de cancelación del nombre comercial se hace a pedido de cualquier persona interesada, y previa audiencia del titular. La Oficina Nacional de la Propiedad Industrial cancelará el registro de un nombre comercial que esté conformado según lo estipulado en la Ley No. 20-00. De manera que a solicitud de cualquier parte interesada, la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial cancelará el registro del nombre comercial que se hubiese abandonado²³⁵.

232 Artículo 117, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

233 Para autores como Olivier Barret es posible vender un conjunto que comporte el nombre comercial, el *achalandage* y el derecho al arrendamiento de los locales sin que haya venta del fondo de comercio, siempre que dicha cesión no tenga por efecto transferir la clientela en provecho del cesionario del fondo. Olivier Barret, *op. cit.*, p. 19.

234 Artículo 118, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

235 Artículo 119, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

La ley sobre Propiedad Industrial en República Dominicana, así como su Reglamento de Aplicación, traza las pautas a seguir para la protección del nombre comercial y otros elementos que componen el fondo. No obstante, haría falta que el ordenamiento jurídico nacional contara con un renovado Código de Comercio, a través del cual se pudiera integrar lo concerniente al fondo, además de actualizar los demás elementos que lo componen.

Los derechos de propiedad industrial y comercial

La propiedad industrial no es más que el derecho que otorga la ley al autor de un invento o descubrimiento para que pueda gozar de una aplicación industrial. Se trata, en estos casos, de una creación propia del espíritu, análoga a la propiedad literaria o artística, pero con la diferencia de que en estos casos, la creación intelectual es puesta al servicio de la industria o del comercio, razón por la cual se le denomina propiedad industrial²³⁶.

Los derechos de propiedad industrial son múltiples y variados, y reposan sobre un principio común: un depósito y una publicidad que le otorgan seguridad jurídica tanto a los titulares como a los terceros²³⁷. El dominio de la propiedad industrial es particularmente vasto, y se extiende a la aparición de nuevos objetos y bienes. Los nombres de dominio de internet tienen así una vocación de identificación que los aproxima a los signos distintivos como la marca²³⁸. Se han suscrito importantes convenciones internacionales por numerosos Estados para asegurar

236 REINHARD, Yves, op. cit., p. 285.

237 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 271.

238 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 315.

el respeto de estos derechos más allá de las fronteras. En materia de propiedad industrial y comercial, es la Convención de Unión de París del 20 de marzo de 1883, la cual ha sido objeto de varias modificaciones²³⁹.

Estos derechos están constituidos por las marcas de fábrica, de comercio y servicios, las patentes de invención y los diseños y modelos que correspondan a un comerciante, los cuales suelen tener gran importancia en el fondo de comercio. En determinadas ocasiones, su importancia es de tal magnitud que conforman el valor total del mismo. Cada una de estas categorías incorpóreas se somete a un régimen jurídico propio. Sin embargo, en caso de cesión del fondo, el vendedor cede los derechos que le pertenecen, pudiendo, en cambio, prescindir en todo o en parte, a través de una cláusula expresa. Hay que considerar que esta exclusión resulta incompatible con la cesión del fondo, en el caso de que se trate de una industria que fabrique solamente un producto patentado, pues ante esta situación, la patente constituye el elemento esencial del fondo²⁴⁰. En caso de usurpación, la parte perjudicada puede incoar una acción por competencia desleal²⁴¹.

Las marcas de fábrica de comercio y servicios

Se podría considerar la marca “como un signo susceptible de representación gráfica que sirve para distinguir los productos o servicios de una persona física o moral”²⁴². Es entendida, además, como “el signo característico con que el industrial, co-

239 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 177.

240 RIPERT, Georges, op. cit., p. 337.

241 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 321.

242 Código de Propiedad Intelectual francés, artículo L. 711-1.

merciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola”²⁴³. Para otros autores, la marca es considerada como “un signo sensible colocado sobre un producto o acompañando a un producto o a un servicio y destinado a distinguirlo de los productos similares de los competidores o de los servicios prestados por otros”²⁴⁴.

Las marcas de fábrica, de comercio y servicios son los signos que un comerciante le imprime a sus productos, con el fin no solo de distinguirlos de los demás, sino para atraer a la clientela misma²⁴⁵. Estos signos pueden ser desde un nombre hasta un dibujo o diseño cualquiera, y tienen varias funciones²⁴⁶; por ejemplo, su “carácter distintivo” se establece en la medida que una marca sea distinta de otra, pues mayores serán las posibilidades de éxito, debido a que su principal función es distinguir un producto o servicio de otro similar²⁴⁷.

243 MORENO, Breuer, *Tratado de marcas de fábricas y de comercio*, Buenos Aires, 1946, p. 31.

244 CHAVANNE, A. y BURST, J. J., op. cit., p. 223.

245 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 315.

246 El Libro VII del Código de Propiedad Intelectual en Francia, se refiere a “Las marcas de fábricas, de comercio o de servicios y otros signos distintivos” (artículos L. 711-1 hasta el L. 115-1). El Título I presenta las “Marcas de fábricas, de comercio o de servicio” (artículos L. 711-1 hasta el L. 717-7); mientras el Capítulo I aborda “Los elementos constitutivos de la marca” (artículos L. 711-1 hasta el L. 711-4); el Capítulo II presenta la “Adquisición del derecho sobre la marca” (artículos L. 712-1 hasta el L. 712-14); en el Capítulo III están los “Derechos conferidos por el registro” (artículos L. 713-1 hasta el L. 713-6); asimismo, en el Capítulo IV aparece la “Transmisión y pérdida del derecho sobre la marca” (artículos L. 714-1 hasta el L. 114-7); el Capítulo V trata las “Marcas Colectivas” (artículos L. 715-1 hasta el L. 715-3). El Capítulo VI es de orden “Contencioso” (artículos L. 716-1 hasta el L. 716-16); mientras que el Capítulo VII trata sobre “Las marcas comunitarias” (artículos L. 717-1 hasta el L. 717-7); finalmente, el Título II presenta las “Denominaciones de origen” (artículos L. 721-1 hasta el L. 115-1) con un Capítulo Único (artículos L. 721-1 hasta el L. 115-1).

247 Sin embargo, el signo para una marca, además de ser distintivo, debe estar disponible, y el mismo no debe afectar derechos anteriores. El carácter distintivo

Entendemos que deben ser diferenciados el nombre comercial de la marca, pues como el derecho sobre la marca nace, por lo regular, con el registro, el que corresponde al nombre comercial se adquiere con el uso. Por tanto, mientras el derecho sobre la marca se extingue, entre otras cosas, por falta de uso durante un tiempo determinado, el que corresponde al nombre comercial se extingue con el cese de la actividad designada. La diferencia entre marca y nombre comercial no radica esencialmente en su función distintiva, sino más bien en la protección jurídica que corresponde a ambos tipos de elementos y en el modo de adquirirlos.

Sin embargo, la marca es considerada con frecuencia como el principal signo distintivo de la empresa, siendo reconocida como un auténtico derecho de propiedad industrial, contrario a la enseña o al nombre comercial. La misma se encuentra protegida por una acción especial, en caso de eventuales falsificaciones. En Francia, el artículo L. 711-1 del Código de la Propiedad Intelectual, enumera las distintas categorías de marcas que bien pudieran ser de fábrica, de comercio o de servicio²⁴⁸.

La marca, a diferencia de la patente, no crea un monopolio de explotación, sino de utilización. Puede tener una utilidad complementaria a la patente en la medida en que, a la expiración de esta última, el depósito de la marca permitirá conservar la clientela producto de la explotación de la patente. Existen marcas simples (con una palabra o un solo diseño) y complejas

se aprecia al momento del registro. BLARY-CLÉMENT, Edith, "Cours Droit Commercial: Théorie générale. (Edición Digital) p. 12. Ver: <http://ricimm.free.fr/cours%20UNJF/cours%20au%20choix/droit%20commercial/th%20E9orie%20g%20E9n%20E9rale/4.%20Le%20fonds%20de%20commerce.pdf>.

248 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 335.

(con varios elementos figurativos)²⁴⁹. Algunos autores afirman que la marca se diferencia, además, del nombre comercial porque identifica los productos de la empresa y no a esta última como tal, no constituyendo en modo alguno un instrumento para la protección de los consumidores, sino un medio para captar a la clientela²⁵⁰.

En el modelo argentino, la legislación dispone que “la marca tiene un campo de acción bien definido, cual es la identificación de las mercaderías, productos o servicios. Resulta obvio destacar su importancia en cuanto es el símbolo representativo de la procedencia, calidad y prestigio de los productos que designa e identifica. También es relativamente sencilla su distinción con el nombre comercial, por cuanto este identifica el establecimiento que, a su vez, puede producir y/o comercializar mercaderías o productos bajo distintas marcas, sin perjuicio de que tanto el nombre como la enseña o el emblema puedan constituirse como marca, en tanto sean empleados para distinguir los productos, mercancías o servicios del establecimiento”²⁵¹.

Esta noción de marca expresa que la misma no solo puede ser utilizada para identificar productos y mercaderías, sino también servicios, pues es sabido que en el transcurso de los últimos años, los servicios han logrado un sitio de gran importancia en el mercado, razón por la que “su marca ya se encontraba protegida desde 1958, cuando el *Acta de Lisboa* la introdujo en la Convención para la Protección de la Propiedad industrial (París, 1883)”²⁵².

249 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 347.

250 HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., pp. 269-270.

251 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 133.

252 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 135.

Sobre la función de protección del titular de la marca, se entiende que la relación entre el producto y su índice de procedencia es establecida, esencialmente, por el propietario de la última. El mismo decide qué hacer con ella y podrá definir si distinguir con esta el mismo producto u otro distinto. Asimismo, podrá considerar si cambiar el contenido de los envases, realizar cualquier tipo de maniobra, sin que el consumidor tenga otra defensa contra el posible engaño que con el tiempo, resulte más efectivo dejar de comprar el producto.

La propiedad de una marca puede ser negociada mediante un contrato, siendo susceptible de cuantas desmembraciones admita su propiedad en su condición de mueble. En la práctica, la marca puede ser utilizada por dos o más comerciantes, sin que el público tenga la posibilidad de emplear recurso alguno para impedirlo. La marca debe ser original y distintiva, nueva y no ser susceptible de confundir al público²⁵³.

Cuando fue indicado que debe ser distintiva y original, hacíamos referencia a que la marca no debe ser ni genérica ni necesaria (señalar el nombre usual del producto). La novedad o disponibilidad se aprecia en función del principio de especialidad, toda vez que en caso de conflicto con una marca ya depositada, hay que apreciar la originalidad en el marco de las “clases” de productos. No es posible registrar una marca en una clase en la que ya han sido depositados otros de la misma naturaleza. Además, debe ser lícita, o sea, no ser contraria al orden público o a las buenas costumbres²⁵⁴.

Otra función no menos importante la constituye “la indicación de la procedencia empresarial”, pues al momento de

253 DE JUGLART, Michel F. et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., pp. 347-348.

254 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. op. cit., pp. 281-282.

adquirir un producto, no solo se evalúan sus características cualitativas y cuantitativas, sino también su procedencia empresarial. De ahí que pensemos en la calidad o garantía que pueda remitir dicho producto. Asimismo “la indicación de calidad”, pues la marca comporta un signo que suministra al consumidor información referente a la calidad relativamente constante del producto o servicio. De igual modo, está la garantía, ya que cuando un consumidor adquiere un producto o servicio, espera gozar de una garantía determinada; en este caso, la marca pasa a ser un indicador de las expectativas que pueda tener un cliente sobre el servicio o producto que va a adquirir. Finalmente, está la función de la publicidad, dado que se presentan casos en que la marca constituye el principal activo de un negocio, razón por la que este signo determina el vínculo entre la empresa y el consumidor. Siendo así, el propietario del fondo tiene la responsabilidad de posicionar los productos y servicios en la percepción de los consumidores utilizando algún signo que los identifique de los demás.

Existen diferentes marcas en el ámbito internacional; entre ellas tenemos: las marcas de productos y marcas de servicios; las marcas industriales, las de comercio, las farmacéuticas y las de agricultura. Asimismo, se encuentran las marcas nominativas o denominativas, las figurativas, innominadas o gráficas, plásticas; colectivas; de certificación; sonoras, olfativas, gustativas y táctiles. Las de productos y de servicios²⁵⁵

255 El concepto de marcas de servicios apareció por primera vez en el *Perkins Bill*, uno de los proyectos de legislación marcaria norteamericana preparado por Frank Schetter en 1932. Fue Estados Unidos de América quien legisló por primera vez sobre marcas de servicio. Este concepto fue definido en la sección 45 del *Labham Act* del 5 de julio de 1946, entrada en vigor el 5 de julio de 1947, de la siguiente manera: el término “marca de servicios” significa una marca usada en la venta o publicidad de servicios de una persona y se hace necesario distinguirlo de los servicios de otros. Zaida Elisa Lugo,

las cuales son consideradas desde el punto de vista del objeto a distinguir.

En República Dominicana, una vez promulgada la Ley No. 20-00²⁵⁶ sobre Propiedad Industrial, se hizo necesaria la adecuación de la clasificación nacional, contenida en la antigua Ley No. 1450 sobre el Registro de Marcas de Fábrica y Nombres Comerciales Industriales²⁵⁷, a la Clasificación Internacional de Niza²⁵⁸. En este caso, las marcas de productos deben ser protegidas en cualquiera de las 34 categorías para cubrir productos, y las marcas de servicios en cualquiera de las 8 categorías para cubrir servicios²⁵⁹.

Las marcas industriales, marcas de comercio, marcas farmacéuticas y marcas de agricultura, se determinan en función del titular de la misma. Con el tiempo, quienes se han dado a la tarea de comercializar las marcas, han asumido la responsabilidad de encargarse de la protección de las mismas, a diferencia de los fabricantes, con la intención de conservar la atención de sus clientes. Se encuentran, además, las marcas nominativas o denominativas; marcas figurativas, innominadas o gráficas y la marca plástica. Este conjunto se considera desde su composición. Por ejemplo, son nominativas o denominativas cuando se enmarcan a partir de un vocablo, una palabra o frase. En

“Anteproyecto de ley sobre registro y protección de marcas y nombres comerciales”, tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) Santo Domingo, República Dominicana, 1992, p. 13.

256 La abordaremos más adelante, cuando analicemos las marcas de fábricas a partir de la Legislación sobre Propiedad Intelectual en la República Dominicana.

257 Gaceta Oficial No. 5113 del 30 de diciembre de 1937.

258 Establece 34 categorías para cubrir productos y 8 categorías para cubrir servicios.

259 ALDUEY Mercedes, Br. Fior D'aliza, “Impacto de la Competencia Desleal en las Estrategias Mercadológicas”, tesis de grado para optar por el título de Licenciada en Mercadotecnia, Universidad APEC, Facultad de ciencias de la Administración, Decanato de Mercadotecnia, Santo Domingo, 2003, p. 110.

el caso de que el signo sea un dibujo o una combinación con distribución de colores expuestos en una superficie, estamos ante marcas figurativas, innominadas o gráficas. Empero, si estamos ante una forma tridimensional, con volúmenes, nos encontramos ante una marca plástica. Asimismo ocurre con las que presentan formas de envase, frascos, entre otros²⁶⁰.

Las marcas colectivas corresponden a las que su titular es una entidad colectiva, que agrupa a varias personas autorizadas para el uso de este signo. En el caso de las marcas de certificación, se aplican a productos o servicios de terceros, las cuales presentan características o cierta calidad que ha sido debidamente certificada por el titular de la marca. Por otro lado, las marcas sonoras, olfativas, gustativas y táctiles, forman parte del grupo que son percibidas por los sentidos. De igual modo, se encuentran las marcas de garantías, las marcas de agente, las derivadas y de agua²⁶¹.

Con el tiempo, no solo los fabricantes de los productos se han podido dar a la tarea de proteger las marcas, sino también quienes han servido como comercializadores para que los consumidores estuviesen al tanto de quién representaba estos signos distintivos. La ley protege a los comerciantes en este sentido, poniendo a su alcance una acción por imitación fraudulenta, siempre y cuando dicha marca haya sido registrada. En Francia se puede registrar ante la Secretaría del Tribunal de Comercio y luego, en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial.

La Convención de la Unión de París de 1883 permitió a todos los países signatarios beneficiarse de un derecho de prioridad durante seis meses para depositar la misma marca en los

260 ALDUEY Mercedes, Br. Fior D'aliza, op. cit., p. 111.

261 ALDUEY Mercedes, Br. Fior D'aliza, op. cit., pp. 112-113.

demás países de la Unión. Por otra parte, el arreglo de Madrid del 14 de abril de 1891 creó un sistema de registro internacional de marcas que permite, mediante un único procedimiento, registrarlas a través de la Oficina Internacional de Propiedad Industrial de Ginebra²⁶².

Si la marca es debidamente registrada, su titular tiene derecho a beneficiarse por el período de años que él ha solicitado, con posibilidades de renovación. Más claramente, el registro de la marca le otorga al beneficiario un monopolio en el uso, toda vez que se convierte en objeto de propiedad. En determinados casos, la marca es el elemento esencial del fondo de comercio, razón por la cual la cesión de la misma conlleva indirectamente la cesión del fondo.

Las marcas de fábrica en la legislación dominicana

Al revisar la ley sobre propiedad industrial, hemos considerado útil citar los artículos más importantes en relación con la marca. En esta línea, nos encontramos con los diferentes conceptos utilizados como marca, la cual es entendida como cualquier signo o combinación de los mismos, susceptibles de representación gráfica, apto para distinguir los productos o servicios de una empresa, de los productos o servicios de otras.

En cambio, las marcas colectivas son aquellas cuyo titular es una entidad corporativa, que agrupa a personas autorizadas a usar la marca. En lo concerniente a las “marcas de certificación”, se aplican a productos y servicios de terceros, cuyas características o calidad han sido certificadas por el titular de la marca²⁶³.

262 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. op. cit., p. 285.

263 Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificada por la Ley No. 424-06

La adquisición del derecho sobre este signo distintivo conlleva el cumplimiento de una serie de puntos, entre ellos, se dispone que el derecho al uso exclusivo de una marca se adquiera mediante su registro. Asimismo, tendrá prelación para obtener el registro la persona que la estuviese usando en el país, sin interrupción y de buena fe, desde la fecha más antigua. A estos efectos, no se tomará en cuenta un uso cuya duración hubiese sido inferior a seis meses. En caso de que una marca no estuviera en uso en el país, tendrá prelación para obtener el registro la persona que primero presente la solicitud correspondiente. De igual modo, lo antes dispuesto será sin perjuicio del derecho de prioridad que pudieran invocar las partes²⁶⁴.

Los signos distintivos considerados como marcas pueden consistir en palabras, denominaciones de fantasía, nombres, seudónimos, lemas comerciales, letras, números, monogramas, figuras, retratos, etiquetas, escudos, estampados, viñetas, orlas, líneas y bandas, combinaciones y disposiciones de colores, formas tridimensionales, sonidos y olores. Pueden, asimismo, consistir en la forma, presentación o acondicionamiento de los productos o de sus envases o envolturas, o de los medios o locales de expendio de los productos o servicios correspondientes. En tal sentido, las marcas pueden consistir en indicaciones geográficas nacionales o extranjeras, siempre que sean suficientemente distintas respecto de los productos o servicios a los cuales se apliquen, y que su empleo no sea susceptible de crear confusión con respecto al origen, proce-

De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

264 Artículo 71, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

dencia, cualidades o características de los productos o servicios para los cuales se usen las marcas²⁶⁵.

Una marca se tiene por notoria cuando es sobradamente conocida en un sector de actividad, e inclusive por el solo efecto de esa condición, y podría ser utilizada por sus titulares sin necesidad de registro constitutivo. Pueden ser mercaderías de distintas categorías, destinadas en principio a comercializarse en diferentes áreas del mercado. Sin embargo, no sucede así cuando un conjunto de ellas es identificado por una marca notoria, que hará la diferencia cuando el ciudadano profano se incline por comprar un producto y no esté en capacidad de evitar relacionarlo o vincularlo con ella²⁶⁶.

En lo concerniente al registro y la solicitud de la marca, la legislación dominicana es bastante específica, detallando los pasos a seguir en cada caso, desde el artículo 76 hasta el 80²⁶⁷. Hay que tener en cuenta que el plazo para el registro de una marca vence a los diez años, contados desde la fecha de concesión del mismo²⁶⁸. Asimismo, puede renovarse por períodos sucesivos de

265 Artículo 72, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, de 20 de noviembre de 2006.

266 Sentencia del 17 de julio de 2007. 1era. Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de 1era. Instancia del Distrito Nacional, República Dominicana, no publicada en boletín; Edwin Espinal Hernández, Legislación sobre Propiedad Intelectual: anotada, concordada y comentada, Santo Domingo, Editora Judicial, S.A., 2009, p. 59.

267 Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificada por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, de 20 de noviembre de 2006.

268 Artículo 81, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

diez años, contados desde la fecha de vencimiento del período precedente²⁶⁹, tal como acontece en Francia²⁷⁰.

Para la renovación del registro, la Ley de Propiedad Industrial enumera todas las condiciones requeridas²⁷¹. No obstante, cabe destacar que el legislador francés, a partir de 1991, le otorga al titular de la marca la posibilidad de modificarla mediante una demanda en renovación, que le permite proteger nuevas clases de productos o servicios, siempre supervisados por el Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual en Francia (INPI)²⁷².

Sobre la transferencia de la marca, la ley contempla que los derechos pueden ser transferidos por acto entre vivos o por vía sucesoria. De igual modo, se prevén otras especificaciones que resultan de interés cuando se consideran los productos o servicios que la marca distingue²⁷³.

En lo relativo a la licencia de uso de la marca, la ley no solo establece las condiciones requeridas para el titular, sino también para su uso por terceros por medio de licencias²⁷⁴. Y, en cuanto al control de calidad, se dispone que a pedido de cualquier persona interesada, y previa audiencia del titular del registro de la marca, el tribunal competente podrá anular la inscripción del contrato de licencia y prohibir el uso de la marca por el licenciatarario

269 Artículo 82, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

270 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 13.

271 Artículo 83, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

272 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 13.

273 Artículo 89, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

274 Artículo 90, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

cuando, por defecto de un adecuado control de calidad o por algún abuso de licencia, ocurriera o pudiera ocurrir confusión, engaño o perjuicio para el público consumidor²⁷⁵.

Tanto la nulidad del registro como su cancelación se presentarán ante la Oficina de Propiedad Industrial, mediante instancia motivada²⁷⁶, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 92 y 93 de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial²⁷⁷.

Ahora bien, se asumirá que una marca se encuentra en uso cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado nacional bajo esa marca, en la cantidad y del modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la dimensión del mercado, los productos de que se trate, la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización. También constituirá uso de la marca su empleo en relación con productos destinados a la exportación a partir del territorio nacional, o en relación a servicios brindados en el extranjero desde el territorio nacional. El uso de una marca que difiere de la forma en que fue registrada solo en cuanto a elementos que no alteran el carácter distintivo de la misma, será motivo para la cancelación del registro y no disminuirá la protección que corresponda a la marca²⁷⁸.

Todas las disposiciones relativas al uso de la marca se encuentran consignadas en el artículo 95 de la Ley de Propiedad

275 Artículo 91, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

276 Dicha instancia deberá contener varias menciones. Ver: artículo 54 y 55, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

277 Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

278 Artículo 94, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

Industrial. Toda prueba de uso de una marca presentada para efectos de la referida disposición, tendrá valor de declaración jurada, siendo el titular de la marca responsable de su veracidad²⁷⁹.

Para efectuar la cancelación o limitación del registro, el titular de la marca puede hacerlo en cualquier momento, dirigiéndose a la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, tal como dispone el artículo 97 de la Ley de Propiedad Industrial. Cabe destacar que el titular deberá depositar una solicitud ante la oficina, con mención de los productos o servicios que se desea eliminar, si corresponde. La Oficina emitirá una certificación donde conste esa cancelación total o parcial al titular del registro²⁸⁰.

Y, en vista de que el nombre es frecuentemente utilizado como marca, las reglas relativas tanto a uno como al otro se suelen aplicar indistintamente, en algunas ocasiones. Ahora bien, recordemos que mientras el derecho sobre la marca nace con el registro, el del nombre se adquiere por el uso. Aunque se suelen confundir, sus funciones son distintas, ya que el nombre comercial de una determinada empresa puede elaborar productos con diferentes marcas, o sea, el nombre es la denominación con la que el comerciante ejerce su actividad; en cambio, la marca tiene una función eminentemente distintiva, para diferenciarse de otros productos de igual naturaleza.

Por último, las reglas del nombre son, *mutatis mutandis*, las mismas en República Dominicana y en Francia, toda vez que son el resultado de Convenios Internacionales que tienden a

279 Artículo 96, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

280 Ver: artículo 56, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

unificar las normas comerciales en diversos países, para facilitar el intercambio de bienes y servicios.

Las patentes de invención

La patente de invención es el título por el cual el gobierno confiere a toda persona que se pretenda autora de un invento de orden industrial, el derecho exclusivo de explotarlo dentro de un plazo determinado, siempre que lo deposite siguiendo las formalidades de lugar²⁸¹. Se requiere que la invención comporte una actividad creadora, sea novedosa y de aplicación industrial. A través del documento oficial que emite el gobierno, se le concede al inventor un privilegio sobre una determinada propiedad industrial, con la finalidad de obtener beneficios pecuniarios²⁸².

281 Se considera patentable la invención de productos y procedimientos siempre que sean nuevos, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. OSVALDO ZUNINO, Jorge, op. cit., p. 143.

282 En Francia, el Código de Propiedad Intelectual consigna varios artículos al estudio de la patente. El Libro VI “Protección de las invenciones y de los conocimientos técnicos” integra varios apartados, entre ellos el Título I sobre “Patentes de invención” (artículos L. 611-1 hasta el L. 615-22) Capítulo I “Ámbito de aplicación (artículos L. 611-1 hasta el L. 611-19) Sección I “Generalidades” (artículos L. 611-1 hasta el L. 611-5). En la Sección II “Derecho al título” (artículos L. 611-6 hasta el L. 611-9) en la Sección III “Invenciones patentables” (artículos L. 611-10 hasta el L. 611-19). En el Capítulo II “Presentación y subastación de las instancias de solicitud” (artículos L. 612-1 hasta el L. 612-23). En la Sección I de este capítulo aparece “Presentación de la instancia de solicitud” (artículos L. 612-1 hasta el L. 612-7), mientras que en la Sección II se registra “Substanciación de las instancias de solicitud” (artículos L. 612-8 hasta el L. 612-20). En la Sección III está “Difusión legal de las invenciones” (artículos L. 612-21 hasta el L. 612-23).

Asimismo, en el Capítulo III se abordan los “Derechos inherentes a las patentes” (artículos L. 613-1 hasta el L. 613-32) en la Sección I se trata el “Derecho exclusivo de explotación” (artículos L. 613-1 hasta el L. 613-5-3); en la Sección II se enfoca la “Transmisión y pérdida de los derechos” (artículos L. 613-8 hasta el L. 613-15-1) y, en la Sección III aparece la “Cotitularidad de las patentes” (artículos L. 613-29 hasta el L. 613-32). En el Capítulo IV sobre las “Aplicaciones de los Convenios Internacionales en materia de patentes” (artículos L. 614-1 hasta el L. 614-31);

La patente puede ser obtenida por los herederos o causahabientes del inventor.

Hay que tener presente que no toda innovación puede ser objeto de patente. La innovación, para ser patentable, requiere de determinadas características. Hasta el momento, ni la ley francesa ni la Convención Europea sobre Patentes definen la noción de invención²⁸³, pese a que la doctrina la entiende como “una respuesta técnica a un problema técnico”²⁸⁴. La doctrina distingue diversas categorías de invenciones: las de productos, las de procedimientos, las de aplicación y las de combinaciones²⁸⁵.

Las condiciones de fondo son las siguientes: la invención debe tener un carácter industrial, ser novedosa e implicar

en la Sección I se encuentra todo lo relativo a las “Patentes europeas” (artículos L. 614-1 hasta el L. 614-16); en su Sección II tenemos las “Instancias de solicitudes internacionales” (artículos L. 614-17 hasta el L. 614-24) en su Sección III nos hallamos las “Patentes comunitarias” (artículos L. 614-25 hasta el L. 614-30) y, en la Sección IV están las “Disposiciones finales” (artículo L. 614-31).

En ese mismo orden aparecen en el Capítulo V las “Acciones Judiciales” (artículos L. 615-1 hasta el L. 615-22); en la Sección I nos encontramos las “Acciones civiles” (artículos L. 615-1 hasta el L. 615-10); en la Sección II las “Acciones Penales” (artículos L. 615-12 hasta el L. 615-16) y, en la Sección III las “Normas de competencia y procedimientos” (artículos L. 615-17 hasta el L. 615-22).

El Título II aborda la “Protección de los conocimientos técnicos” (artículos L. 621-1 hasta el L. 623-35) el Capítulo I presenta los “Secretos de fabricación” (artículos L. 621-1); el Capítulo II los “Productos semiconductores” (artículos L. 622-1 hasta el L. 622-7), mientras que en la Sección I están la “Presentación de las instancias de solicitud” (artículos L. 622-5 hasta el L. 622-4); en la Sección II presenta los “Derechos vinculados a la presentación” (artículos L. 622-5 hasta el L. 622-7). Por su parte el Capítulo III contiene las “Obtenciones vegetales” (artículos L. 623-1 hasta el L. 623-35). La Sección I está dedicada a las “Concesiones de los certificados de obtención vegetal” (artículos L. 623-1 hasta el L. 623-16) la Sección II es sobre los “Derechos y obligaciones de los certificados de obtención vegetal” (artículos L. 623-17 hasta el L. 623-22-2) y, finalmente, aparecen en la Sección III las “Acciones judiciales” (artículos L. 623-25 hasta el L. 623-35).

283 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 316.

284 BLARY-CLÉMENT, Edith op. cit., p. 10.

285 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 317.

realmente una actividad inventiva y no ser contraria al orden público y a las buenas costumbres. Las de forma, en esencia, son: la solicitud debe describir detalladamente la invención e ir acompañada del pago de una tasa que se exige al momento de depositarse la solicitud en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, el cual otorgará un número de registro y dará a conocer al público, en un plazo no mayor de dieciocho (18) meses, a partir del registro, lo que se pretende patentar para que los terceros puedan formular sus observaciones²⁸⁶. Tanto las patentes de invención como los certificados de utilidad protegen las invenciones industriales, pero estos últimos suponen un procedimiento más simple y confieren una protección más breve, esto es, seis años, en lugar de veinte²⁸⁷.

Las restricciones que consigna el Código de la Propiedad Intelectual francés, cuando expresa que “no se considerarán invenciones susceptibles de aplicación industrial en el sentido dado a esta palabra por el artículo L. 611-10, los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal, ni los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal. Esta disposición no se aplicará a los productos, especialmente a las sustancias o composiciones para la puesta en práctica de tales métodos”²⁸⁸. Asimismo, “no serán patentables las invenciones cuya explotación comercial fueran contrarias a la dignidad de la persona humana, al orden público o las buenas costumbres; dicha contrariedad no se derivará únicamente del hecho que la explotación esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria”²⁸⁹. Más claramente, están excluidas del

286 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., pp. 341-342.

287 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 272.

288 Código de la Propiedad Intelectual francés, artículo L. 611-16.

289 Código de la Propiedad Intelectual francés, artículo L. 611-17.

ámbito de la patente las creaciones estéticas, los métodos de tratamientos médicos y quirúrgicos tanto para los hombres como para los animales, así como las razas de animales²⁹⁰.

Sin embargo, cuando dicho código se refiere a experimentos genéticos contiene algunas limitaciones²⁹¹. La patente se ha rodeado de las protecciones necesarias para salvaguardar el derecho justo de los comerciantes que explotan debidamente su fondo. En el hipotético caso de que exista una industria que fabrique exclusivamente un producto patentado, en esta situación no es posible ceder el fondo sin este elemento, ya que este es un elemento esencial del fondo.

Cuando la patente es fundamental para la retención de la clientela, puede devenir como el elemento central del fondo de comercio²⁹². Mientras, el derecho de invención está protegido contra imitaciones fraudulentas y provistas de sanciones penales también contra los que pretenden beneficiarse ilícitamente de las mismas. La patente se le concede al inventor por un determinado número de años, para que obtenga los beneficios que persigue, y con un carácter de exclusividad. Sin embargo, luego de transcurrido ese tiempo, el derecho de invención pasa

290 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 273.

291 El cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia total o parcial de un gen, no podrán constituir invenciones patentables. Solo podrá ser protegida por patente la invención que constituya la aplicación técnica de una función de un elemento del cuerpo humano. Esta protección solo cubrirá el elemento del cuerpo humano en la medida en que resulte necesaria para la realización y la explotación de esta aplicación particular. La misma deberá exponerse de manera concreta y precisa en la instancia de solicitud de patente. No serán patentables: a) Los procedimientos de clonación de seres humanos; b) Los procedimientos de modificación de la identidad genética del ser humano; c) Las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales; d) Las secuencias totales o parciales de un gen, consideradas como tales. Ver: Código de Propiedad Intelectual francés, artículo L. 611-18.

292 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 97.

al dominio público y puede ser explotado por cualquiera, en beneficio de todos.

El procedimiento para obtenerla en Francia puede ser expedito, o sea, sin que intervenga un control administrativo que verifique la novedad de la invención o, por el contrario, se solicita a los organismos competentes que indaguen sobre la auténtica novedad del producto. En estos casos, el proceso es más largo y costoso, pero a su vez la patente es de mejor calidad²⁹³.

En el ámbito europeo nos encontramos que el primer intento para crear un derecho supranacional en materia de patentes fue la Convención de París de 1883. Más recientemente, el 5 de octubre de 1973, se suscribió la Convención de Múnich, que otorga, mediante un procedimiento establecido, una patente europea válida en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Las patentes de invención en la legislación dominicana

La protección de las invenciones y el derecho a las patentes de invención son tratados como primer elemento en la Ley de Propiedad Industrial y su Reglamento de aplicación. La invención es entendida como toda idea, creación del intelecto humano, capaz de ser aplicada en la industria, que cumpla con las condiciones de patentabilidad previstas en la ley de marras. Una invención podrá referirse a un producto o a un procedimiento²⁹⁴.

Sobre este particular, la jurisprudencia refiere que “la patente es un título otorgado por el Estado, que confiere un privilegio para la explotación temporal sobre un invento a quien

293 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 273.

294 Artículo 1, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

lo haya develado y que le confiere el derecho de monopolio, así como a los terceros acreditados mediante licencia”²⁹⁵. “Con la legislación de patentes no se protege un nombre, sino una fórmula química que es en realidad el invento patentado”²⁹⁶.

La materia excluida de protección por patente de invención consigna todas las modalidades que quedarán fuera de protección por la Ley de Propiedad Industrial²⁹⁷. Asimismo, dicha disposición enumera los requisitos que se deben cumplir para que la invención pueda ser considerada como patente, lo que es posible cuando es susceptible de aplicación industrial, es novedosa y tiene nivel inventivo. De igual forma, se consigna que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria. A estos efectos, la expresión industrial se entiende en su más amplio sentido e incluye, entre otros, la artesanía, la agricultura, la minería, la pesca y los servicios²⁹⁸.

La novedad de la patente va a estar dada por la creación de algo que no existía previamente en el estado de la técnica, tanto en el plano local como internacional y que, por tanto, no esté registrado públicamente para su divulgación o comercialización. A estos efectos, se considerarán también las solicitudes de re-

295 Sentencia del 23 de marzo de 2006, dictada por la 10ma. Sala Penal del Juzgado de 1ª Instancia del Distrito Nacional, en atribuciones de Sexto Tribunal Liquidador, no publicada en boletín, HERNÁNDEZ, Edwin Espinal, op. cit., p. 11.

296 Suprema Corte de Justicia, Segunda Cámara, No. 64, 10 mayo 2006, Boletín Judicial No. 1146, Volumen II. pp. 628-639.

297 Artículo 2, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

298 Artículos 3 y 4, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

gistro que se encuentren en trámite ante la Oficina Nacional de Propiedad Industrial²⁹⁹. Ahora bien, el nivel inventivo³⁰⁰ tiene efecto cuando la invención no resulta obvia ni se deriva de manera evidente del estado de la técnica pertinente³⁰¹. Mientras que el derecho a la patente prevé lo siguiente:

1) El derecho a la patente pertenece al inventor, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 8 y 9. Cuando varias personas hicieran una invención conjuntamente, el derecho a la patente les pertenece en común; 2) El derecho a la patente puede ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria, y; 3) Si varias personas hicieran la misma invención independientemente unas de las otras, la patente se concede a la que primero presente la solicitud de patente o que reivindique la prioridad de fecha más antigua, de conformidad con el artículo 135³⁰².

Cuando una invención haya sido realizada en cumplimiento o ejecución de un contrato de obra o de servicio, o de un contrato de trabajo, el derecho a la patente por esa invención pertenece a la persona que contrató la obra o el servicio, o al empleador, según corresponda, salvo disposición o acuerdo mediante contrato. Sin embargo, cuando la invención tuviera un valor económico mucho mayor que el que las partes podían haber previsto razonablemente, al tiempo de concluir el contrato, el inventor tiene derecho a una remuneración especial, que es fijada por el

299 Artículo 5, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

300 El nivel inventivo se considerará si para una persona normalmente entendida en la materia técnica correspondiente no le resulta obvia ni se habría derivado de manera evidente del estado de la técnica.

301 Artículo 6, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

302 Artículo 7, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

tribunal competente, en acuerdo entre las partes. Es nula cualquier disposición contractual menos favorable al inventor que las disposiciones del presente artículo³⁰³.

La ley de Propiedad Industrial se refiere a las invenciones efectuadas por un empleado no inventor, describiendo en detalle los aspectos a tomar en cuenta³⁰⁴. De igual forma se considera la reducción de tasas para inventores, por ejemplo, si el solicitante de una patente es el propio inventor, y su situación económica no le permite sufragar el monto de las tasas para presentar o tramitar su solicitud o para mantener la patente concedida, podrá declarar esta circunstancia en la solicitud de patente, al tiempo de pagar las tasas anuales correspondientes. En tal caso, la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, después de estudiar la situación económica del inventor solicitante, podrá establecer que dicho inventor solo pague una parte del monto de las tasas debidas, que en ningún caso podrá ser menor al 10 % del monto normal, mientras subsistan las condiciones económicas del inventor-solicitante. De igual modo, se consigna que si la solicitud de patente en trámite o la patente concedida fuese transferida a una persona que no se encuentre en la situación económica referida, no se inscribirá la transferencia mientras no se acredite el pago del monto de las tasas que hubiese correspondido pagar si no hubiese hecho la declaración indicada en el numeral³⁰⁵.

Para la obtención de una Patente de Invención deberá presentarse una solicitud, en los términos del artículo 11 de

303 Artículo 8. Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

304 Artículo 9. Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

305 Artículo 10, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

la Ley de Propiedad Industrial, ante la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial³⁰⁶. Los términos en que debe hacerse la solicitud son los siguientes:

1) El solicitante de una patente puede ser una persona natural o una persona jurídica. Si el solicitante no es el inventor, la solicitud debe contener la documentación que justifique su derecho a obtener la patente; 2) La solicitud de patente de invención debe presentarse ante la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial. Comprenderá una instancia con los datos relativos al solicitante, al inventor y al mandatario, si lo hubiera, así como el nombre de la invención y los demás datos requeridos por esta ley y su reglamento; 3) La solicitud incluirá una descripción, una o más reivindicaciones, los dibujos que correspondan, un resumen, y el comprobante de pago de la tasa de presentación, 4) La solicitud debe indicar la fecha, el número y la oficina de presentación de toda solicitud de patente u otro título de protección que se hubiese presentado, o del título que se hubiese obtenido ante otra oficina de propiedad industrial, y que se refiera total o parcialmente a la misma invención reivindicada en la solicitud presentada en la República Dominicana, y; 5) Asimismo, la solicitud deberá incluir la copia certificada de toda solicitud de patente u otro título de protección que se hubiese presentado, o del título o certificado que se hubiese obtenido en otro país y que se refiera total o parcialmente a la misma invención reivindicada en la solicitud presentada en la República Dominicana³⁰⁷.

La jurisprudencia comenta que “si bien no hay nada que impida que el autor de un descubrimiento se agencie otros registros en países diferentes a aquel donde lo registró

306 Artículo 1, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

307 Artículo 11, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

originalmente, en virtud de lo dispuesto por la Convención de París, el solicitante deberá cumplir con todos los requisitos legales establecidos en el momento en que realice su solicitud. En ese orden, el patentamiento de una invención en República Dominicana, vencido en el plazo de doce meses previsto en el artículo 4 del Convenio de París respecto del patentamiento inicial, es irregular; este derecho no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, pues a partir de la primera inscripción, lo normal es que la fórmula se haga del dominio público³⁰⁸.

La admisión y fecha de depósito de la solicitud de la patente debe hacerse considerando como fecha de presentación la misma en que se ha depositado ante la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, siempre que dicha solicitud contenga al menos los siguientes elementos: a) La identificación del solicitante y su domicilio en la República Dominicana para efectos de notificaciones; b) Un documento que contenga una descripción de la invención y una o más reivindicaciones, y c) El comprobante de pago de la tasa de presentaciones³⁰⁹.

Para hacer la descripción de la patente se debe comentar de qué va la invención de forma específica, a fin de valorarla y poder ejecutarla. Se debe indicar el nombre de la invención, sector tecnológico, agrícola, científico u otro al que corresponda; también se debe abundar sobre los conocimientos con que cuenta el solicitante para tenerlo como referencia, al momento de evaluar la invención.

308 Sentencia del 23 de marzo de 2006, dictada por la 10ma. Sala Penal del Juzgado de 1ª Instancia del Distrito Nacional, en atribuciones de Sexto Tribunal Liquidador, no publicada en boletín, ESPINAL, Edwin, op. cit., p. 17.

309 Es indispensable la presentación de los dibujos cuando sean necesarios para comprender, evaluar o ejecutar la invención. Ver: Artículo 12, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

En el caso de que existan dibujos³¹⁰ sobre lo que se va a patentizar, sería oportuno describirlos, para una mejor comprensión de los aspectos técnicos y procurar posibles soluciones si se presentan inconvenientes. Asimismo, se deben exponer las ventajas en relación a la tecnología existente. Todos estos y otros detalles sobre la descripción de la patente los encontramos en el artículo 13 de la Ley de Propiedad Industrial.

Las reivindicaciones definen la materia para la cual se desea protección mediante la patente. Deben ser claras y concisas y estar enteramente sustentadas por la descripción³¹¹. La reivindicación o reivindicaciones deberán contener:

a) Un preámbulo que defina el objeto de la invención, debiendo comprender todos los aspectos conocidos de la misma que se encuentren en el estado de la técnica; b) Una parte caracterizadora en donde se citarán los elementos que establezcan la novedad de la invención, siendo definitivos de lo que se desea proteger y c) Cada reivindicación principal puede ir seguida de una o varias reivindicaciones dependientes, haciendo estas referencia a la respectiva reivindicación principal y precisando las características adicionales que se pretende proteger. De igual modo debe procederse cuando la reivindicación principal va seguida de una o varias reivindicaciones relativas a modos particulares o de realización de la invención³¹².

El resumen comprenderá una síntesis de lo divulgado en la descripción, y una reseña de las reivindicaciones y los dibujos que hubiera, y en su caso, incluirá la fórmula química

310 Artículo 14. Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

311 Artículo 15. Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

312 Artículo 8, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

o el dibujo que mejor caracterice a la invención. El resumen permitirá comprender lo esencial del problema técnico y de la solución aportada por la invención, así como el uso principal de la invención. Asimismo, servirá para fines de información técnica y publicación, y no será utilizado para determinar o interpretar el alcance de la protección conferida por la patente³¹³.

Por su parte, la unidad de la invención expresa que una solicitud de patente solo puede comprender una invención, o un grupo de invenciones relacionadas entre sí de manera que conformen un único concepto inventivo³¹⁴. Mientras que la división de la solicitud explica:

1) El solicitante puede dividir su solicitud en dos o más solicitudes fraccionarias, pero ninguna de las solicitudes fraccionarias podrá ampliar la divulgación contenida en la solicitud inicial³¹⁵; 2) Se atribuirá a cada solicitud fraccionaria la fecha de presentación de la solicitud inicial, y; 3) Cada solicitud fraccionaria devengará la tasa establecida para la presentación de una solicitud de patente, computándose como un crédito lo pagado por la solicitud inicial³¹⁶.

Los detalles concernientes al examen de la patente están contenidos en el artículo 19 de la Ley de Propiedad Industrial,

313 Artículo 16, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

314 Artículo 17, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

315 (...) la división de la solicitud se efectuará mediante comunicación escrita a la autoridad correspondiente. Sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones aplicables, cada solicitud fraccionaria deberá satisfacer los requisitos establecidos por el artículo 11 de la Ley 20-00, así como el artículo 3 del presente reglamento. Ver: artículo 12, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

316 Artículo 18, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

especificando que corresponde a la Oficina Nacional de Propiedad Industrial revisar, en un plazo de sesenta días, que el solicitante cumpla con los requisitos que establece la norma. En caso de omisiones, deberán ser subsanadas en los plazos correspondientes.

Para proceder con la conversión de la solicitud de patente, el solicitante puede pedir que previo a la publicación prevista en el artículo 21, su solicitud se convierta en patente de modelo de utilidad y que se tramite por la vía correspondiente. De modo que puede ser considerada como una patente de invención, lo cual devengará la tasa establecida; claro que esto solo será posible si la naturaleza de la invención lo permite³¹⁷.

Sobre la publicación y observaciones, la Oficina publicará en el órgano oficial de publicaciones las solicitudes de patente en trámite, una vez pagados los derechos de publicación por el solicitante, y el aviso contendrá, al menos, lo siguiente: a) Número de la solicitud; b) Fecha de presentación de la solicitud; c) Número, fecha y país u oficina de la o las prioridades; d) Nombre completo y domicilio del o de los solicitantes; e) Nombre completo del o de los inventores; f) Título de la invención; g) El resumen de la invención a que se refiere el artículo 16 de la Ley 20-00 y 3 del presente reglamento y h) El dibujo más representativo de la invención, si lo hubiere³¹⁸.

Al cumplirse el plazo de 18 meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud de patente o, cuando fuese el caso, desde la fecha de la prioridad aplicable, la solicitud quedará abierta al público, para fines de información. La Oficina Nacional de la Propiedad Industrial publicará, en su órgano

317 Artículo 20. Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

318 Artículo 14, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

oficial, a costa del interesado, un aviso que contendrá los datos y elementos establecidos en el reglamento. El solicitante podrá requerir que la publicación se haga antes del vencimiento del plazo indicado. Cualquier persona interesada podrá presentar observaciones fundamentadas respecto a la patentabilidad de la invención objeto de la solicitud, consignando los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. La presentación de observaciones no suspenderá la tramitación de la solicitud. La observación podrá presentarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la publicación. La Oficina Nacional de la Propiedad Industrial notificará las observaciones al solicitante, quien podrá presentar los comentarios, argumentaciones o documentos que le conviniera, en un plazo de 60 días a partir del recibo de las observaciones. Las observaciones y sus comentarios deberán ser tenidos en cuenta en el examen de fondo de la solicitud³¹⁹.

A partir de la fecha de pago de la tasa correspondiente, la Oficina asignará la solicitud a un examinador, quien efectuará el examen de fondo previsto en el artículo 22 de la Ley No. 20-00³²⁰, siguiendo los siguientes pasos: a) Búsqueda de

319 Artículo 21, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

320 El examen de fondo dispone: 1) El solicitante deberá pagar la tasa de examen de fondo de la solicitud de patente, dentro del plazo de doce meses contados desde la fecha de aparición del aviso de publicación de la solicitud. Si venciera ese plazo sin haberse pagado la tasa, la solicitud caerá de pleno derecho en abandono y se archivará de oficio; 2) La solicitud de patente se examinará para determinar si su objeto constituye una invención conforme a los artículos 1 y 2 numeral 1 Si la invención es patentable conforme al artículo 2 numeral 2) y a los artículos 3, 4, 5 y 6, y se cumple lo dispuesto en los Artículos 13, 14, 15, 16 y 17 y, cuando fuese el caso, artículo 18 numeral 1) y 135, y en las disposiciones reglamentarias correspondientes; 3) El examen podrá ser realizado por la Oficina Nacional de la Propiedad industrial directamente o mediante el concurso de expertos independientes o de entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, en el marco de acuerdos internacionales, regionales o bilaterales. El costo de este examen deberá ser cubierto por la tasa prevista en el numeral 1; 4) El examen podrá tener en cuenta los

Antecedente. El examinador procurará identificar los documentos necesarios para determinar si la invención es nueva e implica actividad inventiva. Su búsqueda deberá abarcar todos los sectores técnicos que puedan contener elementos pertinentes para

documentos relativos a los exámenes de novedad o de patentabilidad efectuados por otras oficinas de propiedad industrial o dentro del procedimiento previsto por el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (TCP) referidos a la misma materia reivindicada en la solicitud que se examina. La Oficina Nacional de la Propiedad Industrial podrá reconocer los resultados de tales exámenes como suficientes para acreditar el cumplimiento de las condiciones de patentabilidad de la invención; 5) En caso de no cumplirse alguno de los requisitos para la concesión de la patente, la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial notificará al solicitante para que dentro de un plazo de tres meses complete la documentación presentada, corrija, modifique o divida la solicitud o presente los comentarios o documentos que le convinieran; 6) Si el solicitante no respondiera a la notificación dentro del plazo establecido, o si a pesar de la respuesta la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial encontrara que no se satisfacen los requisitos para conceder la patente, la denegará mediante resolución fundamentada; 7) A efectos del examen de patentabilidad, el solicitante proporcionará, a pedido de la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, con la traducción correspondiente cuando así se requiera, uno o más de los siguientes documentos relativos a una o más de las solicitudes extranjeras referidas a la misma invención que se examina: A) Copia de solicitud extranjera; B) Copia de los resultados de exámenes de novedad o de patentabilidad efectuados respecto a la solicitud extranjera; C) Copia de la patente u otro título de protección que se hubiese concedido con base en la solicitud extranjera; 8) Cuando ello fuese necesario para mejor resolver una solicitud de patente o la validez de una patente concedida, la Oficina Nacional de la Propiedad Intelectual podrá pedir en cualquier momento al solicitante o al titular de una patente que presente lo siguientes documentos relativos a una solicitud o título de protección extranjeros referido a la misma invención; 9) Si el solicitante, teniendo a su disposición la información o el documento requerido, no cumplierse con proporcionarlo dentro del plazo indicado o en la notificación, que no será inferior a tres meses contado desde la fecha de la notificación, se denegará la patente: A) Copia de cualquier resolución o fallo por el cual se hubiese rechazado o denegado la solicitud extranjera; B) Copia de cualquier resolución o fallo por el cual se hubiese revocado, anulado o invalidado la patente u otro título de protección concedido con la base en la solicitud extranjera; 10) A pedido del solicitante, o de oficio, la Oficina Nacional de la Propiedad Intelectual podrá suspender la tramitación de la solicitud de patente cuando algún documento que deba presentarse conforme a este artículo estuviese aun pendiente ante una autoridad extranjera, y; 11) El solicitante podrá presentar observaciones y comentarios sobre cualquier información o documento que proporcione en cumplimiento de este artículo. Artículo 22, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044 del 08 de mayo de 2000.

la invención, debiendo consultar la siguiente documentación: 1) Documentos de patentes nacionales, tales como patentes y modelos de utilidad en trámite; 2) Solicitudes de patentes publicadas y patentes de otros países y 3) Literatura técnica distinta de la indicada en los numerales anteriores, que pudiere ser pertinente para la investigación; b) Examen. El examinador investigará si la solicitud satisface íntegramente los requisitos de la Ley de Propiedad Industrial y de este Reglamento, según lo establecido por el artículo 22 de la Ley de Propiedad Industrial y c) Conforme a lo establecido por el Numeral 4 del artículo 22, la Oficina podrá reconocer los resultados del examen de novedad o patentabilidad efectuados por otras oficinas de propiedad industrial o por las autoridades internacionales acreditadas conforme al Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (TCP) de 1970³²¹.

La concesión de la patente refiere que debe revisarse la pertinencia del examen que establece el artículo 22 de la Ley de Propiedad Industrial, pues si fuera parcialmente desfavorable solo se otorgará el título a las reivindicaciones aceptadas y, si fuera totalmente desfavorable, se procede a la negación de la patente. Si la solicitud se corresponde con lo previsto, tanto por la ley como por el reglamento de aplicación, al solicitante se le entregará un certificado que valida su invención³²².

Sobre la publicación de la patente, el anuncio de la concesión de la misma se publicará a costa del interesado en el Boletín Oficial que editará la Oficina Nacional de la Propiedad

321 Artículo 16, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

322 Artículo 23, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

Industrial. Dicha publicación deberá contener las siguientes indicaciones: a) El número de la patente concedida; b) La clase o clases en que se haya incluido la patente; c) El nombre y apellido, o la denominación social y la nacionalidad del solicitante y en caso del inventor, así como su domicilio; d) El resumen de la invención y de las reivindicaciones; e) La referencia al boletín en que se hubiera hecho pública la solicitud de patente, y en su caso, las modificaciones introducidas en sus reivindicaciones; f) La fecha de la solicitud y de la concesión³²³, y; g) El plazo por el que se otorgue³²⁴.

No se permitirán cambios en el texto del título de una patente, salvo para corregir errores materiales o de forma³²⁵. Las patentes de invención otorgadas serán de público conocimiento y se extenderá copia de la documentación a quien la solicite, previo pago de las tasas establecidas. El expediente no podrá ser consultado por terceros, mientras no se efectúe la publicación prevista en el artículo 21 –de la Ley de Propiedad Industrial–, salvo que medie consentimiento escrito por parte del peticionario³²⁶.

Existen derechos, obligaciones y limitaciones relativos a las patentes, en este grupo aparece el plazo de la patente explicando que la misma tiene una duración de veinte (20) años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud en la República Dominicana, salvo lo que se

323 La tasa de publicación de la concesión de la patente será pagada por el solicitante, previo a la entrega del certificado de concesión. Ver: artículo 20, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

324 Artículo 24, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

325 Artículo 25, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

326 Artículo 26, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

establece en los párrafos del presente artículo. Párrafo I. De la compensación del plazo de vigencia de las patentes de invención: 1)) A pedido del titular de una patente de invención, el plazo de vigencia de la misma podrá ser prorrogado por una sola vez, extendiéndolo hasta un máximo de tres (3) años, luego de la evaluación que realice la dirección de Invenciones en los casos en que dicha dirección hubiere incurrido en un retraso irrazonable, entendiéndose por “retraso irrazonable” aquel imputable a la Dirección de Invenciones en el otorgamiento del registro de una patente de más de cinco (5) años desde la fecha de presentación de la solicitud, o de tres (3) años contados a partir de la fecha de la solicitud del examen de fondo de la patente, cualquiera que sea posterior; 2) A pedido del titular de una patente de invención, el plazo de vigencia de la misma podrá ser prorrogado por una sola vez, extendiéndolo hasta un máximo de tres (3) años, luego de la evaluación que realice la Dirección de Invenciones, en los casos que la autoridad competente del permiso de comercialización hubiere incurrido en un retraso irrazonable en el proceso de la primera aprobación de comercialización de un producto farmacéutico, protegido por una patente de invención vigente, y se verifique una reducción del periodo de comercialización exclusivo del producto, como resultado de dicho retraso³²⁷; 3) A efectos de lo regulado en los numerales anteriores: a) La solicitud se hará, bajo sanción de caducidad, dentro del plazo de sesenta (60) días contados³²⁸; b) Estas disposiciones solo

327 Para efectos de este numeral se considerará que la autoridad competente incurrió en un retraso irrazonable si excede un plazo mayor de dos (2) años y seis (6) meses desde que se solicitó la aprobación de comercialización.

328 A partir de lo siguiente: I) De la expedición de la patente a que se refiere el Numeral I y II) De la autorización de comercialización a la que se refiere el Numeral 2.

aplicarán a las patentes vigentes en la República Dominicana; c) La Dirección de Invenciones compensará el valor de un (1) día por cada un (1) día de retraso hasta el máximo previsto en los Párrafos 1 y 2. Para el cómputo de la compensación establecida en el Numeral 1, los períodos imputables a acciones del solicitante no se tomarán en cuenta³²⁹.

Las tasas anuales son tratadas en el artículo 28, explicando: 1) Para mantener en vigencia una patente o una solicitud de patente en trámite deben pagarse tasas anuales. Los pagos se harán antes de comenzar el período anual correspondiente. La primera tasa anual se pagará antes de comenzar el tercer año, contado desde la fecha de la solicitud de patente. Podrán pagarse dos o más tasas anuales por anticipado³³⁰; 2) Se concederá un plazo de gracia de seis meses para el pago de una tasa anual, mediante el pago de la sobretasa establecida. Durante el plazo de gracia, la patente o la solicitud de patente, según el caso, mantiene su vigencia plena y 3) La falta de pago de alguna de las tasas anuales, de conformidad con lo dispuesto en el presente

329 Artículo 27, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

330 El pago de las tasas de mantenimiento de las patentes de modelo de utilidad previstas en el artículo 53 de la Ley No. 20-00, se realizará de la manera siguiente: a) La primera tasa se pagará, a más tardar, el día correspondiente al quinto aniversario de la fecha de presentación de la solicitud; b) La segunda tasa se pagará, a más tardar, el día correspondiente al décimo aniversario de la fecha de presentación de la solicitud. En consonancia con lo establecido en los artículos 28.2 y 53 de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial, todas las tasas de mantenimiento de patentes de invención y modelos de utilidad pagadas fuera de los plazos antes indicados, pero dentro del plazo de gracia, devengarán el recargo correspondiente. Ver: artículo 22, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

artículo, produce de pleno derecho la caducidad de la patente o de la solicitud de patente, según fuese el caso³³¹.

Los derechos y protección conferidos por la patente son consignados en el artículo 29 por medio de los siguientes puntos: 1) La patente confiere a su titular el derecho de excluir a terceras personas de la explotación de la invención patentada³³², y 2) El alcance de la protección conferida por la patente está determinado por las reivindicaciones. Las reivindicaciones se interpretarán a la luz de la descripción y los dibujos y, en su caso, del material biológico que se hubiese depositado³³³.

La limitación y agotamiento de los derechos de la patente detalla que la patente no da derecho a impedir lo que se plantea a continuación: a) Actos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales; b) Actos realizados exclusivamente con fines de experimentación con respecto a la invención patentada; c) Actos realizados exclusivamente con fines de enseñanza o de investigación científica o académica; d) La venta, locación, uso, usufructo, la importación o cualquier modo de comercialización de un producto protegido por la patente u obtenido por el procedimiento patentado, una vez que dicho producto ha sido puesto en el comercio de cualquier país, con el consentimiento del titular o de un licenciatarario, o de cualquier otra forma lícita. No se consi-

331 Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

332 En tal virtud, y con las limitaciones previstas en esta ley, el titular de la patente tendrá el derecho de actuar contra cualquier persona que sin su autorización realice cualquiera de los siguientes actos: A) Cuando la patente se ha concedido para un producto: I) Fabricar el producto y II) Ofrecer en venta, vender o utilizar el producto; importarlo o almacenarlo para alguno de estos fines. B) Cuando la patente se ha concebido para un procedimiento: I) Emplear el procedimiento y II) Ejecutar cualquiera de los actos indicados en el inciso A) respecto a un producto obtenido directamente de la utilización del procedimiento.

333 Artículo 29, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

deran puestos ilícitamente los productos o los procedimientos en infracción de derecho de propiedad industrial; e) Actos referidos en el artículo 5to. del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; f) Cuando la patente proteja material biológico capaz de reproducirse, el uso de ese material como base inicial para obtener un nuevo material biológico viable, salvo que tal obtención requiera el uso repetido del material patentado; y, g) Aquellos usos necesarios para obtener la aprobación sanitaria y para comercializar un producto después de la expiración de la patente que lo proteja. Las acciones establecidas están sujetas a la condición de que las mismas no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de la misma, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros³³⁴.

Los pasos previstos para la transferencia de la patente³³⁵ se encuentran dispuestos en la Ley de Propiedad Industrial.³³⁶

334 Artículo 30, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

335 Para la inscripción de la transferencia de una patente o de una solicitud de patente, el solicitante depositará una instancia en la Oficina, acompañada de la documentación que certifique la transferencia. Dicha instancia deberá contener, al menos, las menciones siguientes: Nombre y generales del beneficiario de la transferencia (cesionario) título de la patente o solicitud de patente a ser transferida; incluyendo el número de la solicitud o certificado correspondiente; fecha del certificado de concesión o de la solicitud de la patente en trámite correspondiente; nombre y generales del titular de la patente o solicitud de patente a ser transferida (cedente) la mención de los documentos que acompañan la instancia y que certifican la transferencia, firmados por el titular de la patente que se transfiere; los documentos que certifiquen la ejecución de la garantía, cuando corresponde. Ver: artículo 23, Decreto No. 599-01, que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

336 Artículo 32, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

Por su parte, las licencias contractuales disponen que el titular o el solicitante de una patente puedan conceder a terceros una o más licencias de explotación de la invención que es objeto de la patente o de la solicitud. Asimismo, establece que el contrato de licencia para la explotación de la patente debe constar por escrito e inscribirse en la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial. Los contratos de licencia no deberán contener cláusulas comerciales restrictivas que afecten la producción, comercialización o el desarrollo tecnológico del licenciataro y restrinjan la competencia, tales como condiciones exclusivas de retrocesión, las que impidan la impugnación de la validez y las que impongan licencias conjuntas obligatorias o cualquier otra conducta anticompetitiva o restrictiva de la competencia³³⁷.

La nulidad y caducidad de la patente son referidas en el artículo 34 de la Ley de Propiedad Industrial³³⁸, así como el recurso de reconsideración, la renuncia y limitación de la patente. De igual modo, se aborda la modificación de las reivindicaciones y la división de la patente³³⁹. Las licencias obligatorias y otras medidas relativas a su explotación también se encuentran consignadas en la legislación. De igual forma, las licencias obligatorias y las licencias por falta de explotación, así como las

337 Artículo 33, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044 del 08 de mayo de 2000.

338 La acción en Nulidad y Caducidad de la patente de invención prevista por el artículo 34 de la Ley 20-00 serán llevadas ante el Director del Departamento de Invenciones, mediante el procedimiento previsto en el artículo 154 de la Ley No. 20-00 sobre las Acciones ante la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial. Ver: artículo 28, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

339 Ver artículo 35, 36, 37 y 38, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

licencias por prácticas anticompetitivas³⁴⁰. De igual modo, se presenta cómo realizar la solicitud y concesión de las licencias obligatorias y se propone las condiciones para la concesión de las licencias obligatorias. Nos encontramos, además, la licencia obligatoria en caso de patentes dependientes, las de interés público y sus condiciones³⁴¹.

La revocación de la patente en caso de abuso³⁴², dispone que a pedido de cualquier persona interesada o de cualquier autoridad competente, la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial puede revocar una patente cuando se abusara de los derechos conferidos por esta en relación con prácticas anticompetitivas o de abuso de una posición dominante en el mercado, de tal modo que afecte indebidamente a la economía nacional. El pedido de revocación no podrá presentarse antes de transcurridos dos años, contados desde la fecha de concesión de la primera licencia³⁴³.

Basta con observar lo que se ha apuntado anteriormente sobre las patentes en Francia para llegar a la conclusión de que

340 Ver artículo 39, 40, 41 y 42, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

341 Ver artículos 43, 44, 45, 46 y 47, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

342 De conformidad al artículo 48 de la Ley 20-00, la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, previo a decidir sobre la renovación de una patente -en caso de abuso de los derechos conferidos por la misma en relación con prácticas anticompetitivas o de abuso de una posición dominante en el mercado-, deberá celebrar una vista, previa citación de las partes involucradas, a fin de que pueda tener los elementos de juicio necesarios para tomar la medida correspondiente. Ver: artículo 30.1, Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001 y modificado por el Decreto No. 180-03, del 03 de marzo de 2003, Gaceta Oficial No. 10206, del 01 de junio de 2001.

343 Artículo 48, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

las disposiciones consignadas en la Ley No. 20-00 son similares a las que prevé el Código de Propiedad Intelectual francés, puesto que son normas que han sido adoptadas en virtud de Acuerdos o Tratados Internacionales por diferentes Estados con el propósito de unificar, en la medida de lo posible, las reglas en esta materia. En efecto, los derechos de propiedad industrial trascienden las fronteras nacionales, en razón de que las grandes corporaciones internacionales ejercen una fuerte influencia, en aras de proteger sus intereses en los múltiples territorios en los que operan.

Los diseños y modelos

Estos elementos también son tratados por algunos autores como “dibujos y modelos”³⁴⁴. Por medio de ellos se clasifican las formas o el aspecto incorporado o aplicado a un producto. En el caso de los diseños industriales, se forman por una combinación de líneas y colores que le confieren un original y novedoso aspecto a un producto. Mientras que los modelos o formas plásticas consisten en la configuración novedosa y reconocible, que se le imprimen a ciertos productos con el propósito de diferenciarlos de otros similares³⁴⁵. Estos elementos “son expli-

344 RIPERT, Georges, op. cit., p. 337.

345 El Código de Propiedad Intelectual en Francia consigna, en su Libro V, especial interés a “Los diseños y modelos” (artículos L. 511-1 hasta el L. 521-7). En el Título I es sobre las “Condiciones y modalidades de protección” (artículos L. 511-1 hasta el L. 514-2) el Capítulo I trata el “Ámbito de aplicación” (artículos L. 511-1 hasta el L. 511-11) por su parte, la Sección I está dedicada al “Objeto de la protección” (artículos L. 511-1 hasta el L. 511-8) mientras que en la Sección III aparece el “Beneficio de la protección” (artículos L. 511-9 hasta el L. 511-11). El Capítulo II presenta el “Registro de un dibujo o modelo” (artículos L. 512-1 hasta el L. 512-6) en la Sección I es referida la “Instancia de solicitud de registro” (artículos L. 512-1 hasta el L. 512-3) en la Sección II, la “Nulidad de un registro” (artículos L. 512-4 hasta el L. 512-6). El Capítulo III está dedicado a los “Derechos conferidos por el

citamente mencionados por el legislador francés en la lista de los elementos *extraordinarios* del fondo. El derecho exclusivo para explotarlos se consiga en los artículos L. 511-1 y siguientes del Código de la Propiedad Intelectual³⁴⁶.

Es indiscutible que los diseños y modelos no agregan utilidad al objeto, pero sí transforman su apariencia. Gozan de gran importancia en un espacio donde las formas y el ornamento participan considerablemente como elementos determinantes en la elección. Sin embargo, no deben confundirse con los denominados “modelos de utilidad”, que atendiendo a la funcionalidad técnica se objetivan en mejoras con respecto a la finalidad del producto al que son aplicados³⁴⁷.

Algunos autores enseñan que el diseño es un montaje de líneas y colores sobre una superficie plana; un modelo es una forma plástica en relieve³⁴⁸. El creador de diseños tiene la libertad de disponer de colores o elementos que representen imágenes. En cuanto a los modelos, se enfoca en la forma visual y los ornatos que conlleva. Según las leyes francesas del 14 de julio de 1909 y 12 de marzo de 1952, para la explotación de su derecho exclusivo se concede un período de veinte años, cuya renovación puede obtenerse una sola vez. “A partir del 13 de octubre de 1998, los diseños y modelos se encuentran armonizados en todos los países de la Unión Europea”³⁴⁹.

registro” (artículos L. 513-1 hasta el L. 513-8); asimismo, el Capítulo IV aborda las “Disposiciones diversas” (artículos L. 514-1 hasta el L. 514-2). Finalmente, el Título II es de orden “Contencioso” (artículos L. 521-1 hasta el L. 521-7).

346 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 97.

347 ZAVALA Rodríguez, Carlo J., *Derecho de la empresa*, Buenos Aires, Depalma, 1971, p. 324.

348 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 286.

349 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 326.

El registro de los diseños y modelos se realizaba en Francia en la Secretaría del Tribunal de Trabajo o, en su ausencia, en la Secretaría del Tribunal de Comercio, quienes, a su vez, lo remitían al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, con el objetivo de confirmar su difusión. En la actualidad, “para producir todos sus efectos con relación a los terceros, la cesión del fondo (...) que comprenda diseños o modelos deben ser objeto de una inscripción en el Instituto de la Propiedad Industrial (INPI)”³⁵⁰. El registro produce sus efectos a partir de la fecha de la solicitud por un período de cinco años, que puede ser prorrogado por otros períodos de igual término, hasta un máximo de veinte años³⁵¹. Con el registro de los diseños y modelos, el titular adquiere un derecho de propiedad que puede ceder o conceder a otra persona³⁵². El principal interés del depósito es establecer la fecha de su creación, con el propósito de obtener una anterioridad que no admita discusión³⁵³.

Los diseños y modelos se encuentran sometidos a los mismos requisitos de publicidad de los otros elementos del fondo que han sido analizados. Una vez cumplidos, están protegidos por una acción penal y otra civil contra los imitadores de mala fe³⁵⁴. Asimismo, tienen a su disposición acciones judiciales que persiguen y sancionan la competencia desleal.

Cuando no se haya registrado debidamente este elemento del fondo, debe ser probado por el creador de la obra, quien dispone de una acción por competencia desleal, fundada en el

350 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 69.

351 Código de Propiedad Intelectual francés, artículo L. 513-1.

352 Código de Propiedad Intelectual francés, artículo L. 513-2.

353 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 286.

354 RODIÈRE, Réne et HOUIN, Roger, op. cit., p. 186.

artículo 1382 del Código Civil³⁵⁵. Mientras, el caso de la cesión de su derecho a la explotación exclusiva no es oponible a terceros, hasta su inscripción en el registro llevado por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial. “De conformidad con el artículo L. 513-2 del Código de la Propiedad Intelectual, se le concede al titular del derecho un período de 5 años, renovable, hasta un máximo de 20 años”³⁵⁶. A diferencia de lo que sucede con las patentes de invención, cuando se deposita en el Instituto Nacional de Propiedad Industrial un diseño o modelo con nueva figuración propia, dicho depósito es confirmativo y no constitutivo de derecho³⁵⁷.

El diseño o modelo puede ser mantenido en secreto durante los primeros cinco años y el depósito es puramente declarativo de derecho y su cesión no está sujeta a ninguna formalidad³⁵⁸. Es declarativo porque carece de valor frente a otro artista que eventualmente haya realizado el mismo diseño o modelo con anterioridad al depósito: prueba evidentemente delicada.³⁵⁹

Los diseños y modelos revisten importancia en la medida que sirven para atraer la clientela. Su relevancia está condicionada a su poder de atracción y en función de que las personas identifican al fondo con simplemente visualizar el diseño o modelo en cuestión. En determinadas circunstancias, su valor es insignificante, pero en otras podría constituir un elemento fundamental. Ambos son patentables y, por ende, objeto de protección legal. “Puede ser cedido conjuntamente con el fondo

355 Código Civil de la República Dominicana.

356 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 97.

357 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 186.

358 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 353.

359 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 288.

o de manera aislada”³⁶⁰. No obstante, con la transferencia del fondo de comercio “el propietario debe precisar si se limita a ceder un derecho de reproducción sobre los diseños y modelos o la obra en sí misma”³⁶¹.

En el ámbito europeo se aplica la Convención de París, así como también un acuerdo suscrito en La Haya el 6 de noviembre de 1925, actualizado en el Acta de Ginebra de 1999, que trata de armonizar las reglas entre distintos países, estableciendo un sistema de depósito único que permite obtener la protección de cualquier diseño o modelo industrial en varios países mediante su redacción en un solo idioma³⁶².

Los diseños industriales en la legislación dominicana

Lo que hemos estudiado en la legislación francesa como diseños y modelos, en la legislación dominicana se denomina diseños industriales. La definición de esta categoría la encontramos en la Ley de Propiedad Industrial donde se expone que se refiere a la reunión de líneas o combinación de colores o forma bidimensional o tridimensional que se integre a un producto industrial o artesanía. También incluye los elementos que se empleen para su ensamblaje en productos complejos³⁶³, el embalaje, la presentación, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos. Asimismo, se consigna que “la protección conferida a un diseño industrial en aplicación de la Ley No. 424-06, no excluye ni afecta la protección que pudiera corresponder al

360 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 29.

361 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., 516.

362 HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 283.

363 La propia Ley de Propiedad Industrial refiere cuándo se considera producto complejo, enfatizando que se trata de un producto constituido por múltiples componentes reemplazables que permiten demostrar y volver a montar el producto.

mismo diseño en virtud de otras disposiciones legales, en particular, las relativas al derecho de autor”³⁶⁴.

La materia excluida dispone todas las formas a partir de las cuales no se protegerá un diseño industrial³⁶⁵. De igual modo, la ley de marras aborda el derecho a la protección de un diseño industrial, el cual recae en su diseñador o en el conjunto de entidades que lo han elaborado, pues en ese caso pertenece a todos en común. Igualmente, este derecho puede ser transferido mediante acto o por vía sucesora. También puede ser transferido a través de un contrato de trabajo. Eventualmente, el diseñador puede ser mencionado, si, y solo si es de su interés; de otro modo, deberá indicar ante la Oficina Nacional de Propiedad Industrial que no le interesa ser citado³⁶⁶.

La adquisición de derechos dispone que la protección de un diseño industrial que cumple con las condiciones del artículo 54 se haga mediante el registro, conforme a lo establecido en las reglamentaciones correspondientes³⁶⁷. Mientras, los requisitos para la protección son referidos en el artículo 58 de la Ley de propiedad industrial³⁶⁸.

364 Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

365 Artículo 55, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

366 Artículo 56, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

367 Artículo 57, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

368 Artículo 58, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana-

La protección de un diseño industrial confiere a su titular el derecho de excluir a terceras personas de la explotación del mismo. En tal virtud, y con las limitaciones previstas en la Ley No. 424-06, el titular tiene el derecho de actuar contra cualquier persona que, sin su autorización, fabrique, venda, ofrezca en venta o utilice, o incorpore el diseño industrial protegido, o cuya apariencia dé una impresión general igual a la del diseño industrial protegido. La realización de uno de los actos referidos se considera ilícita por el solo hecho de que el diseño reproducido o incorporado se aplique a un tipo o género de productos distintos de los indicados en el registro del diseño protegido³⁶⁹.

La protección de un derecho industrial no comprenderá aquellos elementos o características del diseño determinado únicamente por la realización de una función técnica y que no incorporen ningún aporte arbitrario del diseñador. Mientras, la protección de un diseño industrial no comprenderá aquellos elementos o características del diseño cuya reproducción fuese necesaria para permitir que el producto que lo incorpora sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual constituya una parte o pieza integrante³⁷⁰.

El solicitante del registro de un diseño industrial podrá ser una persona natural o una persona jurídica. No obstante,

na, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. Modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393 de 20 de noviembre de 2006.

369 Artículo 59, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

370 Artículo 60, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

si el solicitante no fuese el diseñador, en la solicitud deberán aportarse los medios de pruebas que demuestren cómo se adquirió el derecho a obtener el registro³⁷¹. Asimismo, la solicitud de diseños múltiples podrá comprender varios diseños, hasta un máximo de 20, siempre que se refieran a productos pertenecientes a la misma clase de la Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales, establecida por el Arreglo de Locarno³⁷². Esta solicitud devengará la tasa establecida³⁷³.

La solicitud de registro de un diseño industrial se presentará ante la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial³⁷⁴. Se considerará como fecha de presentación de la solicitud la de su recepción por la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, para lo cual se deberá integrar una serie de elementos según lo dispuesto por la ley³⁷⁵.

371 Artículo 61, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

372 Esta clasificación prevé una amplia lista de clases y subclases con notas explicativas y otra alfabética de productos en los que se incorporan dibujos o modelos industriales, con indicaciones de las clases y subclases a las que corresponde.

373 Artículo 62, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

374 Artículo 63, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

375 Artículo 64, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana,

El examen de la solicitud dispone que la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial examine si el objeto de la solicitud constituye un diseño industrial conforme al artículo 54, si se encuentra incluido en la prohibición del artículo 55, y si la solicitud cumple los requisitos del artículo 58 de la Ley de Propiedad Industrial³⁷⁶.

A pedido de cualquier persona interesada, y previa audiencia del titular del registro del diseño industrial, la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial declarará la nulidad del registro, si se realizó en contravención de alguna de las disposiciones de estos artículos. El pedido de declaración de nulidad puede interponerse como defensa o en vía reconvencional en cualquier acción, por infracción relativa al diseño industrial registrado³⁷⁷.

Los diseños y modelos transforman la apariencia de los objetos y a menudo resultan ser decisivos para atraer a los consumidores o clientes. Al igual que los nombres comerciales, las patentes y otros elementos vinculados a la propiedad industrial o intelectual, las reglas son similares a otros países que han suscrito acuerdos internacionales en este sentido.

Secretos de fábrica

Se trata de un concepto que no ha sido definido por el legislador francés, pero se le concede vital importancia. Se trata de una creación intelectual que no es susceptible de ser

Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

376 Artículo 65, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000, modificado por la Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) Gaceta Oficial No. 10393, del 20 de noviembre de 2006.

377 Artículo 68, Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044, del 08 de mayo de 2000.

patentada, sea porque la creación no reúne los requisitos legales necesarios para esto o porque su creador o inventor no se encuentra en la disposición de arriesgar la existencia de su invento a sus competidores. Se le confiere un derecho de explotación a su titular, de manera que el valor incorporal que se deriva de dicha invención puede formar parte de un fondo al cual se relacione³⁷⁸.

Entre los secretos de fábrica se consideran los procedimientos de fabricación que no constituyen propiamente un invento, pero que ofrecen una ventaja competitiva a su inventor, tanto en el terreno comercial como en el industrial y que este desea mantener oculto de sus competidores. La Corte de Casación francesa ha admitido que los secretos de fábrica pueden ser cedidos y representan para su inventor un valor pecuniario³⁷⁹. También se ha pronunciado en el sentido de que dichos secretos están protegidos por la acción en competencia desleal en materia civil³⁸⁰.

El saber hacer (*savoir faire/know how*)

El saber hacer es interpretado por muchos como el conocimiento técnico transmisible, pero no inmediatamente accesible al público, y no patentable. Al tratarse de un conocimiento tiene obviamente un carácter inmaterial e intelectual. Se enmarca dentro del dominio de la técnica y la industria, aunque puede igualmente manifestarse en el comercio, pero en este último caso no se trataría de un conocimiento técnico³⁸¹.

378 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 98.

379 Cass. com., 12 juill. 1966, REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 98.

380 Cass. com., 3 oct. 1978, Bulletin 1980, IV, No. 208, p. 55.

381 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 99.

Este elemento se refiere al conjunto de conocimientos que no es de acceso al público y que, además, puede ser transmitido a través de un documento contractual, no siendo inherente al cedente. Se presentan casos en que esta cualidad constituye el soporte de la clientela, convirtiéndose así en la parte fundamental del fondo. Cuando estas condiciones se cumplen, el conocimiento (*savoir faire/know how*) puede ser protegido por la acción en competencia desleal, fundamentalmente por medio del artículo 1382, relativo a la responsabilidad civil en Francia³⁸².

***Software* y programas de ordenadores**

En este caso se observa que de la misma forma que a un autor se le protege el derecho sobre su obra, asimismo corresponde a un ingeniero, técnico o experto en informática que concibe un *software* o programa. Esto, dado que ambas son consideradas creaciones del espíritu o producto del ingenio humano. En el caso de uno como de otro autor, se les reserva un derecho moral y patrimonial sobre su obra o creación. El Código de Propiedad Intelectual francés³⁸³, al igual que la ley dominicana, dispone que los derechos patrimoniales del *software* recaigan sobre el empleador, aun cuando el inventor sea un asalariado, a menos que este último se haya reservado mediante contrato este derecho³⁸⁴.

Topografías de productos semiconductores

Este elemento refiere los circuitos integrados, los cuales son protegidos por la legislación francesa³⁸⁵. Estos pueden ser cedidos

382 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., pp. 98-99.

383 Código de Propiedad Intelectual francés, artículo L. 113-9, Párrafo 1ero.

384 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 99.

385 Código de Propiedad Industrial francés, artículo L. 622-1 y siguientes.

a título oneroso, en razón de que forman parte del valor de la empresa (soporte de la clientela) y por ende, del fondo de comercio³⁸⁶.

Contrato de edición, derecho de propiedad literaria y artística

El legislador francés contemporáneo, al abordar el fondo de comercio, incluye los derechos de propiedad literaria y artística entre sus elementos³⁸⁷. Estos constituyen obras del espíritu y se encuentran protegidos por la ley. Pero su protección está condicionada a su originalidad y además, que sea una manifestación o expresión del intelecto humano, pues al tratarse de una creación, constituye un derecho de propiedad incorporeal exclusiva y oponible a todo el mundo. En tal virtud, el autor tiene un derecho moral sobre su obra, o sea, el de exigir que sea respetada, y por otra parte, a requerir una remuneración, en la eventualidad de que sea utilizada por terceros, que equivale a un derecho patrimonial. En tanto que el derecho moral es inherente a la persona del autor³⁸⁸, “es perpetuo, inalienable e imprescriptible”³⁸⁹.

Ley No. 65-00 sobre derecho de autor y su reglamento de aplicación en la República Dominicana

La Ley No. 32-86, del 4 de julio de 1986, reglamentaba el derecho de autor en República Dominicana, resultando ser, en principio, un instrumento jurídico eficaz. Posteriormente, en 1995, con ocasión de incorporarse el país al Acuerdo de Ma-

386 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 99.

387 Código de Comercio francés, artículo L. 142-2.

388 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 99.

389 Código de Propiedad Intelectual francés, artículo L. 121-1 Párrafo 2 y 3.

rakech, mediante el cual se creó la Organización Mundial del Comercio (OMC) se modificó todo lo concerniente al régimen de la propiedad intelectual. El referido Acuerdo de Marrakech, a su vez, nos vinculó al convenio sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) que aparejó una profunda reforma legislativa en esta materia.

De ahí surgió la Ley No. 65-00 Sobre Derecho de Autor, la cual inicia señalando lo siguiente: “Las disposiciones de la presente ley se reputan de interés público y social. Los autores y los titulares de obras literarias y de la forma literaria o artística de las obras científicas, gozarán de protección para sus obras de la manera prescrita por la presente ley. También quedan protegidos los derechos afines de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión”³⁹⁰.

La referida ley comprende, además, la protección de las obras literarias y artísticas, así como la forma literaria o artística de las obras científicas, incluyendo todas las creaciones del espíritu en los campos indicados³⁹¹, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, divulgación, reproducción o comunicación, o el género, mérito o destino³⁹², incluyendo, pero no limitadas a: las obras expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos u otros escritos; las conferencias, alocuciones,

390 Artículo 1, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

391 En este sentido, la Constitución dominicana, en su artículo 52, dispone: “Se reconoce y protege el derecho de la propiedad exclusiva de las obras científicas, literarias, artísticas, invenciones e innovaciones, denominaciones, marcas, signos distintivos y demás producciones del intelecto humano por el tiempo, en la forma y con las limitaciones que establezca la ley”. Ver: Gaceta Oficial 10561, del 26 de enero de 2010.

392 Artículo 36 del Reglamento No. 362-01 de la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10076, del 14 de marzo de 2001.

sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales y demás obras escénicas; las obras coreográficas y las pantomímicas, entre otras³⁹³.

Asimismo, la norma prescribe que el derecho de autor es inmanente y nace con la creación de la obra, siendo independiente de la propiedad del soporte material que la contiene³⁹⁴. De modo que las formalidades que la Ley No. 65-00 consagra son para dar publicidad y mayor seguridad jurídica a los titulares que se protegen, y su omisión no perjudica el goce o el ejercicio de los derechos³⁹⁵. Se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales o cualesquiera otras marcas o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan en dicha obra o en sus reproducciones, o se enuncien en la comunicación o cualquiera otra forma de difusión pública de la misma³⁹⁶. A pesar de que únicamente la persona natural puede ser autor, el Estado, las entidades de derecho público y las personas morales o jurídicas pueden ejercer los derechos del autor y los derechos afines como titulares derivados, de conformidad con las normas de la presente ley³⁹⁷.

393 Artículo 2, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

394 Sobre este tema se pronuncia el artículo 9 del Reglamento No. 362-01 de la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, al afirmar que “el autor de una obra tiene, por el solo hecho de la creación, la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la Ley”.

395 Artículo 3, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

396 Artículo 4. Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

397 Artículo 5. Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

La norma establece que serán protegidos “las traducciones, adaptaciones, arreglos y demás transformaciones originales realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización expresa del titular del derecho sobre la obra originaria. Asimismo, se le otorgará protección a las colecciones de obras literarias o artísticas, tales como las enciclopedias y antologías, y otras de similar naturaleza, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales³⁹⁸.”

Se establece que son protegidas por ley tanto las obras originarias como las derivadas, así como toda otra producción del dominio literario, artístico o científico susceptible de divulgarse, fijarse o reproducirse por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse. De ahí que la enumeración legal de las obras protegidas es simplemente enunciativa³⁹⁹.

La Ley No. 65-00 protege exclusivamente la forma como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, artísticas o científicas, pero no las ideas, los procedimientos, los métodos de operación o los métodos matemáticos en sí⁴⁰⁰.

En las obras en colaboración divisibles, cada colaborador es titular de los derechos sobre la parte de la que es autor, la

398 El artículo 7 del Reglamento No. 362-01 de la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana dispone que “a los efectos del artículo 6 de la Ley, se entiende que la titularidad de derechos sobre una obra derivada, no entraña ningún derecho exclusivo sobre la obra originaria, de modo que el autor de la derivada no puede oponerse a que otros traduzcan, adapten, modifiquen o compendien la misma obra u obras originarias, con el consentimiento de los respectivos autores, siempre que sean trabajos originales distintos del suyo. Gaceta Oficial No. 10076, del 14 de marzo de 2001.

399 Artículo 3, El Reglamento No. 362-01 de la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor, Gaceta Oficial No. 10076, del 14 de marzo de 2001.

400 Artículo 7, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

que puede explotar separadamente, salvo pacto en contrario. En las obras en colaboración indivisibles, los derechos pertenecen en común y proindiviso a todos los coautores, a menos que entre ellos se hubiese acordado disposición contraria⁴⁰¹. Si bien es cierto que los autores en colaboración pueden disponer de los frutos que genere su explotación, no menos cierto es que se debe respetar el derecho de paternidad del coautor que haya autorizado el usufructo de su creación en provecho del otro⁴⁰².

En la obra anónima y en la publicada con seudónimo cuyo autor no se haya revelado, el editor o divulgador, según corresponda, será considerado, sin necesidad de otras pruebas, como representante del autor, mientras este no revele su identidad y pruebe su condición de tal, momento en el cual cesa la representación. El editor o divulgador está legitimado para defender y hacer valer los derechos del autor, sin perjuicio de la responsabilidad de aquel que actúe sin calidad o haciendo valer una falsa cualidad⁴⁰³. La persona que, tomando una obra de dominio público la traduzca, adapte, arregle, transporte, modifique, compendie, parodie o extraiga de cualquier manera su contenido, es titular exclusivo de su propio trabajo, pero no podrá oponerse a que otros traduzcan, adapten, arreglen, transporten, modifiquen o compendien la misma obra, siempre que sean trabajos originales, distintos del suyo, sobre cada uno de los cuales se constituirá un dere-

401 Artículo 9, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

402 Sentencia del 18 de julio de 2007, Tercer Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, República Dominicana, no publicada en boletín, ESPINAL HERNÁNDEZ, Edwin, op. cit., p. 177.

403 Artículo 10, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

cho de autor a favor de quien lo produce. De modo que quedarán a salvo los derechos morales de paternidad e integridad sobre la obra originaria⁴⁰⁴.

En las obras creadas bajo relación laboral, la titularidad de los derechos patrimoniales transferidos se registrará por lo pactado entre las partes. A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra son de los autores⁴⁰⁵, mientras que los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo, se presumen cedidos al organismo público de que se trate, salvo pacto en contrario. En esos casos, los derechos morales se mantendrán en cabeza de los autores, sin perjuicio de que la institución pública respectiva pueda ejercerlos, en representación de aquellos, para la defensa de la paternidad de los creadores y la integridad de la obra. Se exceptúan de las disposiciones de este artículo las obras creadas en ejercicio de la docencia, las lecciones o conferencias y los informes resultantes de investigaciones científicas auspiciadas por instituciones públicas, cuyos derechos pertenecerán a los respectivos autores, salvo estipulación en contrario⁴⁰⁶.

Mientras, en las obras creadas por encargo, la titularidad de los derechos patrimoniales se registrará por lo pactado entre las partes. En todo caso, las obras solo podrán ser utilizadas por los contratantes, por el medio de difusión expresamente autorizado por el autor o autores que en ellas intervinieron. Por su parte,

404 Artículo 11, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

405 Artículo 12, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

406 Artículo 13, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

el artículo 15 dispone que en la obra colectiva se presume, salvo prueba en contrario, que los autores han cedido en forma exclusiva la titularidad de los derechos patrimoniales a la persona natural o jurídica que la publica o divulga con su propio nombre, quien queda igualmente facultada para ejercer la defensa de los derechos morales en representación de los autores⁴⁰⁷.

Con la promulgación de la presente ley se actualizó todo lo relativo al derecho de autor. La misma nos permitió encajar con los parámetros internacionales aceptados en esta materia. Por tanto, nos ha permitido otorgarle un mayor dinamismo e impulso al desarrollo de una categoría de derechos cuya importancia resulta fundamental para el sector literario y artístico.

En los párrafos precedentes hemos reproducido parcialmente algunos aspectos de la repetida Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor, puesto que el legislador francés, al enfocar el fondo de comercio, incluye los derechos de propiedad literaria y artística, tal como hemos visto en el capítulo anterior. El artículo L. 142-2 del Código de Comercio francés expresa claramente que los derechos de propiedad intelectual vinculados al fondo pueden ser objeto de pignoración, tal como veremos más adelante en este trabajo.

En consecuencia, hemos entendido conveniente observar, aunque sea a vuelo de pájaro, lo que apunta la legislación dominicana sobre los derechos de propiedad literaria y artística.

Licencias o autorizaciones administrativas

El desempeño de numerosas actividades comerciales se encuentra subordinado a las licencias y autorizaciones adminis-

407 Artículo 14, Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056, del 21 de agosto de 2000.

trativas. En ocasiones tienen un carácter personal y no pueden ser cedidas con el fondo: el adquirente deberá obtener una nueva autorización. Pero otras están unidas al fondo y pueden ser vendidas o alquiladas conjuntamente con la enajenación del mismo, como sucede con los establecimientos dedicados a la venta de bebidas o el transporte público⁴⁰⁸. La ley francesa de 1909 es muda en este aspecto, en razón de que estos derechos económicos son recientes, pero nadie duda que estas autorizaciones constituyan un elemento de incuestionable valor e importancia del fondo de comercio⁴⁰⁹.

Más claramente, algunos negocios requieren que se les conceda una licencia para poder operar legalmente. La misma es otorgada por la autoridad administrativa. Por ejemplo, las bombas de gasolina, las farmacias, negocios de bebidas alcohólicas, entre otros. Cuando estas autorizaciones son concedidas *intuitu personae*, no pueden formar parte de un fondo de comercio. Sin embargo, las licencias o autorizaciones llamadas “reales”, o sea, las que son otorgadas no en interés de quien explota, sino de la explotación misma, pueden ser consideradas como elementos del fondo de comercio.

Usualmente las licencias o autorizaciones administrativas son cedidas de pleno derecho al adquirente del fondo. Por ejemplo, cuando se vende un negocio de bebidas alcohólicas, la licencia pasa a ser el elemento fundamental, ya que es vital para la explotación del establecimiento y se presume que se encuentra incluida en la venta del fondo. Teóricamente, estas licencias y autorizaciones están desprovistas de valor pecuniario, porque tienen un carácter personal y además, son concedidas por la

408 RODIÉRE, Réne et HOUIN, Roger, op. cit., p. 175.

409 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 285.

administración, la cual, desafortunadamente tiende a complacer a la persona presentada por el titular precedente, adquiriendo poco a poco un carácter patrimonial⁴¹⁰.

La Corte de Casación francesa ha sentado el criterio en el cuadro de un contrato de locación gerencia que recae sobre un fondo de restauración y que comprende, además, una licencia de bebidas alcohólicas en que el arrendador falta a su obligación de entrega si la licencia no se encuentra en situación de ser transferida al locatario gerente⁴¹¹. De manera que la transferencia no es posible sin considerar este importante elemento. En tal sentido, dicha licencia, como elemento incorporal del fondo, puede ser embargada aisladamente.

En el caso de las farmacias, se requieren cualidades personales (diploma, moralidad, entre otros) por lo que resulta difícil concebir que pueda cederse el fondo en ausencia de la licencia⁴¹². Esta afirmación tiene sus matices, y sobre este particular la jurisprudencia francesa ha sentado el criterio de que “si la licencia constituye el accesorio de un negocio de bebidas alcohólicas, no le está prohibido al vendedor de dicho fondo reservarse la propiedad de la licencia de explotación”⁴¹³.

Cuando se analizan los negocios de transporte, la licencia pasa a ser una condición necesaria para esta actividad. Se trata de un sistema muy parecido al del negocio de las bebidas alcohólicas, por el hecho de que se transmite al cesionario de la empresa, razón por la que debemos considerarla como un componente del fondo de comercio. No obstante, la licencia se

410 GUYON, Yves, *op. cit.*, p. 709.

411 Cass. com. 30 juin 1998, pourvoi No. 96-19160, Bulletin 1998, IV, No. 214, p. 176.

412 Ley de Salud No. 42-01 de la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10075, del 10 de marzo de 2001.

413 Cass. com., 29 mai 1953, Dalloz, 1953, p. 599.

presume que pertenece al titular del fondo y no al del inmueble en el cual dicho fondo es explotado⁴¹⁴. En caso de cesión del mismo, la licencia se reputa haber sido transmitida con este⁴¹⁵. Por el contrario, la cesión del inmueble, independientemente de la del fondo, no comporta la transferencia de la licencia en provecho del adquirente del referido inmueble⁴¹⁶.

Elementos incorporales no cesibles con el fondo: créditos, deudas y contratos

Los créditos y las deudas no se consideran parte del fondo de comercio⁴¹⁷, razón por la cual no se transfieren con él. En el caso de los créditos y las deudas pendientes en un establecimiento comercial, no se transmiten al sucesor del fondo cedido, salvo estipulación expresa y en contrario convenida por las partes⁴¹⁸. Los créditos no cobrados por el comerciante a sus clientes o las deudas de este con sus proveedores serán su responsabilidad, puesto que se establece que es obligación de quien ha contratado y no del fondo, ya que el mismo carece de personalidad jurídica. “En primer lugar, se coincide en separar aquellos contratos y, por lo tanto, los créditos y deudas que reconozcan su origen o se hayan contraído en atención a la persona del titular, y los que se celebren o nazcan en vinculación o relación directa con la explotación, con total independencia del elemento personal. Mientras los segundos serían transferibles con el establecimiento por ser accesorios del mismo, los primeros no formarían

414 Cass. com 4 mai 1982, Dalloz 1982, p. 368.

415 Cass. Req. 7 mai 1935, Dalloz hebdomadaire 1935, p. 315.

416 Cass. Req. 14 juin 1926, Gazette du Palais 1926, jurisprudence, p. 442.

417 FERNÁNDEZ, Raymundo, *Código de Comercio comentado*, Buenos Aires, Compañía Impresora, Tomo II, 1946, p. 41.

418 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 78.

parte de él, y solo se transmitirían por acuerdos de partes, con el consentimiento del tercer interesado”⁴¹⁹.

La ley prevé todo un procedimiento de publicación, oposición y embargo, no solamente para proteger el interés de los terceros acreedores, sino también para dar seguridad al adquirente, permitiéndole continuar con la explotación libre de deudas. El legislador argentino –al igual que el francés–, excluyó los créditos, las deudas y los contratos, en virtud de que estos compartían una de las soluciones internacionales que, con sus consideradas características, se tenían como disyuntivas: está los casos de Alemania y Suiza, donde el fondo se transmite como universalidad jurídico-económica que comprende esos elementos de manera expresa, y en la cual la protección a los terceros acreedores se realiza mediante el otorgamiento de dos deudores (cedente y cesionario). En el caso de la ley francesa de 1909, el adquirente no responde por las deudas anteriores a la venta, salvo pacto expreso en contrario, para lo cual se instrumentó de forma jurídica la institución como una distribución comprensiva de algunos bienes materiales e inmateriales, donde aparte de las deudas, han sido relegados los créditos y contratos⁴²⁰.

La exclusión de los créditos y deudas resulta de la naturaleza del fondo de comercio y su ausencia de autonomía jurídica. La jurisprudencia francesa ha sido constante, en el sentido de que los créditos que posee un comerciante, igualmente para su negocio o industria, no devienen necesariamente un elemento del fondo de comercio. La venta del fondo no supone la transferencia de dichos créditos al adquirente, salvo que se consignent

419 SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, Buenos Aires Argentina. Tea, 1957, p. 174. FERNÁNDEZ, Raymundo, op. cit., p. 41.

420 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., pp. 228-230.

cláusulas especiales en el contrato en sentido contrario, y lo mismo ocurre con las deudas, en virtud de que el fondo no es una entidad jurídicamente reconocida⁴²¹.

A estos elementos incorporeales no cesibles con el fondo es a lo que algunos autores han denominado “otros elementos incorporeales”⁴²². En principio, los derechos personales pertenecientes al propietario del fondo no se comprenden en la cesión, así como tampoco las obligaciones que gravitan sobre él. Los contratos que haya realizado el vendedor del fondo no se transmiten, salvo algunas excepciones, motivadas por el vínculo que existe entre la obligación personal y la explotación. Es el caso de la autorización administrativa de la explotación: cuando no tiene un carácter estrictamente personal, se cede con el fondo. Otras se refieren a ciertos contratos de suministros o prestaciones que pueden ser comprendidos en la cesión. Tenemos, además, elementos incorporeales como los contratos de seguro, de distribución, así como las licencias de los negocios de bebidas y transporte y los programas de ordenadores, entre otros.

El Código de Comercio francés no incluye a los inmuebles entre los posibles elementos del fondo. En tal sentido, no podrían entrar en su composición los inmuebles, independientemente de que sean inmuebles por naturaleza o por destino, ya que en la tradición jurídica francesa no se concibe que un inmueble pueda ser el accesorio de un mueble⁴²³. Sin embargo, existen algunas excepciones al principio de exclusión de los créditos y las deudas, como sucede con los contratos de trabajo, los de seguro y las deudas de carácter fiscal⁴²⁴.

421 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., pp. 286-287.

422 RIPERT, Georges, op. cit., p. 337.

423 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., pp. 127-128.

424 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., pp. 287-288.

El artículo L. 142-2, párrafo 1ero. del Código de Comercio francés, que enumera los elementos que puedan ser otorgados en garantía, no incluye a los inmuebles. Por otra parte, el artículo L. 141-5, párrafo 3ero. de dicho código, al descomponer el precio de venta del fondo en tres partes, que son: los elementos incorporeales, los materiales y las mercaderías, no incluye tampoco a los inmuebles. Mientras que el párrafo 4to. explica que el privilegio del vendedor recae sobre estos tres elementos. En consecuencia, es fácil deducir que los inmuebles no pueden ser vendidos como elementos de un fondo de comercio.

Finalmente, resulta evidente que los créditos, deudas y contratos, salvo convención en contrario, no son cedidos de pleno derecho con el fondo de comercio y, por esta razón, su transmisión no es posible con la del fondo⁴²⁵.

Elementos corporales del fondo de comercio

En razón de su carácter fungible, los elementos corporales se muestran contrarios a los elementos incorporeales del fondo de comercio. Están constituidos, por un lado, por el material y las herramientas, y por otro, por las mercaderías o mercancías. Los primeros se emplean para la explotación del fondo, entre los cuales se encuentran las maquinarias y equipos, y los segundos (las mercaderías) comprenden los *stocks* de materias primas para ser transformadas, así como los productos terminados para ser vendidos⁴²⁶.

De conformidad con el Código de Comercio francés, el privilegio del vendedor y la pignoración recaen, salvo estipula-

425 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 28.

426 GUYON, Yves, op. cit., 710.

ción expresa, sobre los elementos incorporeales⁴²⁷. La Corte de Apelación francesa señala que tanto el material como las herramientas –así como las mercaderías– no son suficientes para la constitución de un fondo de comercio. De manera que cuando se ceden de forma independiente estos elementos corporales, con exclusión de los incorporeales, no podría considerarse como una cesión del fondo⁴²⁸.

Evidentemente, este comportamiento obedece al criterio de que en los elementos incorporeales radica la esencia del fondo. En principio, los elementos corporales tienen un carácter secundario en su composición, y el fondo puede existir sin estos elementos, los cuales, aun estando presentes, podrían ser cedidos de forma aislada e independiente, a menos que estos comporten una cesión de la clientela o se presenten casos especiales en que, habiendo desaparecido esta última, el material (elemento corporal) constituye el único valor y sustancia del fondo de comercio.

En determinadas actividades, el material presenta una importancia incuestionable. Tanto es así, que la posesión de un material muy especializado podría constituir el elemento esencial del fondo en la medida que sea un medio importante para atraer y retener la clientela. Sin embargo, el material no siempre pertenece al industrial o comerciante, debido a que podría utilizarlo en virtud de un contrato de préstamo o arrendamiento.⁴²⁹

Se presentan otras circunstancias en que la cesión del material de explotación entraña la del fondo. Es cuando el material del inquilino arrendatario es cedido a título oneroso al

427 Código de Comercio francés artículos L. 141-5 al 2 y Artículos L. 142-2 al L. 142-3.

428 CA. Colmar, France, 28 mai 1952, non publié au bulletin.

429 GUYON, Yves, op. cit., p. 710.

inquilino gerente, tiempo después del ajuste en el contrato de arrendamiento. También se da el caso en que los materiales y herramientas -como elementos corporales- atraen a la clientela y constituyen su soporte, considerándose entonces a estos elementos como la parte esencial del fondo. Por ejemplo, aquellos que suministran productos especializados cuya calidad se impone en el mercado.

En definitiva, los materiales pueden ser absolutamente esenciales (empresas que se dedican a construir obras públicas o al transporte por carreteras, valen por su material) o prácticamente inexistentes (como ocurre en los comercios dedicados a la distribución de alimentos) en los que no se requieren equipos específicos⁴³⁰. Más todavía, algunos autores sostienen que los elementos corporales son secundarios, ya que el fondo podría prescindir de los mismos⁴³¹.

Los materiales y las herramientas

Para algunos autores, los materiales y las herramientas significan lo mismo. Designan todos los objetos mobiliarios que sirven para la explotación del fondo. El interés de distinguirlos se debe a que estos pueden ser objeto de prenda, la cual está regulada por los artículos L. 525-1 y siguientes del Código de Comercio francés⁴³².

Estos elementos son entendidos, además, como el conjunto de bienes mobiliarios de naturaleza corporal que sirven durablemente para la explotación comercial y presentan cierta estabilidad en la empresa del titular del fondo. Se clasifican en:

430 REINHARD, Yves, op. cit., p. 279.

431 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 266.

432 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 81.

maquinarias industriales, material de equipamiento, muebles de oficina, etc. La importancia de estos elementos va a depender del propósito de la empresa. Para la doctrina, la distinción entre material y herramientas carece de alcance práctico, puesto que ambos designan los objetos mobiliarios que sirven para la explotación industrial o comercial⁴³³.

Como se ha indicado, tanto los materiales como las herramientas no constituyen una categoría de bienes indispensables para la existencia de un fondo de comercio. Algunas actividades comerciales prescinden de estos elementos, como es el caso de los mandatarios comerciales o agentes de cambio⁴³⁴. Los materiales no pertenecen al comerciante cuando han sido adquiridos con una cláusula de reserva de propiedad en provecho del vendedor, hasta que se efectúe el pago íntegro del precio⁴³⁵.

Una parte de la doctrina asume que “el material tiene más importancia en la industria que en el comercio, salvo cuando se trate de las empresas de transporte”⁴³⁶. Al definirlo, se refiere al *material y outillage*⁴³⁷, como dos vocablos que tienen el mismo sentido. Sin embargo, en la práctica, distinguir ambos términos ofrece algunas dificultades, porque el comerciante generalmente utiliza para la explotación de su fondo objetos parecidos a los que reserva para la venta⁴³⁸. Otros autores nos hablan de materiales y herramientas, distinción que preferimos, porque se ajusta más a nuestro idioma. Estos elementos corporales suelen designar aquellos objetos mobiliarios destinados para la explo-

433 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., pp. 122-123.

434 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 235.

435 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 268.

436 RIPERT, Georges, op. cit., p. 338.

437 Término francés utilizado para designar las utilerías, maquinarias y herramientas.

438 RIPERT, Georges, op. cit., p. 337.

tación. Como hemos señalado ya, su valor comercial es mayor en la industria, al tiempo que es menor en otros negocios, dependiendo de sus características⁴³⁹.

Para la doctrina argentina, los materiales y herramientas son conocidos como “instalaciones”. “Estas constituyen el único elemento material expresamente mencionado por el artículo 1ero de la ley argentina. La irrelevancia jurídica que para su materia presenta la distinción entre las instalaciones y demás cosas muebles, como las maquinarias, muebles y útiles, etc., ha servido para que se comprenda a estas últimas en un concepto amplio de las primeras”⁴⁴⁰.

En sentido jurídico, integran este concepto todos los elementos materiales que presentan la característica común de constituir el activo fijo del establecimiento valorativamente en cada ejercicio, debido al natural desgaste o deterioro. Es importante aclararlo, porque cuando la jurisprudencia hace mención sin más a la transferencia de las instalaciones, se refiere también a las maquinarias, muebles y útiles, automotores, etc.⁴⁴¹.

439 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 318.

440 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 104.

441 Convendrá, pues, que nos refiramos (...) a los casos más comunes: A) MAQUINARIAS, MUEBLES Y ÚTILES. A pesar de no estar incluido en la enumeración ejemplificatoria del Art. 1ero precitado, ya sea por vía de su asimilación a las instalaciones o recurriendo a un elemental criterio lógico, es consenso general el encuadrar las maquinarias y los muebles y útiles como elementos del fondo de comercio. Si con un criterio técnico podemos considerar instalaciones aquellos elementos que en razón de la forma de su accesión al inmueble pasan a ser de algún modo “parte integrante” de él, es indudable que las máquinas no encuadran con comodidad en el ámbito de tal figura, a pesar de la accesión que puedan tener al inmueble, según sea su tipo; su naturaleza es siempre la de una cosa mueble. Quizá la diferencia más importante entre unas y otras sea la directa afectación a la productividad de la explotación que presentan las maquinarias, característica utilizada también para distinguirlas de los “muebles y útiles” que se emplean en una tarea meramente administrativa y auxiliar (máquinas de escribir, calculadoras, etcétera). Ver: Ripa Alberti, op. cit., p. 23. La distinción viene a ser necesaria para su posterior contabilización

Se requieren dos condiciones para que un mueble corporal figure en el perímetro de un fondo: que esté afectado a la explotación comercial y que pertenezca al que ejerce dicha explotación⁴⁴². Cuando ambas condiciones son satisfechas, el material será considerado como un elemento del fondo. Sin embargo, en el caso de que el comerciante sea propietario del fondo y del local en el que se ejerce la explotación, los materiales y mercancías no entran en el perímetro del fondo, ya que son considerados como inmuebles por destino, en virtud del artículo 524 del Código Civil⁴⁴³.

En consecuencia, cuando los materiales o herramientas se convierten en inmuebles por destino, al ser indispensables para el inmueble al cual son asimilados, no entran en la composición del fondo y tampoco podrían ser incluidos en la venta del mismo u otorgados en prenda. De manera que los materiales o herramientas deben pertenecer al propietario del fondo, para ser enajenados conjuntamente con este. El mobiliario de una oficina, las máquinas de una industria y cualquier mobiliario que sea necesario para el buen funcionamiento de un negocio forman

en los diferentes rubros o cuentas, como gastos de organización, muebles y útiles, etc.; jurídicamente, (...) no tiene gran relevancia, siendo todos y cada uno de ellos, elementos del fondo de comercio. B). AUTOMOTORES, TELÉFONOS. Siendo por naturaleza elementos del fondo de comercio, son transmisibles aisladamente o en forma conjunta con la universalidad. Dejando de lado, por obvio, el primer caso, aun en el segundo deben cumplirse las formalidades legales específicas que regulan su transferencia. Respecto de los automotores, hay que dar cumplimiento a las disposiciones que rigen su transferencia (...). En cuanto a la línea telefónica, es común que su situación quede especificada expresamente en el contrato. De no ser así, debe entenderse que la transferencia del establecimiento implica sin más la del teléfono, que es un elemento del mismo. Al igual que en el caso de los automotores, la línea telefónica debe ser transferida de acuerdo con el procedimiento administrativo que la rige. ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., pp. 105-107.

442 BARRET, Olivier, op. cit., p. 12.

443 REINHARD, Yves, op. cit., p. 279; REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., 123.

parte de esta categoría, que en Francia se denomina “*matériel y outillage*”⁴⁴⁴. Los materiales pueden servir de garantía, en virtud de una ley francesa del 18 de enero de 1951, que dispone la pignoración, la cual debe ser publicada en un registro en la secretaría del tribunal de comercio⁴⁴⁵.

De todos modos, se debe reiterar que la doctrina del país cuya legislación hemos adoptado es unánime, en el sentido de que carece de importancia práctica la distinción entre material y herramientas (*outillage*) en vista de que la misma no comporta ninguna utilidad desde el punto de vista teórico y práctico. Estos términos designan todos los objetos mobiliarios que sirven durablemente para la explotación comercial o industrial⁴⁴⁶.

Las mercaderías o mercancías

Estas se refieren a la materia prima destinada a ser transformada en el producto final que será revendido por el comerciante. Pero además, las mercaderías son todos aquellos objetos fungibles que el comerciante destina para la venta, las cuales, formando parte del fondo, pueden ser cedidas con él, salvo estipulación en contrario. Estas generalmente se contabilizan cuando se vende el fondo, se incluyen en su balance y forman parte del activo circulante. También se les denomina *stock*, que es un anglicismo que designa las mercaderías que se venden al público y se consideran en perpetua renovación⁴⁴⁷.

Ninguna cosa es en sí mercadería. Esta afirmación es cierta si tenemos en cuenta que “mercancía”, más que un bien parti-

444 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 124.

445 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 268.

446 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 123.

447 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 81.

cular, es una “cualidad ostentada” por determinados bienes. La cualidad que convierte una cosa en mercancía se presenta por el hecho de encontrarse formando parte de un establecimiento mercantil, con el objeto de ser vendida o, más propiamente, “comercializada”. –Entonces– la aptitud para ser comercializado que posee un objeto, más la particular situación de ser poseído (o adquirido) para su posterior venta, hacen de esa cosa “mercancía”. En este sentido, un bien que ha salido del establecimiento o negocio para ser usado o consumido según su naturaleza, ha perdido ya la condición apuntada⁴⁴⁸.

También se denomina *stock* y tiene un carácter facultativo en vista de que un fondo puede existir sin necesidad de los elementos corporales, como sucede con los agentes de cambio, mandatarios comerciales, entre otros, que no tienen un inventario de mercancías⁴⁴⁹. En la práctica, en razón de que el conjunto de las mercaderías o mercancías varía de un día a otro, su precio, en caso de cesión, se fija de manera independiente, a través de un inventario que se confecciona en el momento de la posesión. No obstante, el vendedor puede separarlas del fondo y conservarlas o venderlas a otro comprador.

Las mercaderías o mercancías son renovadas frecuentemente, razón por la cual no pueden ser objeto de garantía. Generalmente son adquiridas con una cláusula de reserva de propiedad en beneficio del proveedor, lo cual constituye un obstáculo a la transferencia de la propiedad hasta que se haya efectuado el pago total del precio. Estas cláusulas no impiden ni transformar ni revender las mercancías, pero una ley francesa del 12 de mayo de 1980 le permite al proveedor, bajo

448 ZUNINO, Jorge Osvaldo, op. cit., p. 107.

449 REINHARD, Yves, op. cit., pp. 279-280.

determinadas condiciones, reivindicar las mercancías en manos del administrador⁴⁵⁰.

Diferencias entre material y herramienta y mercaderías o mercancías

La ley francesa, a pesar de someter a un régimen totalmente distinto a las maquinarias o herramientas (*matériel et outillage*) de las mercaderías o mercancías (*marchandises*) no ofrece una pauta clara para distinguirlas. El criterio de distinción más socorrido es partiendo del uso o destino que finalmente se les atribuya⁴⁵¹. Es decir, no se distinguen por su naturaleza, sino por su destino. Una máquina de escribir será mercancía si el fondo vende equipos para oficina, y material en los demás casos. La distinción resulta imposible cuando el comerciante emplea para la explotación de su fondo objetos semejantes a los que destina para la venta⁴⁵².

Esa diferenciación resulta particularmente útil para fijar el precio en el contrato para fines fiscales y para la imputación de los pagos. La confusión se advierte cuando se trata de materias primas. La clave es saber si el material forma parte del producto final o si, por el contrario, únicamente forma parte del proceso de producción. Sin embargo, a diferencia de los materiales y herramientas, el concepto de inmueble por destino no es aplicable a las mercaderías.

450 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 267.

451 Si las materias primas se consideran como el objeto de la explotación comercial, se les considera mercancía; si, por el contrario, ellas constituyen un instrumento de la explotación para responder a las necesidades de la empresa, se les considera como material. Cuando, por el contrario, estas materias primas no entran en el proceso de transformación de los productos comercializados, se trata de *outillage* o, si se prefiere, como material. REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 124.

452 GUYON, Yves, op. cit., p. 710.

Desde el punto de vista del privilegio del vendedor y la acción resolutoria, el actual Código de Comercio francés establece algunas distinciones entre “mercaderías y mercancías” y “materiales y herramientas”, específicamente en lo que atañe a su evaluación. En definitiva, las diferencias entre estos elementos corporales no vienen dadas por su naturaleza, sino por su destinación o afectación. Las mercaderías o mercancías corresponden al objeto mismo de la explotación, mientras que los materiales y herramientas constituyen el soporte necesario para el ejercicio de la misma. En caso de litigio, la calificación final la tendrán los jueces de fondo.

Si el criterio que permite distinguir las mercancías y el material es simple en su enunciado, su ejecución es a veces delicada, como lo muestra el ejemplo de las materias primas: cuando las materias primas están destinadas a entrar en la composición de los productos vendidos, conviene considerarlas mercancías, porque participan del objeto de la explotación; es así, por ejemplo, con la harina para un fondo de panadería, del cáñamo para una fábrica de cuerdas y de los alimentos para ser conservados⁴⁵³.

Aparecen otros ejemplos que permiten distinguir de manera más clara cuando los muebles corporales entran en la categoría de “materiales o herramientas” o “mercaderías o mercancías”. Es el caso de las agencias de vehículos que se dedican al alquiler. Para ellos, los automóviles constituyen su material o herramienta, ya que la actividad de este negocio es de carácter especulativo. Mientras que cuando la agencia se dedica a la venta, los vehículos pasan a ser mercaderías o mercancías. Si se trata de un fondo de comercio que emplea animales, una vaca formaría parte de los materiales o herramientas si es reservada

453 BARRET, Oliver, *op. cit.*, p. 12.

para la venta de leche, y sería una mercadería o mercancía si fuese destinada para ser sacrificada y vendida como carne en un supermercado o carnicería.

Como ha sido advertido, la doctrina francesa se niega a admitir que un inmueble constituya el accesorio de un mueble⁴⁵⁴. Es una supervivencia del antiguo criterio, que se fundamenta en que los inmuebles tienen mayor valor económico que los efectos mobiliarios. Y esa concepción es recogida por el Código Civil napoleónico de 1804. Sabemos que ese concepto no responde a la realidad de hoy, toda vez que cualquier efecto mobiliario puede resultar económicamente más valioso que un inmueble. No obstante, continúa prevaleciendo en el país de origen de nuestra legislación esta concepción que fue recogida por los códigos napoleónicos. Esta exclusión de los inmuebles del fondo de comercio es producto de la ley francesa del 17 de marzo de 1909, que posteriormente ha sido ratificada por algunas decisiones jurisprudenciales⁴⁵⁵.

Los elementos del fondo de comercio no son estáticos; se modifican en función de las exigencias del público. Nuevos elementos pueden adaptarse o ser añadidos para satisfacer las necesidades de los clientes, como ocurre con la desespecialización, en la que se adicionan nuevas actividades para integrarlas a la explotación del fondo⁴⁵⁶.

A modo de conclusión, vale decir que los únicos elementos corporales que forman parte del fondo de comercio son las maquinarias o herramientas (*matériel* et *outillage*) y las mercaderías o mercancías (*marchandises*).

454 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 128.

455 Cass. civ. 21 juill. 1937, JCP 1937, I, p. 408.

456 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 324.

Conclusiones

Se ha visto que el fondo de comercio está compuesto por elementos mobiliarios, unos de naturaleza corporal y otros incorporales, siendo generalmente estos últimos los de mayor importancia y valor. Es preciso apuntar que no todos los fondos reúnen los elementos enunciados o previstos en la ley, puesto que los mismos varían de acuerdo a la actividad a la que se dedica el comerciante.

La composición de un fondo de comercio puede ser tan original como la creatividad e ingenio del comerciante que lo concibe, organizando sus elementos, tanto corporales como incorporales, de modo tal que pueda captar la atención de la clientela, para así atraerla y conquistarla. Su valor pecuniario estará asociado al monto de sus operaciones comerciales en un período determinado.

Los elementos incorporales pueden ser cedidos de manera independiente o conjuntamente con el fondo. Su enumeración legal no es limitativa, sino simplemente enunciativa, en razón de que dadas sus particularidades, podrían surgir otros elementos no previstos por la ley que resulten indispensables para su explotación y preservación de la clientela⁴⁵⁷.

Para algunos comerciantes, el elemento determinante es la marca que explotan; para otros, la fabricación de mercancías, y así, sucesivamente. En el comercio al detalle, el elemento fundamental es el derecho al arrendamiento, ya que la clientela está vinculada al emplazamiento⁴⁵⁸.

La clientela, que no es otra cosa que la esencia misma del fondo, es incluida por una parte de la doctrina entre los

457 BARRET, Olivier, op. cit., p. 10.

458 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 13.

elementos incorporales. Lo mismo ocurre con el derecho al arrendamiento, así como con el nombre comercial y la enseña. Claro, sin descartar otros que se transmiten al adquirente del fondo, tales como los contratos de trabajo, los de seguro relacionado con el fondo, los de edición, si se trata de un fondo de edición⁴⁵⁹, así como los de distribución, cuando haya franquicia, y los denominados contratos de crédito arrendamiento⁴⁶⁰.

459 BARRET, Olivier, op. cit., p. 11.

460 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 28.

CAPÍTULO III

EL ARRENDAMIENTO DE LOS LOCALES COMERCIALES Y LA LOCACIÓN GERENCIA

En este capítulo se examinará, en sentido general, el régimen del arrendamiento en República Dominicana, así como las principales decisiones jurisprudenciales que han sido dictadas en esta materia. Asimismo, se verá la notable influencia que ha ejercido el Decreto No. 4807 sobre control de Alquileres de Casas y Desahucios, especialmente en lo que toca a la llegada del término en los contratos de arrendamiento. El propósito fundamental es constatar la ausencia de protección legal que prevalece en nuestro medio para el comerciante arrendatario que desea transferir su fondo.

Por otra parte, se estudiará el estatuto de los alquileres comerciales previsto en Francia, para observar las diferencias entre ambos modelos. De este modo nos encontraremos en mejores condiciones de sugerir modificaciones, con la finalidad de proteger al comerciante arrendatario dominicano.

Por último, se realizará un breve estudio de la *locación gerencia*, que constituye una modalidad mediante la cual el propietario de un fondo, sin despojarse del mismo, lo cede a

un gerente para que lo explote a sus riesgos y peligros. Se le denomina comúnmente *gerencia libre*, y la personalidad del gerente juega un papel fundamental, en vista de que sus cualidades morales, competencia y honestidad resultan esenciales para que el propietario del fondo acceda a suscribir el contrato⁴⁶¹. Más claramente, lo que motiva al propietario a consentir esta clase de acuerdos no es solamente la renta que percibirá, sino también las condiciones personales del locatario gerente, en ausencia de las cuales dicho convenio resultaría frustratorio.

Se trata de un contrato *sui generis*. No es una venta, en razón de que el propietario del fondo conserva la nuda propiedad, y tampoco es un contrato de arrendamiento, debido a que no recae sobre el inmueble, sino más bien sobre el fondo. Se trata de una modalidad concebida por el legislador, para permitirle al propietario del fondo que desea conservarlo, extraer beneficios cediendo la explotación al locatario gerente. A este último, le permite acceder al fondo sin tener que desembolsar una gran cantidad de dinero que, en ocasiones, se encuentra fuera de sus posibilidades económicas.

El derecho de arrendamiento, considerado un elemento incorporeal, reviste capital importancia para el fondo de comercio, en determinados casos. En ese sentido, le dedicaremos especial atención, por su trascendencia para el comerciante que ocupa locales alquilados en los cuales explota su negocio.

Dada la importancia que ha adquirido el arrendamiento de locales comerciales en nuestro medio, y ante la ausencia de una reglamentación que ampare a los comerciantes arrendatarios, entendemos necesario abordar este tema en un único capítulo, conjuntamente con la sublocación y la *locación gerencia*. A di-

461 LEMEUNIER, F., op. cit. p. 189.

ferencia del capítulo anterior, será expuesto primeramente un resumen de la situación dominicana y luego, el modelo francés.

El arrendamiento en la República Dominicana

El arrendamiento comercial en República Dominicana se encuentra regido por las normas del derecho común. No existe un estatuto especial para esta clase de contrato. Más aun, a pesar de que a finales del siglo XIX se ordena la traducción, localización y adecuación de los códigos franceses⁴⁶² que nos regían desde la ocupación haitiana (1822-1844), por el gobierno de Ulises Heureaux (Lilís), entre los que se encontraba el Código de Comercio francés de 1807. En el Código Civil dominicano, específicamente en los artículos que van desde el 1708 hasta el 1762, encontramos las disposiciones generales sobre la locación, las cuales fueron posteriormente modificadas por diversas leyes y decretos.

El artículo 1717 del Código Civil dispone la posibilidad que tiene el inquilino de subarrendar el inmueble alquilado, a condición de que no exista prohibición en sentido contrario.

462 Fernando Arturo de Meriño había aprobado, el 14 de octubre de 1880, un contrato firmado dos días antes con José de Jesús Castro “para la codificación y publicación inmediata de las leyes, decretos y resoluciones” de los tres poderes del Estado. La tarea de Ulises Heureaux, más ambiciosa, necesaria y urgente, no se limita a recoger leyes y decretos, relativamente pocos, dictados desde los días de la fundación de la República. Su propósito, que logró plenamente, era el de darle “carácter nacional a la legislación extranjera que regía el país, traduciendo, localizando y concordando a nuestras leyes especiales los Códigos franceses siguientes: el civil, el de procedimiento civil, el de comercio, el de instrucción criminal y penal”, tal como estipulara el contrato suscrito el día 6 de noviembre de 1883 entre Juan Tomás Mejía, ministro de Justicia en representación del gobierno, y los encargados de realizar el trabajo, los ciudadanos José de Jesús Castro, Apolinar de Castro, Manuel de Jesús Galván y José Joaquín Pérez. CURY, Jottin. *Estudios Críticos*, Santo Domingo, Editora Corripio, 2000, p. 519.

Los artículos 1719, 1720, 1721 y 1722 de dicho código están orientados a garantizarle al arrendatario la cosa arrendada y obliga a este último a usarla como un buen padre de familia. El arrendador, a su vez, debe ciertas garantías al inquilino, de los vicios o defectos de la cosa arrendada⁴⁶³.

Por otra parte, en República Dominicana se dictó una disposición reglamentaria⁴⁶⁴, en tiempos de la dictadura trujillista, con el propósito de conjurar una crisis habitacional que todavía persiste en nuestro país. Nos referimos al Decreto No. 4807, sobre Control de Alquileres, Casas y Desahucios, que fue concebido para paliar un problema social y además, para granjearse la simpatía de amplios sectores populares. La referida norma dificulta a los propietarios de inmuebles el proceso de desalojo, en razón de una serie de restricciones que se les imponen. Esta medida ha tenido serias repercusiones a través de los años, en vista de que resulta difícil materializar un desalojo, aun cuando el inquilino incurra en condenables excesos. Más claramente, se han dado numerosos casos en los que el inquilino se aprovecha de esta situación para vivir durante meses y a veces, años, sin pagarle al propietario.

El artículo 2 del referido decreto dispone que no se puede realizar incremento del precio del alquiler sin consentimiento escrito por parte del inquilino, salvo que sea autorizado por una resolución del Control de Alquileres de Casas y Desahucios. Mientras que el artículo 3 señala:

(...) queda prohibido el desahucio del inquilino de un inmueble por persecución del propietario, salvo que se haya ordenado la

463 Código Civil de la República Dominicana.

464 Decreto No. 4807 sobre Control de Alquileres, Casas y Desahucios en la República Dominicana del 16 de mayo de 1959, Gaceta Oficial No. 8364 del 16 de mayo de 1959.

resiliación del contrato de alquiler por falta de pago del precio del alquiler; o por utilizar el inmueble alquilado con un fin diferente para el cual fue alquilado, siempre que sea perjudicial al propietario o contrario al orden público o a las buenas costumbres; o por el inquilino subalquilar total o parcialmente el inmueble alquilado, no obstante habersele prohibido por escrito; o por cambiar la forma del inmueble alquilado. Cuando el inmueble vaya a ser objeto de reparación, reedificación o nueva construcción, o cuando vaya a ser ocupado personalmente por el propietario o su cónyuge, o por parientes de uno de ellos, ascendientes, descendientes o colaterales hasta segundo grado inclusive durante dos años por lo menos, el Control de Alquileres de Casas y Desahucios autorizará el desalojo⁴⁶⁵.

El párrafo I del citado artículo indica que a pesar de que una sentencia ordene el desalojo del inquilino, la misma no podrá ser ejecutada hasta después de 15 días de haber sido notificada, bajo pena de nulidad del procedimiento y de la consiguiente responsabilidad civil respecto del persigiente y la destitución del alguacil. En efecto, un notable abogado ha señalado: “(...) la ausencia de un régimen especial de protección legal para los arrendamientos comerciales impide que el propietario de un punto comercial pueda efectuar una cesión del mismo, sin correr el riesgo de que el propietario del inmueble impugne la misma, fundamentándose en el artículo 3 del Decreto 4807 de 1959”⁴⁶⁶.

Durante años, la jurisprudencia dominicana interpretó el referido artículo 3 del Decreto No. 4807 de 1959 en el sentido de que “el vencimiento del término por el cual fue concerta-

465 Artículo 3, Decreto No. 4807 y sus modificaciones, sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios en la República Dominicana del 16 de mayo de 1959, Gaceta Oficial No. 8364 del 16 de mayo de 1959.

466 TAVERAS, José Luis, op. cit., p. 94.

do el contrato de arrendamiento o inquilinato, no es causa de resiliación de dicho contrato”⁴⁶⁷. Este criterio generaba grandes dificultades a los propietarios de inmuebles para efectuar el desalojo, una vez vencido el término contractual. Veamos textualmente lo señalado por el alto tribunal dominicano:

Considerando, que ha sido juzgado por esta Suprema Corte de Justicia, cuantas veces ha tenido la oportunidad de hacerlo, que el vencimiento del término por el cual fue concertado el contrato de arrendamiento o inquilinato, no es causa de resiliación de dicho contrato; que este criterio se encuentra sustentado en las disposiciones del artículo 3 del referido Decreto No. 4807 de 1959, que no prevé entre las causas de terminación de tales contratos la planteada por los propietarios de los inmuebles arrendados, y corroborada por el arrendatario principal Texaco Caribbean, Inc., ahora recurridos, fundamentada precisamente en la terminación del contrato por la llegada del término y en la aceptación por escrito de esta estipulación, por parte de Eduardo Veras Martínez, hoy recurrente, tanto en carta de fecha 9 julio de 1984, como en el artículo 18 del contrato de subarrendamiento y “gerencia libre de fondo de comercio” suscrito en la especie; Considerando, que si bien es verdad, como lo prescribe el artículo 1134 del Código Civil, que las convenciones legalmente formadas no pueden ser revocadas sino por mutuo consentimiento o por las causas que están autorizadas por la ley, no menos cierto es que las disposiciones del señalado decreto son de orden público y, como tales, no pueden ser derogadas por acuerdos entre particulares; que de ello resulta que lo pactado en la especie por las partes en el contrato original de arrendamiento y en el de subarrendamiento, en el sentido de convenir la fecha de la terminación de los mismos y la entrega subsecuente de los inmuebles alquilados, no podía servir de fundamento válido para que, actuando de ese modo, los propietarios de dichos inmuebles

467 Cas. civ. No. 1, 14 mayo 2003, Boletín Judicial No. 1110, de mayo de 2003, pp. 101-110.

desahuciaran a los arrendatarios, sin acogerse a las previsiones imperativas contenidas en el artículo 3 del Decreto No. 4807 de 1959, según el cual “queda prohibido el desahucio del inquilino de un inmueble por persecución del propietario, salvo que se haya ordenado la resiliación del contrato de alquiler por falta de pago del precio del alquiler; o por utilizar el inmueble alquilado con un fin diferente para el cual fue alquilado, siempre que sea perjudicial al propietario o contrario al orden público o a las buenas costumbres; o por el inquilino subalquilar total o parcialmente el inmueble alquilado, no obstante habersele prohibido por escrito; o por cambiar la forma del inmueble”; que como la llegada del término no es una causa de terminación del arrendamiento de las previstas en el referido texto legal y como la Corte a-gua acogió la demanda del Ing. Luis Carbonell Arias y litisconsortes, sobre el fundamento de la llegada del plazo contratado, resulta evidente que dicha jurisdicción incurrió en la sentencia impugnada, en la violación del artículo 3 del Decreto No. 4807 en mención, por lo que la indicada decisión debe ser casada, sin necesidad de analizar los demás medios propuestos⁴⁶⁸.

Posteriormente, se produjo un viraje jurisprudencial, cuando nuestra Suprema Corte de Justicia admitió el vencimiento del término como causa de resiliación del contrato de arrendamiento. Pero es necesario aclarar que “por interpretación de la jurisprudencia, las causas de desalojo que prevé el decreto en cuestión fueron ampliadas, sobre todo en un primer momento, por la Segunda Sala de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, y por la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia”. Dada la trascendencia de sendas decisiones, transcribimos parte de su contenido⁴⁶⁹.

468 Cas. civ. No. 1, 14 mayo 2003, Boletín Judicial No. 1110, de mayo de 2003, pp. 101-110.

469 MONTERO, Justiniano. *Curso sobre el Control de Desalojo en la República Dominicana*. Edición Digital, 2012, p. 3.

Considerando: que el artículo 1737, del Código Civil establece que: “El arrendamiento termina de pleno derecho a la expiración del término fijado, cuando se hizo por escrito, sin haber necesidad de notificar el desabucio”; Considerando: que conforme al artículo 3 del Decreto 4807, de fecha 16 de mayo de 1959: “Queda prohibido el desabucio del inquilino de un inmueble por persecución del propietario, salvo que se haya ordenado resiliación del contrato de alquiler por falta de pago el precio del alquiler; o por utilizar el inmueble alquilado con un fin diferente para el cual fue alquilado, siempre que sea perjudicial al propietario o contrario al orden público o a las buenas costumbres; o por el inquilino subalquilar total o parcialmente el inmueble alquilado, no obstante haberseles prohibido por escrito; o por cambiar la forma del inmueble alquilado. Cuando el inmueble vaya a ser objeto de reparación, reedificación o nueva construcción, o cuando vaya a ser ocupado personalmente por el propietario o su cónyuge, o por parientes de uno de ellos, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el segundo grado inclusive, durante dos años por lo menos, el Control de Alquileres de Casas y Desabucios autoriza el desalojo”; Considerando: que conforme al texto transcrito anteriormente la llegada del término no constituye una causa de resiliación del contrato de inquilinato, con lo cual se le impide al propietario que ha alquilado un inmueble recuperarlo para fines distintos a los indicados en el citado texto, de suerte que si la intención de un propietario es recuperar su inmueble para venderlo, donarlo, o simplemente alquilárselo a otra persona distinta a quien lo ocupa en calidad de inquilino, su solicitud o demanda de desalojo le es rechazada, no obstante haberse vencido el contrato⁴⁷⁰.

Es fácil observar en estos primeros razonamientos que la línea jurisprudencial de nuestro país se orientaba de conformidad

470 Sentencia del 21 de diciembre de 2007, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana, no publicada en boletín.

con lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto No. 4807 de 1959, el cual no incluía la llegada del término fijado en el contrato como una causa de resiliación del contrato de arrendamiento, en razón de que el texto del referido decreto modificó el artículo 1737 de nuestro Código Civil. La finalidad del decreto era la de proteger a los inquilinos, en vista de que para la época en que fue dictado, prevalecía un gran déficit habitacional en la República Dominicana.

Más adelante, la Corte de Apelación procede a esbozar algunas consideraciones sobre el carácter constitucional del derecho de propiedad, y a enunciar las condiciones de emergencia internacional que justificaron el repetido Decreto No. 4807, con las siguientes motivaciones:

Considerando: que el derecho de propiedad tiene rango constitucional y es fundamental, característica que le es reconocida en las Constituciones Modernas así como en las Constituciones Liberales del siglo XIX, en las cuales se equiparó dicho derecho al derecho a la libertad; Considerando: que el derecho de propiedad está consagrado en el Artículo 8 inciso 13 de la Constitución Dominicana, en la cual se establece: "(...) El derecho de propiedad. En consecuencia, nadie puede ser privado de ella sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor determinado por sentencia de tribunal competente. En casos de calamidad pública, la indemnización podrá no ser previa. No podrá imponerse la pena de confiscación general de bienes por razones de orden político (...)"; Considerando: que el citado artículo 3, del también citado Decreto No. 4807, disminuye considerablemente el derecho de propiedad, en razón de que desconoce uno de sus atributos principales, que es el derecho de disposición o de enajenación; Considerando: que el referido Decreto No. 4807, del 16 de mayo de 1959, fue dictado al amparo de la Ley No. 2700, de fecha 18 de enero de 1951, sobre medidas

*de emergencias, ratificada por la Ley No. 5112, de fecha 23 de abril de 1959, (...)*⁴⁷¹.

Por último, la decisión comentada señala que ya no existen las condiciones que dieron origen al Decreto No. 4807 de 1959, toda vez que las mismas han sido superadas por haber transcurrido más de cincuenta años desde aquel entonces. También la decisión se refiere a las amenazas “comunistas” que le sirvieron de justificación a la dictadura trujillista, con las siguientes motivaciones:

Considerando: que aun cuando el referido decreto limita el derecho de propiedad, se trata de una normativa jurídicamente válida, toda vez que fue dictado al amparo de una ley aprobada regularmente por el Congreso Nacional; Considerando: que si bien es cierto lo anterior, se trata de un decreto que por su origen y por la naturaleza de la ley en virtud de la cual se dictó tiene una vigencia limitada en el tiempo, toda vez que fue concebido para conjurar una situación excepcional de emergencia, la cual una vez superada hace impertinente dicha normativa; que dada la situación anterior el Poder Ejecutivo y el propio legislador debieron establecer de manera expresa que una vez desaparecida la situación excepcional que se perseguía conjurar dicho decreto perdía su vigencia y pertinencia; Considerando: que desde la fecha de la indicada ley y del indicado decreto han transcurrido más de 50 años y las amenazas “comunistas”, que dieron lugar a dictar dicha normativa ya desaparecieron, razón por la cual resulta irracional continuar restringiendo el derecho de propiedad en virtud de la misma; Considerando: que en el artículo 8, inciso 5 de la Constitución de la República,

471 Sentencia del 21 de diciembre de 2007, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana, no publicada en boletín. Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

*establece que: (...) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: No puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica (...)*⁴⁷².

En esta decisión, dictada por la Corte de Apelación del Distrito Nacional, se establece un precedente importante, en el sentido de que la llegada del término le pone fin al contrato de arrendamiento, contrario a lo dispuesto por el artículo 3 del repetido Decreto No. 4807 de 1959. Se trata de una interpretación acertada debido a que resulta un anacronismo el indicado decreto que, como bien señala la propia sentencia, fue dictado bajo circunstancias excepcionales que actualmente no se justifican.

Así readquirió toda su fuerza el artículo 1737 de nuestro Código Civil, que prescribe: “El arrendamiento termina de pleno derecho a la expiración del término fijado, cuando se hizo por escrito, sin haber necesidad de notificar el desahucio”⁴⁷³. Dicho artículo se había convertido en letra muerta, con ocasión de haberse dictado el Decreto No. 4807 de 1959, sobre Control de Alquileres, Casas y Desahucios, el cual descartaba, en su artículo 3, que la llegada del término fuera causa para dar por terminado el contrato de arrendamiento. Este criterio fue posteriormente ratificado por nuestra Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, con ocasión de otro proceso de desalojo.

472 Sentencia del 21 de diciembre de 2007, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana, no publicada en boletín. Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

473 Código Civil de la República Dominicana.

Dada su trascendencia y en vista de que sienta un precedente importante, al restablecer un equilibrio entre el propietario del inmueble y el inquilino, esto es, al disponer que con la llegada del término se finaliza contrato de arrendamiento, nos permitimos transcribir las motivaciones más importantes de la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2008 por la Primera Sala de la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia. Veamos:

Considerando, que, como la Constitución es norma suprema en el orden interno a la que deben conformarse todos los actos de los poderes públicos, se impone que ella sea respetada y obedecida y su protección garantizada mediante el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos; que, como el recurrente se ampara, en este aspecto del medio que se examina, en la alegada violación del señalado artículo 3 del Decreto No. 4807 de 1959, ante el auge que se evidencia en favor de la constitucionalización de todo el ordenamiento, que demanda preservar el principio de la supremacía constitucional, se hace necesario la revisión del referido artículo 3, que suplantó la disposición del artículo 1737 del Código Civil; Considerando, que, en efecto, conforme al régimen anterior (art. 1737 del Código Civil), “el arrendamiento termina de pleno derecho a la expiración del término fijado, cuando se hizo por escrito sin haber necesidad de notificar el desabucio”, vale destacar que el indicado decreto, fue emitido al amparo y en cumplimiento de la Ley No. 2700, del 18 de enero de 1951, sobre medidas de emergencias, ratificada por la Ley No. 5112, del 23 de abril de 1959, por medio de las cuales fue declarado la existencia de un estado de emergencia nacional, que permitió al Poder Ejecutivo disponer por decreto todas las providencias que hubo de estimar necesarias para garantizar, entre otras, la seguridad interna, y lo que permitió a este alto tribunal expresar, en armonía con aquella situación de emergencia, que la finalidad perseguida por el referido decreto al limitar los poderes de los propietarios en relación con los contratos de alquiler, había sido

*conjurar en parte el problema social de la vivienda, facilitando y garantizando a los inquilinos que pagan el importe del arrendamiento, la estabilidad de sus contratos*⁴⁷⁴.

La Primera Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia inicia sus razonamientos examinando las condiciones de emergencia que motivaron el Decreto No. 4807 de 1959, indicando el problema social que había sido generado por la escasez de viviendas. En ese momento, la oprobiosa dictadura de Rafael Leónidas Trujillo presentaba un serio desgaste, razón por la cual, entre otras cosas, optó por recurrir a una medida de carácter populista, limitando el derecho de propiedad. A continuación, los argumentos desarrollados por el alto tribunal:

Considerando, que es un hecho innegable y ostensible que desde la fecha en que fue emitido el citado decreto, a esta parte, el país ha experimentado, en el orden habitacional, un cambio sustancial que se observa en una apreciable disminución del negocio de “casas de alquiler”, al punto de que la figura del “casero” ha prácticamente desaparecido, sustituyéndolo las instituciones públicas y privadas que desde la desaparición de la dictadura coadyuvan con el propósito de hacer realidad el precepto constitucional que declara de alto interés social el establecimiento de cada hogar dominicano en terreno o mejoras propias, para lo cual el Estado estimularía el desarrollo del crédito público en condiciones socialmente ventajosas, destinado a hacer posible que todos los dominicanos posean una vivienda cómoda e higiénica; Considerando, que si bien es una verdad inocultable que la declaración constitucional que se cita arriba no ha sido satisfecha más que parcialmente, ello no justifica, en

474 Sentencia del 03 de diciembre de 2008, dictada por la Primera Sala de la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1177, de diciembre de 2008.

*modo alguno, que superada la situación de emergencia original, causada por diversos factores y no solo por un déficit habitacional, el derecho de propiedad siga siendo víctima, no obstante tener categoría constitucional, de la restricción y limitación que implica el haberse eliminado el derecho del propietario y el consentimiento del inquilino, de fijar un término al contrato de inquilinato, prerrogativa que, al haber desaparecido por efecto del mencionado decreto, convirtió el arriendo de casa en un derecho real equivalente a una enfiteusis, con características de perpetuidad, que conlleva como consecuencia un desmembramiento del derecho de propiedad, por lo que resulta inaplicable el referido artículo 3 del Decreto No. 4807, de 1959, por no ser conforme a la Constitución (...)*⁴⁷⁵.

La decisión dictada por la Suprema Corte de Justicia, actuando en funciones de Corte de Casación, sentó un importante precedente en nuestro país, en razón de que abrió las puertas a los propietarios de inmuebles alquilados para solicitarlos una vez llegado el término del contrato. Dicho de otro modo, al declarar por vía difusa la inconstitucionalidad del artículo 3 del Decreto No. 4807, que era una especie de camisa de fuerza para los dueños de inmuebles, los tribunales reconocieron la justa dimensión del derecho de propiedad, que tiene rango constitucional en la República Dominicana⁴⁷⁶.

Más adelante, el Tribunal Constitucional ratificó el criterio de la Suprema Corte de Justicia, en el sentido de que resulta inconstitucional el artículo 3 del Decreto No. 4807 de 1959. En

475 Así ha sido hecho y juzgado por la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia, y la sentencia pronunciada por la misma en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, en su audiencia pública del 3 de diciembre de 2008, años 164° de la Independencia y 145° de la Restauración, Boletín Judicial No. 1177, de diciembre de 2008.

476 Lo que se consigna en el artículo 51 de la Constitución dominicana, como veremos más adelante.

una acción directa interpuesta contra el repetido texto legal, la jurisdicción constitucional apuntó:

Este tribunal considera, al igual que lo consideró la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia, que las restricciones al derecho de propiedad que se derivan de la aplicación del artículo 3 del Decreto No. 4807 si bien se justificaban a finales de los años cincuenta del siglo pasado y durante los siguientes años, no menos cierto es que en la actualidad resultan injustificables. Ciertamente, lo que demanda la realidad actual es una política inversa, orientada a fortalecer el derecho de propiedad, con la finalidad de incentivar la inversión de capitales en viviendas que luego de construidas podrían ser alquiladas o vendidas⁴⁷⁷.

Pero dado que el decreto se mantenía vigente, por haber dictado la Suprema Corte de Justicia su decisión con ocasión de un proceso judicial, esto es, por vía de excepción o difusa, el Tribunal Constitucional aprovechó para expulsar del ordenamiento jurídico el referido texto, al sentenciar:

En otro orden, la sentencia mediante la cual se declaró la inaplicable el artículo 3 del referido Decreto No. 4807 tiene efectos relativos, es decir, que solo vincula a las partes en el proceso que se originó con ocasión de la demanda en resolución de contrato de inquilinato, desalojo y cobro de indemnizaciones invocada por la sociedad de comercio Antún Hermanos y Compañía, C. por A. contra Julio Giraldez Casanovas, ante la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Pedro de Macorís, en relación a la vivienda ubicada en avenida Independencia No. 165, de la ciudad de San Pedro de Macorís⁴⁷⁸.

477 Sentencia TC/0174/14, dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana el 11 de agosto de 2014, p. 17.

478 Sentencia TC/0174/14, op. cit., p. 17.

Así las cosas, el cuestionamiento sobre la constitucionalidad del controvertido artículo 3 del Decreto No. 4807 quedó definitivamente resuelto al dictar la jurisdicción constitucional esta decisión, con ocasión de una acción directa de constitucionalidad, mecanismo que le permite expulsar del ordenamiento legal, mediante el control concentrado, la norma impugnada. Pues a diferencia de lo que sucede cuando se cuestiona, en el transcurso de un proceso judicial, por vía de excepción o difusa, una disposición legal (que permanece vigente por tener efecto relativo entre las partes), cuando se ejerce el control concentrado, la disposición objeto de cuestionamiento, en caso de ser acogida la acción, deja de tener vigencia, en virtud de que en estos casos actúa la jurisdicción constitucional como legislador negativo.

En síntesis, el Decreto No. 4807 constituye un verdadero anacronismo, en razón de que consigna numerosas restricciones al derecho real de propiedad. Precisamente una de esas limitaciones era desconocer la llegada del término del contrato, para que el propietario pudiese reclamar la devolución del inmueble arrendado. Si bien es verdad que fue inspirado en motivaciones políticas y sociales, no menos cierto es que se producían numerosos abusos de inquilinos morosos que, auxiliados de abogados, vivían largo tiempo sin pagar el importe del alquiler. Esa situación fue la causa de que muchos propietarios de inmuebles se resistieran a suscribir contratos de arrendamiento, prefiriendo en ocasiones vender en lugar de arrendar.

En otro orden de ideas, es importante tener en cuenta que todo contrato de alquiler en República Dominicana debe ser registrado en el Banco Agrícola. En este sentido, el legislador se encargó de consignar la inadmisibilidad de la demanda, en el supuesto de que no se registre el contrato y se entreguen

los depósitos recibidos por el propietario. La Ley No. 4314, al referirse a la cantidad de depósitos que se estima recibió el propietario, dispone en el párrafo I del artículo 1, lo siguiente:

En todo contrato de alquiler se reputara que el inquilino, al momento de la contratación, entrega al propietario o encargado, en dinero efectivo, el valor equivalente a por lo menos un (1) mes de alquiler en los contratos de hasta un (1) año, de dos (2) meses de alquiler en los contratos de dos (2) años o de un año y medio en adelante; y de tres (3) meses de alquiler en los contratos de tres (3) años o más, o de dos años y medio en adelante; todo sin perjuicio de la exigibilidad del depósito completo en el Banco Agrícola, en el caso de depósitos, adelantos o anticipación de mayor monto⁴⁷⁹.

En lo relativo al plazo para el registro de dichos contratos, el artículo 2 de la citada ley establece un plazo de 15 días, cuando expresa:

Las sumas entregadas por los inquilinos en el concepto que se indica en el artículo anterior, deberán ser depositadas por el propietario, su representante o encargado, junto con un original del contrato de alquiler en los quince (15) días de su vigencia en cualquiera de las Sucursales u Oficinas Satélites del Banco Agrícola de la República Dominicana, o en las de los agentes que el citado Banco designe. El Banco llevara un registro de los contratos depositados, los que desde ese momento tendrán fecha cierta⁴⁸⁰.

Mientras que el artículo 5 del Decreto No. 4807, modificado por el Decreto No. 6527, del 13 de marzo de 1961,

479 Ley No. 4314 del 22 de octubre de 1955, y sus modificaciones, que regula la prestación, aplicación y devolución de los valores exigidos en los depósitos por los dueños de casas a sus inquilinos. (Modificada por la Ley No. 17-88 del 5 de febrero de 1988, Gaceta Oficial No. 7904 del 29 de octubre de 1955).

480 Ley No. 4314, del 22 de octubre de 1955, (...), op. cit.

dispone que no se dictará la resolución sobre el Control de Alquileres de Casas y Desahucios, mientras no se hayan obtenido los informes técnicos que se juzgue conveniente para poder determinar si la obra hace o no indispensable el desalojo de los inquilinos. El párrafo a) de este artículo resulta de gran interés para nuestro estudio, al exponer que: “cuando a diligencia del propietario o por virtud de orden de autoridad competente, el desahucio se ha obtenido con el propósito de una nueva construcción, reconstrucción o reparación de un inmueble y este estuviera ocupado por algún establecimiento comercial o de industria fabril, amparado por una patente desde cinco años o más con anterioridad al desalojo, el inquilino tendrá la preferencia de volver a ocupar dicho inmueble si dentro del plazo de 30 días, a contar de la fecha en que el propietario le notifique por acto de alguacil que va a proceder a la nueva construcción, reconstrucción o reparación, le manifiesta en la misma forma al propietario su propósito de volver a ocupar el inmueble por un alquiler que no excederá del uno por ciento del valor adquirido por el inmueble por efecto de la nueva construcción, reconstrucción o reparación”⁴⁸¹.

La Ley No. 17-88, en su artículo 5, hace referencia al punto comercial, sin mayores precisiones, cuando dispone que “la modificación del estatus de una vivienda o punto comercial debe ser autorizada por la Secretaría de Estado de Industria y Comercio –ahora Ministerio–, la cual expedirá una certificación a solicitud del propietario, para depositarla en la Dirección General de Catastro, a los fines de excepción de este impuesto. Cuando

481 Párrafo a) del artículo 5. Decreto No. 4807 sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 8364 del 16 de mayo de 1959 (Modificado por el Decreto No. 6527, del 13 de marzo de 1961, Gaceta Oficial No. 8561 del 13 de marzo de 1961).

sea realizada la ampliación, remodelación, decoración para uso comercial, la certificación de que se trata debe ser expedida por el ayuntamiento correspondiente. Esas certificaciones estarán exentas del pago de Impuesto sobre Documentos⁴⁸².

Cuando se trata del sistema de sanciones por afectar el registro en el plazo de referencia, el artículo 7, en el párrafo I de la Ley No. 4314 expone que “el cumplimiento de las disposiciones del artículo 1 de esta ley se castigará con una multa igual al doble de la suma a que ascienda el depósito”. Dicha multa deberá pagarse en el Banco Agrícola, fondos que serán destinados para el desarrollo agropecuario. Cabe destacar que este tipo de multas, conjuntamente con la sanción de entrega imperativa, constituyen una violación a la Constitución dominicana. La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado sobre este tema, dejando establecida dicha inconstitucionalidad⁴⁸³.

Cuando se recurre al desalojo por falta de pago, es necesario cumplir previamente con el registro del contrato en el Banco Agrícola de la República Dominicana y, por tanto, haber llevado a ese organismo los valores recibidos a modo de depósito, como en todo procedimiento de desalojo que tenga como base un contrato de alquiler. En este caso se agrega la formalidad de hacerse expedir, por ante el mismo órgano, una certificación de no consignación de los alquileres adeudados por el inquilino. Luego, se procede a agotar la fase del apoderamiento del Juzgado de Paz del lugar donde se encuentra el inmueble alquilado. El acto de citación debe contener una copia de la referida cer-

482 Artículo 5, de la Ley No. 17-88 del 5 de febrero de 1988, Gaceta Oficial No. 7904 del 29 de octubre de 1955.

483 MONTERO, Justiniano, op. cit., p. 18.

tificación, bajo la pena de que el tribunal no dicte sentencia sin el previo cumplimiento de esa formalidad⁴⁸⁴.

En el caso de que el propietario no deposite la certificación, el juez apoderado debe pronunciar la inadmisión de la demanda. Dicha inadmisión puede ser el producto de una petición formulada por el inquilino demandado, o simplemente puede ser suplida de oficio por el tribunal. Con la lectura del artículo 10 del referido Decreto No. 4807, se puede inferir que el acto de la demanda debe estar encabezado por la certificación expedida por la oficina del Banco Agrícola en la que se consigne que el inquilino no ha depositado los alquileres adeudados. Mientras que el artículo 12 se encarga de precisar que el tribunal no dictará sentencia hasta tanto se deposite esa pieza⁴⁸⁵.

Sin embargo, una interpretación lógica de esta norma nos permite deducir que si el demandado solicita la inadmisión como medio de defensa, dicho depósito resulta inviable, en el plazo que se concede para el escrito ampliatorio, pues esto afectaría el derecho de defensa del demandante. Entonces, se percibe, hasta cierto punto, una intención proteccionista que perjudica al propietario, ya que el inquilino puede establecer el hecho que lo libera presentando el correspondiente recibo de pago que haya emitido el propietario. Se trata, simplemente, de aplicar la segunda parte del artículo 1315 del Código Civil, que establece el principio general en materia de prueba. Ese formalismo de la certificación también es un mecanismo para recaudar valores y capitalizar el Banco Agrícola, entidad que se encarga de financiar en nuestro país al sector agropecuario. “Este instrumento, constituye la normativa

484 Artículo 12, Decreto No. 4807 sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios, del 16 de mayo de 1959, Gaceta Oficial No. 8364 del 29 de mayo de 1959.

485 MONTERO, Justiniano, op. cit., p. 20.

básica que existe en nuestro ordenamiento –y–, se advierte una ausencia plena de voluntad política de elaborar una regulación que se corresponda con los nuevos tiempos”⁴⁸⁶.

Ahora bien, con los subalquileres se presentan dos situaciones muy particulares. Cuando se trata de un inmueble alquilado, al cual se le ha dado un fin distinto al que convinieron las partes, y cuando el inmueble ha sido subalquilado a pesar de prohibiciones en ese sentido. En el primer caso, es necesario que la destinación a un fin distinto al que se señala en el contrato sea perjudicial al propietario, mientras que en el segundo se requiere simplemente la prohibición contractual expresa de subalquilar. Cuando no se consigna contractualmente la prohibición de subalquilar, se entiende que es permitido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1717 del Código Civil de la República Dominicana, que reza textualmente: “El inquilino tiene derecho a subarrendar y ceder el arrendamiento a otro, en caso de no habersele prohibido esta facultad, lo cual puede hacerse por el todo o parte. Esta cláusula es siempre de rigor”⁴⁸⁷.

En principio, el Código Civil no prohíbe ni la cesión ni el subarrendamiento, a menos que exista una disposición entre las partes que así lo impida, disposición que es incluida en la mayoría de los contratos de arrendamiento, y que técnicamente impide la cesión del arrendamiento como parte del fondo de comercio”⁴⁸⁸. En la eventualidad de que se haya modificado el inmueble alquilado, esta situación puede dar lugar a que se demande la resiliación del contrato. Por tanto, procede en estos casos apoderar al juez competente, aunque cumpliendo con las

486 MONTERO, Justiniano, op. cit., p. 21.

487 Código Civil de la República Dominicana.

488 TAVERAS, José Luis op. cit., p. 95.

formalidades relativas al registro del contrato y la entrega de los depósitos en el Banco Agrícola de la República Dominicana.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la competencia del Juez de Paz en esta materia únicamente abarca lo relativo a la falta de pago, en virtud de una jurisprudencia constante y sistemática a partir de 1997, fecha en la que se instauró la anterior Suprema Corte de Justicia. Veamos una de las decisiones más trascendentes en ese sentido:

Considerando, que los jueces de paz, al tenor de lo que dispone el párrafo 2 del artículo 1ro. del Código de Procedimiento Civil, conocen de las acciones sobre pago de alquileres o arrendamientos, de los desabucios, de las demandas sobre rescisión de contratos de arrendamiento fundadas únicamente en la falta de pago de los alquileres o arrendamientos, de los lanzamientos y desalojos de lugares, y de las demandas sobre validez y nulidad de embargo de ajuar de casa por inquilinato; que ha sido juzgado por la Suprema Corte de Justicia, criterio que hoy se ratifica, que dicha competencia de atribución de los jueces de paz, para conocer de la demanda en desalojo o en desabucio en materia de arrendamiento, es excepcional, y está limitada expresamente, por el texto legal que la establece, a dichos asuntos; que en ese mismo orden se ha decidido, que conforme al referido párrafo 2 del artículo 1ro., del Código de Procedimiento Civil, el juez de paz es competente para conocer de las demandas en rescisión de los contratos de arrendamiento fundadas únicamente en la falta de pago de los alquileres o arrendamientos, de las demandas en lanzamiento y desalojo de lugares, que sean la consecuencia de aquellas; que, por el contrario, dicho tribunal no tiene facultad para conocer de las demandas en rescisión de los contratos de arrendamiento, fundadas en otras causas, ni de los desabucios, lanzamientos y desalojos que sean consecuencia de estas⁴⁸⁹.

489 Sentencia del 18 de enero de 1998, No. 3, dictada por la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1047, febrero de 1998, pp. 88-90.

No obstante, ante una eventual reforma, esa competencia debe ser delegada al Juzgado de Paz en todos los casos, puesto que sería más operativo y más sencillo. No obstante, en el estado actual de nuestro derecho, la postura de la Suprema Corte de Justicia es la correcta; sobre todo, tomando en cuenta la redacción errónea y confusa del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil⁴⁹⁰.

Al revisar el incidente de la inadmisión por no haberse depositado la declaración catastral, consignada en el artículo 55 de la Ley No. 317 sobre Catastro Nacional, el cual fue declarado inconstitucional por la sentencia del 10 de enero de 2001, dictada por la Suprema Corte de Justicia, resulta evidente que se trata de una situación procesal que ha desaparecido y con ello, ha desaparecido también la formalidad del cintillo, “en tanto (...) documento básico para solicitar el desalojo”, lo que se comprueba al revisar la referida sentencia:

Considerando, que en lo que atañe a la Ley No. 317, de 1968, que en su artículo 55 también crea un fin de inadmisión para el caso de que no se presente junto con los documentos sobre los cuales se basa la demanda, el recibo relativo a la declaración presentada a la Dirección General del Catastro Nacional, de la propiedad inmobiliaria de que se trate, se impone observar que la referida disposición legislativa, cuyo objetivo fundamental consiste en la formación y conservación del catastro de todos y cada uno de los bienes inmuebles del país, a pesar de constituir una norma de carácter general que obliga a toda persona física o moral propietaria de un inmueble situado en el territorio nacional, a hacer la declaración correspondiente sobre la propiedad, establece en el citado artículo 55 una normativa discriminatoria que vulnera la igualdad de todos los dominicanos ante ley, garantizada y protegida por la Constitución en su artículo 8, numeral 5, así

490 MONTERO, Justiniano. op. cit., p. 27.

como en el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o pacto de San José de Costa Rica, suscrita en 1969 y ratificada por nuestro Congreso Nacional en 1977; que el carácter discriminatorio de la referida disposición legal se revela al obstaculizar, creando un medio de inadmisión, el acceso a la justicia, a aquellos propietarios de inmuebles que los hayan cedido en arrendamiento o alquiler y que se vean precisados a intentar alguna acción contra sus inquilinos o arrendatarios, si no presentan con la demanda, la declaración a que alude el mencionado artículo 55; que como se advierte, del universo de propietarios y detentadores o poseedores de inmuebles en la República, solo a los que han cedido su propiedad en alquiler o arrendamiento o a cualquier otro título en que fuere posible una acción en desalojo, desahucio o lanzamiento de lugares, se les sanciona con la inadmisibilidad de su demanda, si con esta no se deposita la constancia de la declaración del inmueble en el Catastro Nacional, lo que pone de manifiesto que la condición de razonabilidad, exigida por la Constitución en los artículos arriba citados, en la especie, se encuentra ausente por no ser la dicha disposición justa, ni estar debidamente justificada la desigualdad de tratamiento legal que establece en perjuicio de un sector de propietarios, al discriminarlo en la imposición de la sanción procesal que prevé; que, por lo expuesto, tampoco era procedente acoger el medio de inadmisión fundamentado en el artículo 55 de la Ley No. 317, de 1968, y, por tanto, las alegadas violaciones y desnaturalización de los hechos de la causa denunciadas y argüidas en el medio que se examina, carecen de fundamento y deben ser desestimadas, motivo de puro derecho que suple la Suprema Corte de Justicia⁴⁹¹.

En lo relativo a la inadmisibilidad consignada en la Ley No. 18-88 sobre propiedad suntuaria, vale destacar que la Suprema Corte de Justicia ha sentado el criterio de que el

491 Sentencia del 10 de enero de 2001, No. 1, dictada por la Cámara Civil Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1082, de enero de 2001.

inquilino que argumenta que el inmueble es suntuario, debe establecer la prueba de esa situación. En tal sentido, no puede prevalecerse del medio de inadmisión, a menos que pruebe el carácter suntuario del inmueble. A continuación, presentamos el contenido de la decisión:

Considerando, que en ese orden, esta Suprema Corte de Justicia ha juzgado que aun cuando el referido artículo 12 consagra un fin de inadmisión, que puede ser suscitado de oficio por el juez apoderado de una demanda en desalojo, por tener un carácter de orden público, la inadmisibilidad no puede ser pronunciada sino después que se establezca que el inmueble de que se trata estaba sujeto al pago del impuesto por tener un valor incluyendo el solar en que esté edificado, de RD\$500,000.00 o más, conforme a lo que dispone el artículo 2 de la indicada ley; que, contrariamente, en la sentencia de primer grado, cuyos motivos de hecho y de derecho hizo suyos la Corte a-quo, se deja constancia del depósito en el expediente por la recurrida de la notificación de avalúo hecha por la Dirección General de Catastro Nacional, el 6 de julio de 1989, en relación con el inmueble alquilado, registrado en esa oficina bajo el No. 15824-A, con un valor, incluidos terrenos y mejoras, de RD\$140,017.40; que al disponer el citado artículo 2 de la Ley No. 18-88, que “las edificaciones gravadas serán aquellas destinadas a viviendas o dadas en arrendamiento, cuyo valor, incluyendo el del solar donde estén edificadas, sea de Medio Millón de Pesos (RD\$500,000.00) o más, y los solares no edificados comprendidos en las zonas urbanas”, es evidente que se trata, en el caso, de un inmueble no sujeto al pago del referido impuesto, por tener un valor inferior, según la certificación de avalúo, inferior al mínimo fijado por ley⁴⁹².

492 Sentencia del 29 de diciembre de 1995, Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1045, diciembre de 1997, pp. 81-85.

Por medio de estas decisiones hemos podido constatar el rol fundamental que ha desempeñado la jurisprudencia dominicana en materia de arrendamiento. Ciertamente, contamos con una legislación dispersa y confusa en esta materia, que en la práctica ocasiona serios problemas no solo a los propietarios, sino también a los inquilinos y sus respectivos abogados. Conviene destacar otra importante sentencia dictada en 2005, la cual dispone que la muerte del inquilino no supone el cese del contrato de arrendamiento. Para una mejor comprensión, nos permitimos transcribir parte de las motivaciones de la referida sentencia:

Considerando, que el artículo 1165 del Código Civil cuya violación se alega, consagra el principio de la relatividad de las convenciones, en cuya virtud ellas no tienen efecto más que entre las partes contratantes y no perjudican a terceros, y solo les favorecen en los casos previstos en el artículo 1121 del Código Civil; que, en la especie, la violación a la referida disposición legal, a juicio de la recurrente, se manifiesta por el hecho, invocado por esta, de perjudicar a un tercero con los efectos de un contrato verbal de inquilinato entre una persona fallecida y otra inexistente, refiriéndose esta última al inquilino fallecido Mariano Rodríguez, según se ha indicado; pero, por una parte, el alegado contrato verbal de inquilinato se desprende del acta levantada en el Banco Agrícola de la República Dominicana a propósito de las recepción del depósito de dos meses de alquiler realizado por el recurrido, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes; y por otra parte, el artículo 1742 del Código Civil, a cuyo tenor el contrato de arrendamiento no se deshace por la muerte del arrendatario ni del inquilino, puesto que este continua en la persona de los herederos, legatarios universales o a título universal, por lo que no puede la recurrida considerarse un tercero; que en tal virtud, procede desestimar el numeral 4) del único medio de casación⁴⁹³.

493 Cas. civ. No. 5, 9 marzo 2005, Boletín Judicial No.1132, de marzo de 2005, pp. 218-228.

A fin de evitar mayores inconvenientes a los familiares del inquilino fallecido, es claro que la decisión antes indicada interpreta el contrato de arrendamiento en su provecho, al considerarse que el mismo continúa en los herederos de dicho inquilino. A pesar de que la jurisprudencia dominicana en ocasiones no ha sido coherente, no menos cierto es que ha dado pasos firmes en los últimos años con el propósito de otorgarle al derecho de propiedad su verdadero alcance, puesto que el mismo constituye un derecho real con jerarquía constitucional.

Sin embargo, todavía subsisten serias dificultades en el sistema jurídico nacional, en vista de que a la fecha no tenemos un régimen legal eficiente, que logre armonizar las relaciones entre propietarios e inquilinos de manera justa y equitativa. Le ha correspondido a los tribunales suplir las deficiencias del legislador. Se han sometido algunos proyectos al Congreso, para buscar un equilibrio entre propietarios e inquilinos, pero todos han sido engavetados, hasta la fecha.

Dado que en nuestro país el arrendamiento de los locales comerciales no cuenta con un estudio sistematizado, procedemos a analizar cómo opera la relación entre propietarios y arrendatarios en el caso francés, lo que abordaremos en el acápite siguiente.

El arrendamiento de los locales comerciales en Francia

El derecho al arrendamiento constituye, en determinados establecimientos comerciales, un elemento preponderante, en vista de que resulta fundamental para retener la clientela. Así ocurre en aquellos negocios dedicados a la venta de productos al detalle, puesto que la ubicación reviste un carácter determi-

nante para la clientela, en la medida que esta acude, no atraída por las cualidades personales del comerciante o la buena calidad de los productos ofrecidos, sino por la proximidad del establecimiento al domicilio o lugar de trabajo. En estos casos, la cesión del fondo de comercio arrastra necesariamente el derecho al arrendamiento. El artículo L. 141-5, párrafo 2, del Código de Comercio francés lo presume incluido en el perímetro de la cesión del fondo⁴⁹⁴.

La importancia de la ubicación de un local comercial varía, de conformidad con el género de comercio. Para los pequeños negocios, la clientela depende en gran medida del espacio en que se encuentra situado el establecimiento. En ocasiones, su radio de acción se extiende a toda una ciudad, un barrio e incluso, a una calle. Cuando la naturaleza de la explotación exige una instalación y equipos especializados (un cine, un hotel, etc.), los tribunales consideran que el fondo se encuentra unido al inmueble, perteneciendo al propietario de este último, aun cuando no lo haya explotado personalmente⁴⁹⁵.

En la práctica, numerosos comerciantes suelen desarrollar su fondo de comercio en locales alquilados. Si bien es verdad que en ocasiones son propietarios del inmueble en el que se explota el fondo, no menos cierto es que usualmente ocurre todo lo contrario⁴⁹⁶. Es sabido que en determinada clase de negocios, el derecho al alquiler es un elemento fundamental para retener la clientela. Por esta razón la legislación francesa ha articulado un régimen especial para los locales comerciales, que les permite a los comerciantes

494 DELPECH, Xavier, op. cit., pp. 67-68.

495 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 336.

496 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 287.

arrendatarios disfrutar de cierta estabilidad en el local alquilado. El mecanismo por ellos concebido le concede al locatario una renovación sucesiva de su contrato cada vez que llega a su término o, por el contrario, la posibilidad de obtener una indemnización por evicción, en la hipótesis de que el propietario se niegue a renovarlo⁴⁹⁷. Al derecho de renovación que opera en beneficio del comerciante arrendatario le denominan “propiedad comercial”, que se encuentra actualmente consignado en los artículos L. 145-1 y siguientes de su Código de Comercio⁴⁹⁸.

El régimen de la propiedad comercial es una alternativa única propia de la legislación francesa, que ha sido objeto de críticas porque constituye un factor de alza de los precios en la medida que los propietarios de inmuebles hacen pagar a sus locatarios o arrendatarios la indisponibilidad de sus inmuebles, medida que finalmente repercute sobre el consumidor final⁴⁹⁹. Es un estatuto especial relativamente reciente en el país que nos legó sus códigos, pero no cabe la menor duda que ha jugado un rol decisivo en la vida de los negocios.

Antes de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), los alquileres comerciales se regían por el derecho común previsto en el Código Civil, razón por la cual el comerciante arrendatario se encontraba desprovisto de protección cuando expiraba el contrato de arrendamiento. Por tanto, el propietario del local podía oponerse a la renovación del contrato, sin tomar en consideración el perjuicio que le ocasionaba al comerciante que había desarrollado su fondo de comercio.

497 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 276.

498 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 16.

499 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 298.

Además, nada le impedía a dicho propietario alquilar el inmueble a otro comerciante que le hiciera competencia a su inquilino anterior, el cual se beneficiaba de la clientela ya cautivada, y generalmente ofrecía pagar un arrendamiento más elevado⁵⁰⁰.

Una vez concluida la Primera Guerra Mundial, se suscitó una crisis en el mercado inmobiliario europeo, y los comerciantes arrendatarios reclamaron en Francia el derecho a la renovación de sus alquileres. En principio, esta iniciativa fue percibida como un atentado a la propiedad inmobiliaria, una sensible disminución a uno de los derechos más absolutos, limitándose el legislador de aquel entonces a consignar una “indemnización por evicción” en favor de los comerciantes arrendatarios. Fue en la ley del 30 de junio de 1926 que el legislador francés dispuso de este beneficio en provecho de los arrendamientos comerciales cuando los propietarios se negasen a renovarlos sin un motivo legítimo. En efecto, la ley antes enunciada fue objeto de numerosas modificaciones, en provecho siempre de los arrendatarios que se dedicaban a la actividad comercial⁵⁰¹.

El arrendamiento se encontraba regido por los artículos 1714 y siguientes del Código Civil, lo cual representaba un riesgo para el comerciante arrendatario, en razón de que a la expiración del contrato, el propietario del inmueble podía negarse a renovarlo. Esto constituía un perjuicio para el comerciante arrendatario, puesto que en ocasiones se encontraba en la imposibilidad de reinstalarse en un local próximo al lugar donde se encontraba ubicado su negocio. Por este motivo, el

500 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 250.

501 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 16.

derecho comercial tuvo que apartarse del derecho común en materia de arrendamiento, toda vez que la empresa requiere de cierta estabilidad⁵⁰².

En efecto, el sistema del Código Civil resultaba perjudicial para el comerciante que generalmente realizaba grandes esfuerzos personales y considerables inversiones económicas para retener su clientela. El riesgo de ser privado del inmueble, con ocasión de una brusca ruptura del contrato lo obligaba a moverse a otros lugares en los que usualmente se le dificultaba preservar su clientela y además, el arrendador le negaba la renovación del contrato de arrendamiento, para obligarlo a pagar un precio más elevado. Este desequilibrio fue corregido originalmente por una ley francesa del 30 de junio de 1926, que instituyó el derecho de renovación de los alquileres comerciales⁵⁰³.

Posteriormente, el 30 de septiembre de 1953, el gobierno francés, amparándose en una provisional delegación de poderes, dictó el Decreto No. 53-960 en el que se le reconocía expresamente al locatario el derecho de renovación de su contrato de arrendamiento⁵⁰⁴. Una vez aprobado el texto antes indicado, se han dictado numerosas leyes y decretos para ensanchar el derecho de los alquileres comerciales, destacándose de manera particular las leyes del 12 de mayo de 1961 y del 16 de julio de 1971⁵⁰⁵.

Esta disposición ha generado efectos económicos satisfactorios, en vista de que ha contribuido a incrementar el precio de los fondos de comercio cuyo valor a veces reside en el dere-

502 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 287.

503 REINHARD, Yves, op. cit., pp. 345-346.

504 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 251.

505 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 298.

cho de arrendamiento⁵⁰⁶. Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido un cambio de orientación en esta materia, en razón de que la legislación francesa se inclina por proteger el derecho de arrendamiento comercial y no en función de preservar la clientela o el fondo de comercio como ocurría anteriormente, sino más bien, con el propósito de resguardar al locatario como profesional.

De manera que el decreto del 30 de septiembre de 1953 resulta ser un texto fundamental en este sentido, y marca el inicio de la reglamentación legal de los alquileres comerciales, pues ha sido completado y modificado por diversos textos posteriores cuyas disposiciones son de orden público⁵⁰⁷. Sus cláusulas no pueden derogarse convencionalmente por las partes⁵⁰⁸, aunque se admite la posibilidad de renunciar a un derecho adquirido durante el transcurso del contrato. Oportuno es señalar que este decreto solo abarca los alquileres comerciales, excluyendo a los inquilinos que explotan una empresa civil o a los que ejercen una profesión liberal. El referido decreto prohíbe las cláusulas que limiten la cesión del arrendamiento, en caso de transferencia del fondo de comercio⁵⁰⁹.

La ley del 12 de mayo de 1965 modificó todo lo relativo a la duración de los arrendamientos, la revisión de los alquileres y la posibilidad de cambiar el destino de los locales. Asimismo, la ley del 16 de julio de 1971 sobre la desespecialización, que modificó profundamente los cam-

506 PÉDAMON, Michel, op. cit., p.251

507 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 16.

508 El artículo L. 145-45 del Código de Comercio francés dispone la nulidad de todas las cláusulas o convenciones que pretendan restringir el derecho de renovación o la duración de los alquileres comerciales.

509 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 288.

bios de afectación que podía realizar el inquilino en el mueble arrendado⁵¹⁰.

Para que sea aplicada la legislación relativa a los alquileres comerciales, el inmueble o local debe estar destinado a una explotación comercial o artesanal, y debe tratarse de un inmueble ya construido -como un local, por ejemplo-, en vista de que los predios que carecen de edificaciones o infraestructura no se encuentran sometidos al régimen de los alquileres comerciales⁵¹¹. El decreto de 1953 no rige la locación de las construcciones móviles o desmontables, en razón de que carecen de arraigo y solidez⁵¹².

Para que pueda ser amparado por las disposiciones legales antes indicadas, se requiere que el locatario sea propietario del fondo de comercio explotado en el local alquilado, y son excluidos los comerciantes que explotan fondos de otros. La explotación comercial del arrendatario puede ser realizada por él directamente o por un encargado asalariado, que la doctrina francesa denomina como "locatario gerente". Es igualmente indiferente que el locatario sea una sociedad comercial, ya que puede acogerse al estatuto de los alquileres comerciales, al igual que un comerciante individual⁵¹³.

Si el comerciante es propietario al mismo tiempo del inmueble y del fondo, debe, en caso de venta de este último, arrendar el inmueble al adquirente de dicho fondo. Claro, siempre y cuando el derecho al arrendamiento sea indispensable para la explotación del fondo, en razón de que en ocasiones, la ubicación del inmueble no es indispensable para su funciona-

510 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 287.

511 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 300.

512 REINHARD, Yves, op. cit., p. 350.

513 PÉDAMON, Michel, op. cit., pp. 256-257.

miento, e incluso, en determinados casos, resulta innecesaria la existencia de un local comercial.

En Francia, para probar la calidad de comerciante, existe un registro público donde se deben inscribir o matricular los que se dedican a dicha actividad y “para acogerse al estatuto de los alquileres comerciales debe estar inscrito en el registro de comercio y de sociedades”⁵¹⁴. Su ausencia de inscripción los priva del derecho al estatuto⁵¹⁵. La protección legal prevista para los alquileres comerciales opera tanto en beneficio del fondo de comercio como del comerciante a título particular. Es posible someterse convencionalmente al estatuto de los alquileres comerciales, aun cuando las condiciones legales no se hayan cumplido en su totalidad, decisión que acarrea serias consecuencias para ambas partes⁵¹⁶.

Como ya hemos apuntado, las reglas generales en materia de arrendamiento ordinario las encontramos desde el artículo 1713 y siguientes del actual Código Civil francés, las cuales se aplican en determinados aspectos de fondo, incluso al régimen de los alquileres comerciales, a los cuales se les considera como un verdadero acto de disposición, debido a las amplias prerrogativas que le son otorgadas al arrendatario. Tanto es así, que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, cuando están casados bajo el régimen de la comunidad, si enajenan un inmueble bajo el estatuto de los alquileres comerciales⁵¹⁷.

Sin embargo, en casos de mayores incapaces o menores de edad que se encuentran asistidos por curadores o represen-

514 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 69.

515 REINHARD, Yves, op. cit., p. 351.

516 BLARY-Clément Edith, op. cit., p. 16; DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 300.

517 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p.137.

tados por tutores, no procede la renovación de los alquileres comerciales de sus inmuebles si estos alcanzan la mayoría de edad o cesa la incapacidad antes de llegar a su término el contrato. Más claramente, el arrendatario no puede invocar un derecho a la renovación si cesa la incapacidad o minoridad al momento de expirar el contrato⁵¹⁸. Asimismo, las convenciones de ocupación precaria, como las consentidas por las autoridades públicas, se excluyen del estatuto de los alquileres comerciales⁵¹⁹.

En lo referente a las condiciones de calidad del arrendatario, examinaremos las relativas a su persona y las que conciernen a la explotación del fondo. Visto a partir del modelo francés, en el primer caso se precisa que el inquilino debe poseer la nacionalidad francesa. Cuando se trata de un extranjero, el beneficio sobre la propiedad comercial se dirime de conformidad con las convenciones internacionales suscritas entre Francia y el Estado al cual pertenece el extranjero⁵²⁰.

Según el artículo L. 145-1 del vigente Código de Comercio francés, se debe cumplir con algunos requisitos, entre ellos, que el titular del fondo sea comerciante o industrial debidamente asentado en el registro de comercio, propietario de una empresa inscrita en el repertorio de oficios. De esta forma, el comerciante disfruta del derecho a la renovación del alquiler del local en que explota su fondo, así como de los locales accesorios. Los derechohabientes del locatario gozan de la protección comercial cuando su autor pueda pretenderla reuniendo las condiciones legales⁵²¹.

518 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 291.

519 PIEDELIÈVRE, Stéphane, op. cit., p. 212.

520 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 330.

521 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 292.

En lo referente a la explotación del fondo por el arrendatario, el artículo L. 145-8 del actual Código de Comercio francés dispone que el mismo debe haberlo explotado por un tiempo mayor de tres años. Dicha explotación debe ser personal, realizada en su nombre y por su cuenta, sin excluir que debe ser continua, excepto cuando se presenten motivos legítimos para la no-explotación, como resultado de una enfermedad, accidente o de la llamada bajo banderas, de una sublocación consentida por el propietario o de una entrega en gerencia⁵²².

El arrendatario o locatario debe tener una clientela personal, en ausencia de la cual los tribunales no le reconocerán derecho a la renovación del contrato, y lo mismo sucede si la clientela está ligada al propietario del local en el que se efectúa la explotación comercial del fondo⁵²³. Las cláusulas resolutorias que inserta el propietario para protegerse de la ausencia de pago del arrendatario son lícitas, aunque sus efectos son atenuados en determinados supuestos, como el previsto por el artículo L. 145-42 del Código de Comercio. Se trata específicamente de la denominada desespecialización, que examinaremos más adelante.

El legislador ha tenido una participación recurrente en este proceso, debido a que el comerciante locatario no puede perder una clientela por el hecho de haber sido privado de los locales donde explota su fondo, como resultado de la negativa a la renovación del alquiler por parte del locador. Bajo estas premisas, el locador no puede fijar a su antojo la duración del alquiler y, en caso de pedido de renovación,

522 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 330; DECOCQ, Georges, op. cit., p. 296.

523 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 304.

condición para el mantenimiento de la locación, está sujeto a una reglamentación precisa. Este pedido constituye finalmente la parte preliminar de un procedimiento que bien podría culminar en la fijación de una indemnización por evicción, en provecho del locatario desposeído, al vencimiento del alquiler.

En Francia se excluyen del estatuto de los alquileres comerciales los arrendamientos enfitéuticos y los de corta duración⁵²⁴. En aquellos contratos que son a largo plazo, el locatario tiene la posibilidad de finalizar el alquiler al cumplirse cada período trienal. Es decir, para el locatario existe un alquiler denominado de 3, de 6 y de 9 años, pudiendo terminarlo cada tres años. Mientras que respecto al propietario, la duración será siempre de 9 años⁵²⁵. A partir de la derogación de las disposiciones del decreto del 30 de septiembre de 1953, el legislador autoriza a las partes para establecer un alquiler por un tiempo de dos años, siendo este el de un período a corto plazo, pero esto solo se presenta cuando el arrendatario entra por primera vez en el local⁵²⁶. Al término del mismo, el locatario permanece en el lugar por tácita reconducción, sin que se establezca un plazo determinado, o puede obtener un nuevo contrato de arrendamiento, en cuyo caso sería necesariamente de 9 años, por lo menos⁵²⁷.

Cuando el alquiler comercial expira, se requiere que el locatario le notifique un preaviso al propietario, puesto que ya señalamos que el locatario se encuentra unido por un contrato de alquiler que puede durar 3, 6 o 9 años. El

524 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 16.

525 Código de Comercio francés, artículo L. 145-4.

526 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 289; Código de Comercio francés, artículo L. 145-5.

527 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 331; DECOCQ, Georges, op. cit., pp. 289-290.

locatario debe dar preaviso al propietario a través de un acto extrajudicial o carta certificada con acuse de recibo, a partir de los seis meses precedentes a la expiración de un período trienal. Cuando el alquiler se desarrolla de forma verbal, el preaviso puede ser remitido en cualquier momento y en la misma forma. Cuando es al propietario que le corresponde dar el preaviso al locatario, debe hacerlo seis meses antes de finalizar los nueve primeros años o de expirar el período siguiente, mediante acto extrajudicial. En ausencia de un preaviso o la firma de un nuevo contrato de 9 años, el alquiler se prorroga por un período indeterminado⁵²⁸. El artículo 6 del decreto del 30 de septiembre de 1953, dispone que dentro de los seis meses precedentes a la expiración del contrato de alquiler o, en cualquier momento durante la reconducción, el locatario puede oponerse al preaviso dado por el propietario, el cual debe serle notificado a este último por acto extrajudicial⁵²⁹.

En el momento de la recepción del pedido de renovación notificado por el locatario, el propietario cuenta con un plazo de tres meses para realizar las observaciones que considere de lugar⁵³⁰. El artículo 32 del decreto de 30 de

528 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 260.

529 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 332.

530 Esta recepción le permite tres soluciones distintas, a saber: 1) El propietario acepta la renovación del alquiler precedente. Para dar a conocer su decisión al locatario, puede tomar dos actitudes. Se abstiene de responder al pedido del locatario, y su silencio vale por aceptación. Así lo estipula el artículo 6 in fine del decreto de 30 de septiembre de 1953, modificado por la ley del 31 de diciembre de 1953: "a falta de haber dado a conocer sus intenciones dentro de los tres meses de la notificación del pedido, se considera que el locador ha aceptado el principio de la renovación del alquiler precedente". No hay, pues, reconducción verdadera sino renovación por un nuevo período de 9 años. Presta su conformidad expresa al locatario: Lo hace en la forma que le convenga. Las partes redactan un contrato que, a menudo, es una reproducción del anterior, con excepción del

septiembre de 1953 (modificado por el Decreto No. 66-12, del 3 de enero de 1966), establece que es competente el tribunal de primera instancia de la jurisdicción donde se encuentra el inmueble en el que se explota el fondo. Entonces, siendo usualmente el locatario la parte más interesada, debe acudir a dicho tribunal. Cualquiera de los litigantes puede, en un período de tres meses, dirigirse al juez presidente de primera instancia, para que autorice un peritaje. Una vez presentado el informe del perito, se adhiere al procedimiento diligenciado ante el tribunal⁵³¹.

El tribunal de comercio no está supuesto a conocer de estas diferencias, por dos motivos. Por un lado se encuentra el alquiler, que no es un acto de comercio, mucho menos para el comerciante, sino que más bien concierne a la propiedad inmobiliaria respecto de la cual tienen competencia general de atribución los tribunales civiles⁵³². Por otra parte, el procedimiento conocido como “renovación del alquiler” es diligenciado por el locatario, con vistas a obtener una indemnización por evicción del local. El locador no puede ser constreñido a que se renueve

precio del alquiler, el cual es objeto de revisión; 2) El propietario acepta la renovación del alquiler, supeditándola a nuevas condiciones. Por ejemplo, exige un nuevo precio de locación, lo cual es la hipótesis más frecuente. Una vez de acuerdo el locatario, no hay más que hablar. El nuevo contrato hace mención del nuevo alquiler. El locatario no acepta las condiciones del propietario y no se encuentra ninguna vía de arreglo: se **inicia** el procedimiento judicial en revisión del alquiler; 3) El propietario rehúsa la renovación del alquiler. Dentro de los tres meses de la notificación del pedido de renovación y en la misma forma, es decir, por acta extrajudicial, “debe hacer saber al demandante si rehúsa la renovación, especificando los motivos de la negativa”. Habiendo motivos legítimos, estrictamente determinados por la ley, no estará obligado a pagar al locatario una indemnización de evicción. De todas maneras, ante la notificación de la negativa a aceptar la demanda, se inicia el procedimiento judicial llamado de renovación del alquiler. GUYÉNOT, Jean, op. cit., pp. 332-333.

531 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 333.

532 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 374.

el alquiler por el tribunal competente, como no podría constreñir a un empleador a que readmita al empleado despedido, aun si lo hubiese sido de forma abusiva⁵³³.

- 533 Ante la negativa a la renovación del alquiler, notificada al locatario por el locador, el tribunal valora los motivos alegados; entonces, el fallo que se dicte puede corresponder a una de las hipótesis siguientes: 1ero. La negativa a la renovación es considerada ilegítima: 1) Sanción. En primer lugar, el fallo debe hacer justicia al propietario, en su demanda de negativa de renovación para recuperar sus locales, conforme al artículo 8 del decreto, el cual dispone que “el locador puede rehusar la renovación del alquiler”. Pero deberá pagar una indemnización por evicción al locatario aunque, hablando con propiedad, no haya habido evicción: el locatario carece de derecho, puesto que el contrato ha terminado. Es lo que establece el artículo 8: “No obstante, el locador deberá pagar al locatario desalojado una indemnización llamada de evicción, igual al perjuicio causado por la falta de renovación”; 2) Cálculo del importe de la indemnización llamada de evicción. El tribunal debe calcular el importe de la indemnización conforme al artículo 8, párrafo 2, a manera de reparar todo el perjuicio sufrido por el comerciante. La indemnización debe, pues, comprender el valor comercial del fondo de comercio, determinado generalmente por peritaje. Además, si corresponde, debe ser aumentada con los gastos normales de mudanza y de reinstalación, así como con los gastos y derechos de traspaso que haya que pagar por un fondo de igual valor; 3) Garantía del pago de la indemnización. Hasta que se efectúe el pago, tiene derecho a permanecer en el local mediante una indemnización de ocupación, puesto que el contrato ha terminado. La indemnización no corresponde, necesariamente, al precio del alquiler y será fijada por el Presidente del tribunal, quien tendrá en cuenta todos los elementos de la causa. Igualmente, podrá nombrarse un depositario de la indemnización, por cuyo intermedio se pagará al locatario la indemnización por evicción, contra entrega de las llaves. En caso de demora en la entrega de las llaves, imputable al locatario, se ordenará un descuento sobre la indemnización del 1 % por día de retraso; 4) Derecho de arrepentimiento. En razón de la carga que representa el pago del importe de la indemnización por evicción, la ley permite al propietario echarse atrás en su negativa a la renovación, usando de “un derecho de arrepentimiento”. El artículo 32 del decreto lo admite con dos condiciones. Por una parte, el propietario debe ejercerlo dentro de la quincena a contar desde el día en que la decisión se hizo definitiva, si se trata del fallo, o desde el día de la resolución, si hubo apelación, y por otra, el locatario debe encontrarse todavía en el local. El propietario arrepentido debe, entonces, soportar los gastos de la instancia y consentir, evidentemente, la renovación del alquiler. 2do. La negativa a la renovación se considera legítima: ha sido justificada por el ejercicio de un derecho de recuperación de los locales por parte del propietario. En los casos estrictamente determinados por el legislador, el derecho de recuperación unas veces se ejerce sin pago de indemnización al locatario desalojado, otras, con pago de indemnización al locatario desalojado y otras con pago de una indemnización reducida. 1) Recuperación sin indemnización por evicción. Se produce en dos casos, a saber. Primer caso: rescisión del alquiler. Se dicta judicial-

En relación a la negativa de renovación del contrato por parte del propietario, según lo establecido por la ley del 30 de junio de 1926, la indemnización por evicción “debe compensar

mente, por motivos graves y legítimos. Así ocurre, en principio, como consecuencia de la inejecución de sus obligaciones principales por parte del locatario; por ejemplo, falta de pago de los alquileres, uso abusivo. También puede ocurrir si hubo comportamiento injurioso del locatario respecto del propietario o por falta de explotación del fondo sin motivo serio e imperativo.

En cambio, ni el arreglo judicial ni la quiebra personal del comerciante locatario, y ni siquiera la disolución de la sociedad locataria del fondo, traen aparejada *ipso facto* la rescisión del alquiler. El derecho al alquiler, elemento esencial del fondo, se mantiene en interés de los acreedores del comerciante. Toda cláusula en contrario, estipulada en un contrato de alquiler, es nula. Segundo caso: recuperación de vivienda. Solo puede producirse respecto de los locales de vivienda anexos a los locales comerciales y con una doble condición. Por un lado, la recuperación no puede ejercitarse sino para que habiten el locador, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes y los de su cónyuge, cuando careciesen de un alojamiento adecuado a sus necesidades normales. Por otro lado, la privación del uso de los locales anexos no debe significar grave perturbación para la explotación del fondo. En caso de recuperación, el beneficiario ha de ocupar el local dentro de los seis meses de la marcha del locatario y durante un plazo de seis años, salvo fuerza mayor, so pena de ser condenado por el perjuicio causado al locatario desalojado de los locales anexos a su fondo;

2) Recuperación con indemnización, por evicción reducida. El derecho a la recuperación de los locales por parte del propietario se combina con un derecho de prioridad otorgado al comerciante locatario para volver a ocupar los nuevos locales que reemplazan a los situados en un inmueble demolido y reconstruido. Es preciso que el inmueble donde se hallan dichos locales alquilados esté comprendido en uno u otro de los dos casos siguientes: - Primer caso: locales alquilados que se hallen en un inmueble considerado insalubre o peligroso. Ante la declaración de insalubridad dictada por autoridad administrativa, el comerciante locatario tiene, *ipso facto*, un derecho de prioridad para volver a alquilar locales comerciales en el inmueble o en el “conjunto” reconstruido, a condición de que haga saber su intención mediante acta extrajudicial, dentro de los tres meses siguientes a su marcha. Al recibir el pedido, el propietario debe notificar su consentimiento a la locación en los futuros locales, so pena de ser condenado al pago de una indemnización destinada a reparar el daño causado a su antiguo locatario, no como consecuencia de su marcha, sino por falta de reinstalación en los locales reconstruidos; -Segundo caso: locales situados en un inmueble destinado a ser refaccionado o sobrealzado. No existiendo declaración de insalubridad, la renovación del alquiler pedida por el locatario puede ser diferida por un plazo de tres años, justificando trabajos a efectuarse en el inmueble. Al término de dicho plazo, el locatario que no obtenga la renovación del alquiler en los locales refaccionados, tendrá derecho a una indemnización igual al perjuicio sufrido, sin que su monto pueda exceder de tres años de alquileres vencidos. Ver: GUYÉNOT, Jean, op. cit., pp. 334- 336.

la pérdida de la clientela y los gastos que le causa la reinstalación en un local de difícil acceso. Normalmente, y así lo ha añadido el decreto del 30 de septiembre de 1953, esta indemnización debe ser igual al valor de los elementos incorporeales del fondo (clientela, nombre comercial –entre otros–). El pago de esta indemnización solo puede ser obviada si el propietario alega motivos legítimos, tales como: a) Falta de pago del inquilino, b) Necesidad de habitar el local personalmente por uno de sus parientes, y; c) Que el local haya sido declarado en ruina⁵³⁴.

El propietario debe avisar al arrendatario su intención de no renovar el contrato mediante acto de alguacil, seis meses previos a la finalización del mismo. En caso contrario, se renueva el contrato por tácita reconducción. El arrendamiento anterior que había sido convenido por un período determinado, se sustituye por otro de duración indefinida⁵³⁵.

Al finalizar el contrato de arrendamiento, el arrendador dispone de tres opciones: 1) Si está de acuerdo con la renovación del contrato, se suscribe un nuevo acuerdo que sustituye al anterior y cuya duración debe ser de por lo menos nueve años⁵³⁶. Hasta tanto no se suscriba un acuerdo, el inquilino puede permanecer en el inmueble en las mismas condiciones previstas en el contrato inicial, el cual se reconduce tácitamente cada año. El arrendamiento renovado debe, en principio, responder al mismo régimen que el arrendamiento inicial. Las partes pueden modificar algunas cláusulas del primer contrato y el alquiler puede ser revisado y aumentado. Los jueces del fondo poseen un poder soberano de apreciación para determinar el

534 TAVERAS, José Luis. op. cit., p. 95.

535 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 278.

536 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., pp. 279-280.

valor locativo, adoptando el mecanismo de cálculo que le resulte más adecuado⁵³⁷; 2) Puede ocurrir que el arrendador desee renovar el contrato requiriendo nuevas condiciones con las que el inquilino no está de acuerdo. Este último puede apoderar al juez de primera instancia, para que resuelva la contestación; y, 3) El arrendador puede negarse a renovar el contrato, en cuyo caso deberá pagar una indemnización por evicción al inquilino. Le corresponderá al juzgado de primera instancia determinar el monto. El legislador ha fijado esta indemnización en razón de que el rechazo a la renovación supone la desaparición total del fondo de comercio o una amputación de sus actividades; en consecuencia, hay que indemnizar al inquilino para que este pueda instalar un fondo equivalente. La doctrina francesa la denomina como “indemnización de reemplazo”⁵³⁸.

Cuando el monto de la indemnización es muy elevado, el arrendador puede revocar su decisión y arrepentirse dentro de los quince días de haberse dictado la decisión judicial, y pagar los gastos de la instancia. Se trata de una decisión irrevocable, que puede ser adoptada solo una vez⁵³⁹. La indemnización debe ser igual al perjuicio sufrido por el locatario, por el hecho de no haberse renovado el contrato⁵⁴⁰. En la práctica, el juez solicita los libros de comercio y las declaraciones fiscales del propietario del fondo, para poder así calcular la indemnización. También toma en consideración los usos de la profesión, los gastos de reinstalación, los derechos de mutación, entre otros factores⁵⁴¹.

537 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 304.

538 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., pp. 280-284.

539 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 305.

540 Código de Comercio francés, artículo L. 145-14.

541 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 305.

Las condiciones relativas a la naturaleza de los alquileres dispone en su campo de aplicación que el artículo primero del decreto de 30 de septiembre de 1953 contempla que sus disposiciones se aplican cuando los alquileres conciernen: 1) A los inmuebles o locales de uso comercial o industrial en los cuales se explota un fondo de comercio; 2) A los inmuebles o locales accesorios de los lugares de explotación principal del fondo cuando, por su naturaleza, esa explotación se ve comprometida por la privación; 3) A los terrenos baldíos sobre los cuales se han edificado construcciones de uso comercial o industrial, con la conformidad expresa del propietario; 4) A los inmuebles o locales donde se alojan establecimientos de enseñanza; 5) A los inmuebles o locales afectados a servicios públicos estancados, ya sea en el momento de la locación, ya sea ulteriormente, con el consentimiento del propietario, y; 6) A los inmuebles o locales principales o accesorios, necesarios para la prosecución de la actividad de las empresas e instituciones públicas de carácter industrial o comercial⁵⁴².

La clientela que se encuentra vinculada al fondo no será considerada objeto de desposesión por privación del disfrute del local. Por tal motivo, es importante determinar si el arrendatario explota una clientela autónoma. Dicha explotación debe ser entendida en el sentido jurídico del término y no en sentido material⁵⁴³. De manera que el derecho al alquiler, que es un derecho a la renovación permanente, se ha convertido de esta forma en el elemento más importante del fondo para un gran número de comercios, ya que el mismo resulta fundamental

542 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., pp. 371-372; GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 329.

543 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 294.

para cautivar y retener la clientela. Este derecho puede ser objeto de cesión o sublocación por parte de su titular.

Las partes tienen plena libertad para fijar el monto del alquiler. Pueden convenir cláusulas de escala móvil, las cuales son válidas a condición de que sean conforme al derecho común de la indexación, o sea, que hagan referencia al precio de bienes, productos o servicios que tengan relación directa con el objeto de la convención o actividad de uno de los contratantes⁵⁴⁴. Ahora bien, debido a la limitación que supone esta clase de contratos para el derecho de propiedad, algunos autores afirman que los alquileres comerciales generan efectos bastante graves para el propietario del inmueble⁵⁴⁵.

Generalmente, el arrendador exige al locatario una suma global bastante elevada, que se denomina en francés *pas de porte*, cuyo significado sería equivalente a “traspaso”, y debe pagarse antes del inquilino entrar en posesión del inmueble alquilado. En materia comercial se admite esta práctica, contrario a lo que acontece con el alquiler de vivienda⁵⁴⁶.

Se discute la naturaleza jurídica de este monto que paga el inquilino. Algunos lo consideran como un suplemento del precio de alquiler y otros como una prestación que se recibe, en virtud de la contrapartida del desmembramiento que le inflige a su propiedad el arrendador. Según la Corte de Casación francesa, las dos calificaciones son posibles, correspondiéndoles a los jueces de fondo apreciar este asunto interpretando la voluntad de las partes⁵⁴⁷. Se trata de una práctica que tiende a desaparecer

544 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 261.

545 RODIÈRE, Réne et HOUIN, Roger, op. cit., p. 235.

546 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p.88; DECOCQ, Georges, op. cit., p. 297.

547 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 261; HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 268.

en los grandes centros comerciales, debido al fuerte aumento del precio de los arrendamientos⁵⁴⁸.

Para la revisión de los alquileres comerciales se toma en consideración los riesgos de la depreciación monetaria, la inflación y otras variables económicas, con el propósito de buscar un equilibrio entre los intereses del locador y el locatario. El decreto de 1953, en sus artículos 23 y siguientes, ofrece una serie de pautas o criterios en este sentido. Para estos fines, se toma en cuenta: a) Las características del local; b) Las obligaciones de las partes; c) Los factores locales de comercialidad; d) El uso del local, y; e) Los precios de acuerdo al vecindario en que se encuentre el inmueble. Le corresponde al juez de los alquileres comerciales revisar los contratos de arrendamiento, de conformidad con un procedimiento particular⁵⁴⁹.

Mientras que la revisión de los alquileres comerciales puede solicitarse cada tres años, por cualquiera de las partes, la misma no opera de manera automática, y debe solicitarse mediante acto de alguacil o carta con acuse de recibo⁵⁵⁰. Es usualmente el arrendador quien demanda el alza del precio de alquiler, y deben tomarse en cuenta dos factores: a) La evaluación del valor locativo, y; b) La regla del límite, según la cual la revisión cada tres años no puede exceder el índice trimestral del costo de la construcción que interviene después de la última fijación amigable o judicial del alquiler⁵⁵¹.

Esta última regla del límite o techo (*plafonnement*) al precio de los arrendamientos se encontraba originalmente regulada en Francia por un decreto de 1972, abrogado por una ley del 5

548 REINHARD, Yves, op. cit., p. 354.

549 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 340.

550 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 22.

551 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 263.

de enero de 1988, que modificó el cálculo de los alquileres renovados al tomar en consideración la variación correspondiente al índice trimestral del costo de la construcción⁵⁵². Sobre este aspecto se planteó la inconstitucionalidad del artículo L.145-34 del Código de Comercio, por vulnerar la libertad contractual y libre competencia, así como el derecho de propiedad. Sin embargo, la Corte de Casación rehusó transferir el asunto al Consejo Constitucional, por carecer de la suficiente seriedad⁵⁵³.

Le corresponde al juez adaptar la cláusula al valor locativo, y tan pronto se opera la revisión, recomienza a aplicarse el nuevo importe al contrato de alquiler revisado. En determinados casos se conviene fijar el monto del alquiler, en función de las operaciones que realiza el locatario. Este tipo de cláusulas se estipula con frecuencia en los contratos de alquiler de *boutiques* o negocios ubicados en plazas comerciales. Según el artículo 28 del decreto de 30 de septiembre de 1953, estas cláusulas técnicamente pueden ser asimiladas como de indemnización sobre cifras de negocio⁵⁵⁴.

Por lo regular, en los contratos de alquileres comerciales, es preciso indicar el tipo de comercio o industria que va a funcionar en el local alquilado. Hasta hace poco, el arrendatario estaba obligado a respetar de manera estricta lo establecido en el contrato, en razón del derecho común. Sin embargo, la evolución de la competencia y la economía moderna obligan al comerciante a readaptarse para no sucumbir, y es precisamente para favorecer estas adaptaciones que el legislador ha instituido dos formas de “desespecialización”: la parcial y la plena⁵⁵⁵.

552 REINHARD, Yves, op. cit., p. 356.

553 PIEDELIÈVRE, Stéphane, op. cit., pp. 223-224.

554 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 264.

555 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 301.

La desespecialización parcial le permite al locatario agregar, en el local alquilado, una actividad complementaria al negocio previsto en el contrato⁵⁵⁶. Por ejemplo, cuando en una librería, además de los libros, se tiene para la venta de discos clásicos. En un negocio de electricidad se venden radios, etc. Para esto se le debe notificar al propietario la intención de la nueva actividad que se propone ejercer. El propietario dispone de un plazo de dos meses para contestar el carácter conexo o complementario de las actividades de su inquilino. Su silencio vale aceptación, y en caso de desacuerdo, le corresponde al tribunal de primera instancia solucionar el problema⁵⁵⁷.

Algunos la denominan simplemente como desespecialización simple, que no es otra cosa que agregar “actividades conexas o complementarias” a las ya existentes y les corresponde a los jueces de fondo apreciar este carácter conexo o complementario, no pudiendo el arrendador oponerse preventivamente, al momento de suscribir el contrato ni posteriormente, de manera injustificada⁵⁵⁸. Este sistema no funciona bien, en vista de que el arrendador tiende sistemáticamente a discutir el carácter conexo o complementario de la actividad⁵⁵⁹.

Sobre la desespecialización plena, el locatario tiene la posibilidad de ejercer en el lugar alquilado actividades completamente nuevas, no previstas en el contrato de arrendamiento y que sustituyen las que fueron establecidas originalmente⁵⁶⁰. En este caso, las condiciones son más estrictas, pues el locatario debe notificar al propietario una solicitud de autorización e

556 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 20.

557 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 266.

558 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 310.

559 REINHARD, Yves, op. cit., p. 357.

560 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 263.

informar al mismo tiempo a los acreedores inscritos del fondo de comercio, es decir, a los titulares de una garantía o privilegio, para que tomen las medidas necesarias para proteger sus intereses. El propietario dispone de un plazo de tres meses para responder, y su silencio vale aceptación. Si se presentara algún desacuerdo, el asunto pasa al tribunal de primera instancia, revisando este último si la solicitud del locatario es compatible con las características del inmueble. De otorgársele la autorización, se fija libremente el monto del alquiler, sin preocuparse por la regla del límite. Con el cambio de actividad, el locatario puede ser obligado a entregar una indemnización por el perjuicio sufrido por el arrendador⁵⁶¹.

La doctrina también le denomina desespecialización reforzada, y es una medida excepcional, destinada a evitar las consecuencias catastróficas que el inmovilismo puede comportar en períodos de cambios económicos. Los tribunales se guían por la coyuntura económica, al momento de apreciar su procedencia⁵⁶².

En lo relativo a la cesión del alquiler, el propietario no puede oponerse, en virtud de que son nulas las cláusulas que prohíban la cesión del alquiler. La cesión del arrendamiento es posible, y debe ser notificada al arrendador, conforme al artículo 1690 del Código Civil, a menos que este último la haya aceptado en un acto auténtico⁵⁶³. Es un elemento indisoluble del régimen jurídico del fondo de comercio: la cesión del arrendamiento es el soporte indispensable de la cesión del fondo, y en los negocios que se dedican a la venta al detalle, es el elemento principal que vincula a la clientela⁵⁶⁴.

561 PÉDAMON, Michel, op. cit. pp. 267-268.

562 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 311.

563 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 370.

564 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 312.

La cesión del arrendamiento es el contrato en virtud del cual el locatario principal cede sus derechos a otro locatario, al que se le denomina cesionario. Es acompañada generalmente de una cesión de clientela y se realiza como consecuencia de la venta de un fondo de comercio. A veces se consigna una cláusula para prohibirla, pero en ningún caso puede poner en riesgo la posibilidad para el arrendatario de ceder su fondo⁵⁶⁵.

El contrato de alquiler es *intuitu personae*, o sea, se efectúa en consideración a la persona del locatario, debido a que el propietario enajena su inmueble sobre la base de la solvencia moral y económica de este último⁵⁶⁶. El locatario se convierte de esta forma en deudor del locador, tanto por el precio del alquiler como de todas las demás obligaciones puestas a su cargo, como por ejemplo, usar el local como un buen padre de familia, efectuar las reparaciones que sean necesarias para la preservación del inmueble alquilado, entre otras.

Cuando el propietario de un fondo es, al mismo tiempo, dueño del inmueble en el que se efectúa la explotación, puede vender tanto uno como otro, pero respetando las legislaciones apropiadas. Si él cede el fondo conservando el inmueble, estará obligado a consentir un arrendamiento que se registrará por el estatuto de los alquileres comerciales. Por otra parte, cuando el fondo es explotado en un inmueble que pertenece a una comunidad legal de bienes, el cónyuge que quiera vender el fondo después del divorcio o muerte de su consorte podrá: a) Demandar la atribución preferencial del fondo en la partición; b) Consignar en la partición judicial que el adquirente del inmueble esté

565 REINHARD, Yves, op. cit., p. 358.

566 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 337; HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 274.

obligado a consentirle un arrendamiento al adquirente del fondo de comercio. Cuando el fondo constituya un patrimonio de la comunidad y se encuentre en un inmueble propio de uno de los esposos, quien explota el fondo no puede exigirle al otro que le consienta un arrendamiento, luego de haberse disuelto la comunidad. En cambio, si el fondo de comercio es propio y se explota en un inmueble de la comunidad, el propietario del fondo puede demandar: a) La atribución preferencial del inmueble por su valor, tal como se había establecido en el arrendamiento, y; b) El derecho a un arrendamiento mediante un *pas de porte* que se corresponda con la depreciación del inmueble⁵⁶⁷.

El artículo 21 del decreto del 30 de septiembre de 1953 dispone que “salvo estipulación en contrario hecha en el contrato de alquiler o salvo acuerdo del locador, se prohíbe toda sublocación, total o parcial”⁵⁶⁸. De esta forma queda claro que el locatario comerciante no puede subalquilar los locales donde explota su fondo, sin que el locador lo autorice. Dicha autorización puede ser expresada en el contrato de forma genérica, o bien en el momento en que tenga efecto la sublocación. Pero se trata de

567 DELPECH, Xavier, op. cit., pp. 68-69.

568 En esa misma línea se pronuncia el artículo L. 145-31 del actual Código de Comercio francés, cuando establece: “Salvo estipulación en contrario en el contrato de arrendamiento o salvo acuerdo del arrendador, estará prohibido todo subarriendo, total o parcial. En caso de subarriendo autorizado, el propietario será citado a acudir a la firma del contrato. Cuando el precio del subarriendo sea superior al precio del alquiler principal, el propietario tendrá la facultad de exigir un aumento proporcional sobre el precio del alquiler principal, aumento que, si no hubiera acuerdo entre las partes, se determinará según un procedimiento fijado por decreto adoptado en *Conseil d’Etat*, en aplicación de las disposiciones del artículo L. 145-56. El arrendatario deberá dar a conocer al propietario su intención de subarrendar por documento extrajudicial o por carta certificada con acuse de recibo. Dentro de los quince días siguientes a la recepción de este aviso o notificación, el propietario deberá dar a conocer si prevé acudir a la firma del contrato. Si, a pesar de la autorización prevista en el primer apartado, el arrendador se negara o si no respondiera, se hará caso omiso de él”.

una prohibición propia del derecho común, que ha sido atenuada por la jurisprudencia francesa, la cual ha sentado el precedente de que nunca debe ser abusiva la negativa del locador y puede perfectamente consentirse la sublocación, incluso en ausencia del consentimiento del propietario o locador, si este opone razones injustificadas que podrían ser calificadas como abusivas⁵⁶⁹.

La sublocación es un arrendamiento limitado a una porción del local alquilado, y en principio se encuentra prohibida, salvo autorización del arrendador, porque podría convertirse en fuente de provecho injustificado, y cuando el precio de la sublocación es superior al de la locación principal, puede el propietario exigir un incremento⁵⁷⁰. Son contadas las ocasiones en las que el propietario autoriza al arrendatario o locatario a subalquilar el inmueble. El propietario debe concurrir al acto de sublocación para manifestar su consentimiento, el cual no puede ser suplido por una decisión judicial. De manera que, cuando el propietario otorga su consentimiento en presencia del sublocatario, este último puede solicitarle directamente la renovación del contrato⁵⁷¹.

Es de vital importancia que el locatario informe al propietario mediante acto extrajudicial, o a través de una carta certificada con acuse de recibo, su deseo de subalquilar⁵⁷². En este caso, habiendo recibido el propietario la notificación del locatario, debe procurar responderle en un lapso de 15 días, si tiene intenciones de concurrir al acto. En el caso de que se presente una sublocación autorizada por el contrato o judicialmente, queda a voluntad del locador contestar. Sin

569 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 269.

570 REINHARD, Yves, op. cit., p. 359.

571 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 274.

572 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 339.

embargo, si el alquiler de la sublocación es superior al precio de la locación principal, el propietario puede solicitar un aumento al precio del local.

Sobre el derecho del sublocatario a la renovación de su alquiler, el artículo 22 del decreto del 30 de septiembre de 1953 expresa que este puede solicitar la renovación al locatario principal, en la medida de los derechos que este último ha recibido del propietario. Ahora bien, es preciso resaltar que al vencimiento del contrato principal de alquiler, el locador estará obligado a renovarlo, si previamente así lo había consentido, expresa o tácitamente, o si, por el contrario, una resolución judicial dictada al efecto lo obliga a dicha renovación. En cualquier caso, las condiciones del alquiler pueden ser modificadas⁵⁷³.

Por su parte, el artículo 23 del referido decreto dispone cinco criterios que se le imponen a los jueces y a los expertos para revisar el precio del alquiler: las características del local, ubicación, obligaciones respectivas de las partes, factores de comercialidad y los precios que se cobran en el vecindario⁵⁷⁴. En definitiva, el decreto del 30 de septiembre de 1953 consagra diversos mecanismos y fórmulas para solucionar las diferencias que pueden suscitarse entre propietarios, inquilinos y subinquilinos de locales comerciales. De alguna manera, interpretamos que el legislador francés hace un intento por buscar un equilibrio entre el derecho de propiedad y el de la libre empresa, tratando de alcanzar un justo medio en el que ambos sean igualmente protegidos. Se trata, sin lugar a dudas, de un esfuerzo loable para conciliar dos derechos fundamentales de las democracias modernas.

573 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 27.

574 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 262.

Existe la tendencia de insertar cláusulas de rescisión de pleno derecho en los contratos de arrendamiento de locales comerciales, las cuales tienen como finalidad ponerle fin al contrato, luego de transcurrido un plazo determinado. Generalmente se acuerdan con ocasión de la falta de pago por parte del arrendatario. El artículo 25 del decreto acepta su validez, a condición de que surtan efecto luego de haber transcurrido un mes de habersele notificado al inquilino por falta de pago⁵⁷⁵.

Las cláusulas resolutorias se interpretan restrictivamente y algunos autores las critican, porque sostienen que despojan al juez de una parte de su oficio, que es verificar las condiciones particulares de cada caso⁵⁷⁶. Además, deben ser invocadas conforme a las exigencias de la buena fe, puesto que de lo contrario, si se estima que han sido invocadas de mala fe, la jurisprudencia francesa considera que pueden ser inaplicadas.

Si a la expiración del plazo antes indicado se mantiene el incumplimiento de la obligación, el juez puede pronunciar la rescisión, luego de haber constatado la existencia de dicha cláusula en el contrato. El arrendatario puede solicitar plazos de pago, de conformidad con lo establecido por el artículo 1244 del Código Civil francés⁵⁷⁷. Se trata de una particularidad en esta materia y, en la eventualidad de que estos plazos sean concedidos, los efectos de la cláusula resolutoria se suspenden⁵⁷⁸.

También se suelen insertar en los contratos de arrendamiento cláusulas de rescisión, en la eventualidad de que el arrendatario deje de explotar el fondo o si se encuentra en estado de quiebra. En el primer caso son válidas dichas cláusulas.

575 REINHARD, Yves, op. cit., p. 360.

576 HOUTCIEFF, Dimitri, op.cit., p. 233.

577 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 276.

578 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 299.

Aunque cesan de producir efecto si se está operando una desespecialización del fondo, el arrendatario dispone de un plazo de seis meses, contados a partir de la autorización del arrendador o de la autorización judicial para efectuarla; en el segundo, o sea, las cláusulas que establecen la resiliación por causa de quiebra comercial, el artículo 36 del decreto de 1953 las reputa como no escritas. Esta disposición ha sido reproducida por las leyes francesas de 13 de julio de 1967 y 25 de enero de 1985⁵⁷⁹.

Como bien apunta un sector de la doctrina francesa, el estatuto de los alquileres comerciales es extremadamente favorable para los comerciantes arrendatarios, su complejidad es excesiva y además impide la evolución de las estructuras comerciales, en razón de que protege más al comerciante que al consumidor⁵⁸⁰. Otros entienden que plantea delicados aspectos de constitucionalidad que podrían vulnerar el derecho de propiedad, libre empresa, entre otros⁵⁸¹. Por último, hay quienes señalan que este estatuto no se adapta a las necesidades del comercio en la actualidad, por ser demasiado rígido⁵⁸². En lo sucesivo, vamos a estudiar la *locación gerencia*, figura ingeniosa concebida por el legislador francés para facilitar el traspaso con fines de explotación de ese mueble incorporal que se denomina fondo de comercio.

La locación gerencia

La *locación gerencia* o *gerencia libre* es definida como “todo contrato o convención por el cual el propietario explotador de un fondo de comercio o de un establecimiento artesanal lo concede

579 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., pp. 315-316.

580 REINHARD, Yves, op. cit., p. 363.

581 PIEDELIÈVRE, Stéphane, op. cit., p. 205.

582 HOUTCIEFF, Dimitri, op. cit., p. 213.

total o parcialmente a un gerente que lo explota a sus riesgos y peligros⁵⁸³. Asimismo, la locación gerencia es entendida como un contrato en virtud del cual la persona que explota un fondo (generalmente, el arrendador) alquila la totalidad o una parte de su fondo a otro (el locatario gerente), quien lo explota por su cuenta, disponiendo de la totalidad de los beneficios y soportando los riesgos del negocio mediante el pago de un alquiler⁵⁸⁴.

En vista de que el sistema jurídico francés permite vender o dar en garantía un fondo de comercio, es lógico que también el mismo pueda ser objeto de una locación. Es decir, en lugar de explotar por sí mismo su fondo o de confiarle la gestión a un tercero (mandatario asalariado), el propietario puede optar por otorgarlo en locación gerencia⁵⁸⁵.

Este tipo de contrato se efectúa generalmente cuando el propietario no puede asumir, por razones de hecho (enfermedad, vejez), o de derecho (incapacidad, interdicción), la explotación de su fondo. Pues la locación gerencia ha sido concebida como una técnica que permite separar la propiedad de la explotación del fondo de comercio⁵⁸⁶.

En múltiples ocasiones, estos acuerdos se suscriben, previo al contrato de venta, para permitirle a quien desea adquirir un fondo indagar sobre la rentabilidad del mismo. Usualmente se incluye una cláusula de promesa de venta en provecho del locatario gerente. El propietario también se beneficia al percibir una renta fija sin necesidad de despojarse de la propiedad del fondo.

583 Código de Comercio francés, artículo L. 144-1; DE JUGLART, Michel et IPPO-LITO, Benjamin, op. cit., p. 432.

584 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit, p. 40.

585 DECOCQ, Georges, op. cit. p. 252.

586 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 387.

Esta clase de convenios resulta particularmente útil cuando un comerciante, que explota una empresa individual, muere dejando hijos menores. Así, el fondo es alquilado hasta que esos menores adquieran la edad para explotarlo personalmente⁵⁸⁷. El contrato de locación gerencia también se emplea para rescatar las empresas en dificultades o antes de suscribir cualquier cesión definitiva, cuando el adquirente desea familiarizarse con el negocio que se ha comprometido a adquirir⁵⁸⁸. Asimismo, se utiliza como fase previa antes de operarse la fusión entre sociedades comerciales.

Pero también presenta sus inconvenientes, puesto que favorece la especulación en aquellos casos en que el propietario no desea explotar el fondo, sino simplemente iniciarlo para luego venderlo, razón por la cual el legislador ha intervenido para encerrar a la locación gerencia dentro de límites razonables⁵⁸⁹.

Naturaleza jurídica de la locación gerencia

La locación gerencia se asemeja a los alquileres de cosas, pero con la diferencia de que recae sobre un mueble incorporeal que conserva su valor en la medida en que se explota; en este sentido, se parece a la patente de invención o a las licencias otorgadas por el Estado⁵⁹⁰. Excepcionalmente, constituye un acto de comercio por naturaleza; es ciertamente comercial para el locatario gerente y lo sería para el arrendador, si el mismo explota el fondo al momento de otorgarlo en locación gerencia⁵⁹¹.

587 GUYON, Yves, op. cit., p. 729.

588 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 88.

589 REINHARD, Yves, op. cit., p. 296.

590 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 244; RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 223.

591 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., pp. 435-436.

Una sentencia de la Corte de Casación francesa analiza la locación gerencia como la transferencia de un bien mobiliario incorporal: el fondo de comercio⁵⁹². En cambio, otra lo percibe como una sublocación inmobiliaria en la medida que se requiere de un local para explotar el negocio⁵⁹³.

A pesar de que la cesión de un fondo comporta necesariamente poner a disposición un local, la locación gerencia no se analiza como una sublocación inmobiliaria. Más bien, se trata de un contrato de alquiler atípico, por el hecho de que además de transferirse la administración del negocio, igualmente se cede el contrato de arrendamiento. La locación de las cosas es un contrato por el cual una de las partes se obliga a dejar gozar a otra una cosa durante cierto tiempo, y por un precio determinado que esta se obliga a pagarle⁵⁹⁴.

Dicho de otro modo, los textos del Código Civil relativos al alquiler de cosas constituyen el fundamento legal que sirve de base a la locación gerencia, cuya especificidad tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de precisar. Sin embargo, este contrato debe distinguirse de otros muy próximos que detallaremos a continuación.

La locación gerencia es la transferencia de un mueble incorporal⁵⁹⁵, y el locatario gerente no tiene calidad para demandar la renovación del contrato de arrendamiento al propietario del fondo⁵⁹⁶. El locatario no tiene ningún vínculo de derecho con el propietario del inmueble y tampoco se le considera como

592 Cass. com., 9 mars 1953, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1953, p. 628.

593 Cass. com., 16 févr. 1993, *Bulletin* 1993, IV, No. 58, p. 39.

594 Código Civil de la República Dominicana, artículo 1709.

595 Cass. com., 9 mars, 1953, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1953, p. 628.

596 Cass. 3 civ., 10 juin 1981, *Bulletin* 1981, III, No. 118; *Gaz. Pal.* 1982, 1, jur. p. 94.

sublocatario del mismo⁵⁹⁷. Es preciso señalar que este tipo de contrato no recae sobre los locales en los que opera el fondo, sino sobre este último como universalidad incorporal.

Diferencias entre la locación gerencia y otros contratos

Mientras la venta de un fondo de comercio tiene por propósito transferir la propiedad, el de locación gerencia, que no es otra cosa que una manera particular de arrendamiento, únicamente le confiere al locatario un derecho para que explote el negocio a sus propios riesgos⁵⁹⁸. En otras palabras, mientras la venta es un contrato instantáneo, el contrato de locación gerencia es sucesivo, en razón de que se prolonga en el tiempo⁵⁹⁹.

Por otro lado, la distinción entre la locación gerencia y el contrato de arrendamiento resulta evidente, dado que la primera recae sobre un fondo de comercio (bien mueble incorporal), mientras que el segundo recae sobre el inmueble en el que opera el fondo. Hemos apuntado ya que la locación-gerencia conserva su valor en la medida que el fondo es explotado, al igual que las licencias sobre patentes de invención, por tratarse de un mueble incorporal⁶⁰⁰.

La dificultad se presenta en la práctica, dado que en el contrato de locación gerencia, el arrendador le transfiere al locatario gerente tanto el fondo como el derecho al arrendamiento del local donde se encuentra, estableciéndose de este modo una zona de interferencia entre ambos contratos. Es preciso señalar que obedecen a legislaciones distintas y están inspirados en lógicas diferentes.

597 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 440.

598 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 234.

599 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 391.

600 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 223.

La legislación francesa sobre alquiler de locales comerciales trata de asegurarle al locatario una estabilidad del vínculo contractual, lo que no ocurre con la locación gerencia, que por su carácter temporal o transitorio, no reconoce ningún derecho de renovación para el locatario gerente.

Serán igualmente nulos de pleno derecho, cualquiera que sea su forma, los acuerdos susceptibles de prohibir al arrendatario la cesión de su contrato de arrendamiento o de los derechos derivados del presente capítulo –de la denegación de la renovación– al comprador de su fondo comercial o de su empresa. En caso de fusión de sociedades o de aportación de una parte del activo de una sociedad realizada en las condiciones previstas en el artículo L. 236-22, la sociedad nacida de la fusión o la sociedad beneficiaria de la aportación sustituirá, salvo estipulación en contrario, a aquella en provecho de la cual se concedió el contrato de arrendamiento con todos los derechos y obligaciones que se derivaban de él. En caso de cesión, de fusión o de aportación, si la obligación de garantía no pudiera ser asegurada en los términos del acuerdo, el tribunal podrá sustituirlas por las que juzgue suficientes⁶⁰¹. Es claro que el artículo antes transcrito, en su primer párrafo, deja establecida la prohibición de toda cláusula que limite la posibilidad del arrendatario de ceder su derecho de arrendamiento al adquirente de un fondo de comercio, lo que no aplica para la locación gerencia.

Corresponderá siempre al juez otorgarle su verdadera calificación a las convenciones para distinguir si se trata de una locación gerencia o un arrendamiento comercial⁶⁰². En caso de

601 Código de Comercio francés, artículo L. 145-16.

602 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 395.

que a través del contrato se transfiera una clientela, se tratará de una locación gerencia y no de un arrendamiento comercial. Si el arrendador, que es también titular de una clientela, únicamente cede su derecho de arrendamiento, y se reserva el derecho a la explotación de dicha clientela, el contrato será entonces de una sublocación de inmueble.

En ese sentido, es importante determinar la preexistencia de la clientela real y cierta⁶⁰³ al momento de la suscripción del contrato, puesto que sin clientela no hay fondo de comercio y por ende, tampoco es posible la locación gerencia. Pueden darse casos en que los contratos sean recalificados por los jueces como arrendamientos comerciales. Por ejemplo, una empresa cuya explotación ha sido interrumpida como consecuencia de haber sido cerrada. Si se ha operado una dispersión de dicha clientela, el contrato concluido con el nuevo inquilino que pretende rescatar el fondo es necesariamente de arrendamiento comercial y no de locación gerencia. Y esto es así, porque al no existir una clientela susceptible de ser explotada estaríamos frente a un establecimiento que comienza nuevamente⁶⁰⁴.

El punto fundamental consiste en saber si subsiste la clientela, o al menos una parte de ella, cuando se opera el cierre de un negocio. En caso afirmativo, se podría entonces hablar de la posibilidad de suscribir un contrato de locación gerencia. De lo contrario, es claro que se trataría del alquiler de un inmueble comercial.

Ahora bien, la regla antes indicada admite excepciones para los inmuebles de gran extensión, que pretendan ser utilizados para fines comerciales o industriales. Aquí, aunque se trate de

603 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 235.

604 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 396.

la primera apertura al público, los contratos serán considerados como de locación gerencia. Es el caso de los hoteles, cines, estaciones dedicadas al expendio de combustibles, de grandes industrias, entre otros. “El estatuto de los alquileres comerciales no se le aplica a la gerencia del fondo de comercio”⁶⁰⁵. El locatario gerente no tiene derecho a una indemnización por evicción, debido a que la legislación sobre la propiedad comercial únicamente concierne a los alquileres de inmuebles⁶⁰⁶.

El criterio en el que se fundamenta la Corte de Casación francesa para morigerar la idea de que una clientela virtual puede constituir la matriz de un fondo de comercio, se fundamenta en el hecho de que las marcas reconocidas suponen una clientela preexistente, o sea, una realidad cierta, independientemente de la ubicación del establecimiento comercial. Por tal motivo, en las estaciones dedicadas al expendio de combustibles, de reconocida marca, se considera que el primer explotante tiene la calidad de locatario gerente, debido a la existencia de una clientela previa⁶⁰⁷.

En ocasiones, la jurisprudencia recurre al criterio de la actividad del gerente para distinguir la locación gerencia de la sublocación. Más claramente, si quien explota el negocio ejerce una actividad más amplia que la del arrendador, el contrato puede ser recalificado como sublocación, especialmente si el gerente emplea su propia enseña, sin necesidad de utilizar el nombre comercial del fondo alquilado⁶⁰⁸.

La fabricación de productos con la marca propia del gerente es incompatible con la noción de locación gerencia, que implica mantener la misma actividad del fondo alquilado y bajo

605 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 361.

606 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 227.

607 Cass. com., 27 févr., 1973, Bulletin 1973, IV, Nos. 101 et 102, p. 283.

608 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 400.

la misma razón social. Para citar un caso: si el gerente del fondo cedido vende una marca distinta a la del arrendador, no se configura el contrato de locación gerencia. Estaríamos más bien frente a un contrato de sublocación, partiendo del razonamiento ya enunciado.

Pero este criterio no es siempre decisivo, en razón de que es posible que el locatario gerente desarrolle una clientela nueva, tomando como base el fondo cedido⁶⁰⁹. Es lo que ocurre, por ejemplo, con una discoteca en la que el locatario gerente, a pesar de utilizar una enseña distinta a la del cedente y hasta un nombre comercial diferente, se va a configurar siempre la locación gerencia en vista de que se trata de la misma actividad. En otros términos, siempre dependerá de la naturaleza de la actividad ejercida para determinar igualmente la clase de contrato, o sea, si es una locación gerencia o una sublocación.

Algunas decisiones francesas se han guiado por la modalidad de los pagos efectuados al propietario del inmueble. Por ejemplo, si el adquirente de un negocio que se obliga en la convención a pagar directamente el precio del alquiler al propietario del local, independientemente de la suma que debe pagar por la transferencia del fondo, asumiendo además otras cargas adicionales propias del arrendamiento. En esta eventualidad se ha sentado el concepto de que se trata de una sublocación y no de una locación gerencia⁶¹⁰. Pero esta decisión ha sido duramente criticada por la doctrina, puesto que el pago realizado por cuenta de otro, con el propósito de que se respeten las obligaciones relativas al arrendamiento, no supone

609 Michel Pédamon, expresa que en estos casos la nueva actividad desarrollada por el locatario gerente puede ser considerada como un fondo de comercio distinto, el cual pertenece al locatario gerente.

610 Cass. com., 2 juin 1958, JCP 1958 II, p. 11501.

necesariamente una sublocación. Además, la cláusula que se le impone al adquirente del fondo, en el sentido de respetar las cargas y condiciones del arrendamiento no es incompatible con la locación gerencia, debido a que el locatario gerente debe disfrutar del local alquilado en las mismas condiciones que el locatario principal.

Las críticas antes indicadas motivaron un cambio jurisprudencial en el país que nos legó sus códigos, toda vez que en una sentencia del 27 de mayo de 2003 la Corte de Casación francesa apuntó que a pesar de que el locatario gerente se obligó en el contrato a pagar directamente el alquiler al propietario del local, se trataba de un contrato de locación gerencia y no de una sublocación⁶¹¹.

La sublocación se utiliza para ceder el derecho de arrendamiento sobre el local comercial, sin incluir en modo alguno los elementos que componen el fondo de comercio. Para hacer la distinción, los jueces no deben guiarse por las cláusulas del contrato, sino más bien por la naturaleza de las relaciones de las partes. Para esto utilizan su poder soberano de apreciación. La sublocación tiene por propósito fundamental transmitir el disfrute del inmueble y la locación gerencia la explotación del fondo, aunque algunas dificultades se presentan en la práctica, cuando el contrato de arrendamiento prohíbe la sublocación⁶¹².

La principal consecuencia práctica de que un contrato de locación gerencia sea recalificado por los tribunales como una sublocación se reflejará en perjuicio del arrendatario. Este no podrá solicitar la renovación, y tampoco se podrá favorecer del

611 Cass. com., 27 de mai 2003, *Revue. Loyers*, 2003, p. 495.

612 GUYON, Yves, *op. cit.*, p. 729.

régimen especial previsto para los beneficiarios de alquileres comerciales, quienes pueden solicitar una indemnización en caso de que el propietario se niegue a la renovación. Dicho derecho se pierde cuando el contrato de locación gerencia es recalificado por los tribunales como una simple sublocación inmobiliaria⁶¹³. Y lo que es más grave, en caso de que se pronuncie la resiliación del contrato de arrendamiento, tanto el arrendador como el subarrendatario (pretendido gerente) serán expulsados o desalojados del inmueble.

La sanción prevista cuando un contrato de locación gerencia se emplea para simular una cesión ilícita de un alquiler comercial consiste en declarar ficticia la primera (locación gerencia) y rechazar la renovación de la segunda (el arrendamiento comercial) Así, se pierde el beneficio establecido por la ley en casos de simulación.

El locatario es el único responsable de la explotación del fondo cuando se trata de una locación gerencia. Mientras, en la gerencia asalariada, el asalariado (mandatario o asalariado), al ser un empleado, se limita a recibir órdenes e instrucciones, quedando a cargo del propietario pagar una remuneración al gerente asalariado y asumiendo dicho propietario los riesgos de la explotación del fondo⁶¹⁴.

Por otra parte, debemos diferenciar la locación gerencia de lo que en Francia denominan *contrat de management*, ya que este último consiste en un acuerdo a través del cual el titular de un fondo confiere a un administrador el poder de dirigirlo, a cambio de una participación de los beneficios. A diferencia de la gerencia asalariada, el gerente, en este caso, tiene un mayor gra-

613 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 402.

614 GUYÉNOT, Jean, op. cit., pp. 374-375.

do de independencia. La noción de mandato de interés común es lo que permite identificar este tipo de acuerdos⁶¹⁵.

Finalmente, la locación gerencia no debe confundirse con el aporte del fondo que se hace a una sociedad comercial. El aportador del fondo no tiene derecho a un alquiler, sino a un dividendo, y la sociedad beneficiaria del aporte no se encuentra obligada a explotarlo, como sí estaría ineludiblemente un locatario gerente⁶¹⁶.

Condiciones de forma del contrato de locación gerencia

Resulta oportuno señalar que el legislador francés no ha previsto ninguna regla particular en cuanto a la forma que debe revestir el contrato de locación gerencia. En ese sentido, se trata de un acuerdo que se perfecciona por el consentimiento de las partes contratantes⁶¹⁷. Así que nada impide que esta clase de contratos pueda efectuarse de manera verbal. Pero en la práctica, a fin de darle cumplimiento a las formalidades de publicidad consignadas en la Ley Francesa No. 86-465 del 14 de marzo de 1986, se precisa de un documento escrito. Lo mismo ocurre para poder establecer la fecha de la convención y delimitar las obligaciones de las partes. Por esta razón hay quienes sostienen que el contrato de locación gerencia debe ser redactado por escrito⁶¹⁸.

A fin de informar a los terceros sobre la calidad del locatario, la ley le impone cumplir con ciertas medidas de publicidad, como la inserción de un extracto en un periódico de anuncios

615 GUYON, Yves, op. cit., p. 729; REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 404.

616 GUYON, Yves, op. cit., p. 729.

617 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 428; DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 43.

618 REINHARD, Yves, op. cit., p. 297.

legales dentro de los quince días de su conclusión. Además, el locatario gerente debe estar obligatoriamente inscrito en el registro de comercio y sociedades. Dicha inscripción debe mencionar la existencia del contrato de locación gerencia⁶¹⁹.

El locatario gerente debe matricularse como comerciante en un registro para esos fines. En caso de no estar inscrito, se le otorga un plazo de quince días a partir de la fecha en que se inicia en la vida comercial. En un intento de simplificación, un decreto del 14 de marzo de 1986 suprimió esta formalidad, la cual pone en riesgo la seguridad de los terceros, ya que dificulta determinar con precisión quién es el propietario del fondo⁶²⁰.

La jurisprudencia francesa ha sentado el criterio de que la ausencia de inscripción no acarrea la nulidad del contrato. Sus consecuencias jurídicas se producen con relación a los terceros, en el sentido de que el locatario gerente no podría oponer su calidad de comerciante a dichos terceros, presumiéndose entonces la carga de la explotación en provecho del arrendador del fondo. Este último no podrá escapar a la obligación de solidaridad que la ley le reputa con el locatario gerente, sino a partir de la fecha de la radiación de su inscripción en el registro público⁶²¹.

El arrendador del fondo tiene la opción de requerir la radiación del registro en el que se encuentra inscrito. Puede hacerlo un mes antes de finalizar su actividad mercantil o también un mes después de haber cesado. Y con el propósito de informarle a los terceros el cambio que se ha operado en la administración del negocio, el contrato de locación gerencia debe ser publicado a manera de extracto o de anuncio dentro de los quince días de

619 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 255.

620 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 345.

621 Código de Comercio francés, artículo L. 144-2.

haberse suscrito, en un diario dedicado a ofrecer informaciones legales. La ausencia de publicidad no supone en modo alguno la nulidad del contrato de locación gerencia⁶²².

Sin embargo, la fecha de la publicación del contrato constituye el punto de partida del plazo de seis meses durante el cual son solidariamente responsables tanto el arrendador del fondo como el locatario gerente de las deudas que hayan sido contraídas para la explotación⁶²³. Y también para dar inicio al plazo de tres meses que dispone el arrendador del fondo para exigir las deudas contraídas con ocasión de la explotación del negocio⁶²⁴.

Condiciones de fondo del contrato de locación gerencia

El contrato de locación gerencia debe respetar las condiciones de validez de los contratos en general. Estas condiciones conciernen en particular a la capacidad y al objeto del contrato⁶²⁵. Las condiciones de validez son las mismas del derecho común. El locatario gerente debe tener la capacidad de ser comerciante y no estar afectado de ninguna incompatibilidad o prohibición para ejercer el comercio. En cuanto al arrendador, el contrato es siempre un acto de comercio. El objeto debe recaer sobre un fondo de comercio o un establecimiento artesanal, razón por la cual se precisa de una clientela⁶²⁶.

El objeto del contrato debe existir, esto es, tanto el fondo como su obligada clientela. Por tanto, cuando se le entrega

622 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 429.

623 Código de Comercio francés, artículo L. 144-7; DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 438.

624 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 228; Código de Comercio francés, artículo L. 144-6.

625 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 254.

626 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 244.

a una persona un local diseñado específicamente para recibir clientes, no se configura el contrato de locación gerencia; podría calificarse más bien como un contrato de arrendamiento o de sublocación⁶²⁷.

El Código de Comercio francés señala: “El arrendatario gerente ostentará la condición de comerciante. Tendrá que someterse a las obligaciones que deriven de ello. Cuando el fondo de comercio fuere un establecimiento artesanal, el arrendatario gerente deberá estar inscrito en el Registro central de artesanos y someterse a las obligaciones que deriven de ello”⁶²⁸. El texto antes transcrito requiere que el locatario gerente tenga la calidad de comerciante, lo que significa que serán descartadas las personas incapaces o las que hayan sido condenadas por quiebra personal. Por tanto, el contrato de locación gerencia concluido con un incapaz está afectado de una nulidad absoluta⁶²⁹.

Por otra parte, el repetido código indica que “las personas físicas o jurídicas que concedan un arrendamiento de negocio deberán haber explotado durante al menos dos años el fondo de comercio o el establecimiento artesanal cedido en gerencia”⁶³⁰. Cuando las partes incumplan el precepto antes enunciado se pronunciará la nulidad del contrato de locación gerencia. Más todavía, el arrendador debe respetar una doble condición: haber sido comerciante durante siete años o haber ejercido durante ese lapso las funciones de director técnico y comercial de una empresa comercial, y haber explotado durante dos años el fondo de comercio⁶³¹.

627 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 254.

628 Código de Comercio francés, artículo L. 144-2.

629 Todo ello deriva de la ley francesa del 30 de agosto de 1947.

630 Código de Comercio francés, artículo L. 144-3.

631 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 436.

Sin embargo, la doble condición antes señalada no siempre es exigida, pudiendo ser suprimida o reducida por ordenanza dictada por el juez de primera instancia, si el arrendador justifica la imposibilidad de explotar el negocio personalmente o a través de un intermediario⁶³². Cuando una locación gerencia es consentida vulnerando las reglas de fondo antes señaladas, el contrato se encuentra afectado de nulidad absoluta. Las partes pueden invocarla recíprocamente y los terceros pueden prevalecerse de la misma, pero a diferencia del régimen general de las nulidades absolutas, las partes interesadas no pueden invocarla contra terceros⁶³³. La ley dispone que la nulidad del contrato de locación gerencia apareja la pérdida del derecho a la renovación del arrendamiento comercial, y aquí estamos igualmente frente a una nulidad absoluta que puede ser invocada por todo interesado, incluso por el contratante que incurrió en falta⁶³⁴.

El artículo 4, párrafo 2, de la ley francesa del 20 de marzo de 1956 señala que un comerciante no puede ceder en locación gerencia su fondo si ha sido objeto de alguna prohibición de ejercer la profesión comercial o artesanal⁶³⁵. Este texto revela que se requieren determinadas condiciones de moralidad para suscribir esta clase de contratos.

Efectos del contrato de locación gerencia

El legislador francés se ha visto en la necesidad de intervenir para reglamentar todo lo concerniente a la locación gerencia o gerencia libre a través de la ley del 20 de marzo de 1956, la cual

632 REINHARD, Yves, op. cit., pp. 296-297; DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 436.

633 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 42.

634 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 345.

635 REINHARD, Yves, op. cit., p. 297.

fue declarada de orden público, reemplazando así los decretos del 22 y 30 de septiembre de 1953⁶³⁶.

El legislador francés ha intervenido para enmarcar las operaciones de la locación gerencia del fondo de comercio. En ocasiones, los acreedores quirografarios del propietario del fondo pueden ser defraudados cuando este último intenta disimular, bajo la apariencia de un contrato de locación gerencia, lo que es en realidad un contrato de venta. Por tal motivo, tienen carácter de orden público las reglas trazadas por el legislador en este sentido, a fin de disminuir los riesgos de fraude. Las deudas del arrendador relativas a la explotación del fondo pueden ser declaradas exigibles inmediatamente por el tribunal de comercio en el que se encuentre ubicado el fondo, si se estima que la locación gerencia pone en peligro su crédito⁶³⁷.

En la práctica, se recurre al contrato de locación gerencia para eludir a los acreedores y sobre todo al fisco, puesto que este acuerdo no comporta la transferencia del fondo al adquirente. Sin embargo, la Administración dispone de instrumentos para anular la tentativa de fraude, especialmente, de la acción pauliana prevista en el artículo 1167 del Código Civil. Una sentencia por la Corte de Apelación de París, del 24 de mayo de 2002, dispuso la inoponibilidad del contrato de locación gerencia para el fisco por fraude pauliano⁶³⁸.

636 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 40.

637 RIPERT, Georges et ROBLLOT, R., op. cit., p. 360.

638 Los elementos retenidos por los jueces fueron los siguientes: A) El monto del alquiler irrisorio no fue fijado en el contrato, contrario a los usos comerciales, donde se suele fijar dicha suma en función del volumen de negocios de los años precedentes; B) Los gerentes de las dos sociedades tenían conocimiento, en razón de los vínculos familiares, de los procedimientos de ejecución iniciados por el tesoro público y del hecho que el monto del alquiler fijado obstaculizaba este procedimiento; C) La confusión de personas y patrimonios de ambas sociedades establecía la realidad del concierto fraudulento existente entre ellas, luego de la conclusión del contrato de

La Corte precisó que el artículo 1167 del Código Civil tenía por consecuencia necesaria que la inoponibilidad, una vez pronunciada, confiere al acreedor el derecho de perseguir la venta del bien sobre el cual recae el contrato, libre de todo derecho; esta inoponibilidad beneficia igualmente al adquirente del fondo.

Es importante insistir en que las reglas relativas a la locación gerencia tienen carácter de orden público, razón por la cual sus disposiciones no pueden ser descartadas por la voluntad de las partes⁶³⁹. Por tanto, poco importa cualquier cláusula en contrario y, a pesar de que las partes hayan adoptado una calificación diferente a la consignada en el texto legal, los tribunales pueden siempre recalificarlas o darles su verdadero sentido y alcance.

Con relación al arrendador, el contrato de locación gerencia no tiene un carácter *intuitu personae*, por tanto, ni la muerte ni la incapacidad del arrendador ponen fin a dicho acuerdo. Es en el silencio del contrato que el arrendador puede transmitir el fondo a un tercero, a título gratuito u oneroso, sin necesidad de requerir el consentimiento del gerente.

El locatario gerente permanece obligado al contrato aunque se opere un cambio de propietario del fondo. Ante esta situación, el nuevo propietario deberá respetar lo que su antecesor había suscrito. Por el contrario, con relación al gerente, el contrato es concluido *intuitu personae*, y en consecuencia, el valor para el arrendador se encuentra ligado a las cualidades personales del locatario gerente. En ese sentido, la incapacidad o muerte del gerente constituyen motivos suficientes para la

locación gerencia; D) Las sociedades no podían útilmente prevalerse de la noción de interés económico común para justificar el irrisorio alquiler. REYGRABELLET, Arnaud, op. cit., p. 390.

639 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 235.

resiliación del contrato, de manera que el gerente no puede ceder el contrato o subalquilar el fondo sin el previo y expreso consentimiento del propietario del fondo⁶⁴⁰.

El locatario gerente no puede ceder el contrato, siendo necesario descartar la aplicación del artículo 1717 del Código Civil⁶⁴¹. No existe ninguna reglamentación especial que proteja al locatario ni en lo relativo a la duración del arrendamiento ni sobre las cláusulas resolutorias o cualquier otra que sea impuesta por el propietario, debiéndose limitar dicho locatario a explotar el fondo sin transformarlo, ya que no opera la desespecialización en esta materia⁶⁴².

En Francia, actualmente, tanto el arrendador como el arrendatario son solidariamente responsables de las deudas del fondo durante los primeros seis meses que siguen a partir de la publicación del contrato de locación gerencia⁶⁴³. El Código de Comercio dispone que “hasta la publicación del contrato de arrendamiento de negocio y durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de dicha publicación, el arrendador del fondo de comercio será solidariamente responsable con el arrendatario gerente de las deudas contraídas por este durante la explotación del fondo”⁶⁴⁴. Dicho de otro modo, para la protección de terceros, la propia ley francesa consigna una solidaridad temporal entre el arrendador del fondo y el arrendatario gerente, la cual subsiste durante seis meses, contados a partir de la fecha de la publicación del contrato.

640 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 404; REINHARD, Yves, op. cit., p. 298.

641 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit. p. 361.

642 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 347.

643 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 250; GUYON, Yves, op. cit., p. 731.

644 Código de Comercio francés, artículo L. 144-7.

El locatario gerente tiene calidad de comerciante, y por tal razón debe someterse a todas las obligaciones que se le imponen en la legislación francesa a aquellos que se dedican a la actividad mercantil⁶⁴⁵. Ahora bien, en lo que toca al arrendador del fondo de comercio, para determinar la naturaleza civil o comercial del contrato, es preciso saber si explotaba personalmente el fondo. Si, en efecto, se dedicaba a dicha explotación, es de suponerse que constituye su última operación comercial el hecho de otorgarlo en locación gerencia⁶⁴⁶. “Las personas físicas o jurídicas que concedan un arrendamiento de negocio deberán haber explotado durante al menos dos años el fondo de comercio o el establecimiento artesanal cedido en gerencia”⁶⁴⁷. “No será aplicable el artículo L. 144-3: 1° Al Estado; 2° A las entidades territoriales; 3° A los establecimientos de crédito; 4° A los mayores de edad que fueran objeto de una medida de protección legal o a las personas hospitalizadas por causa de problemas mentales en las condiciones fijadas por los artículos L. 3211-2 y L. 3212-1 a L. 3212-12 del Código de la Salud Pública, en lo que se refiera al fondo de comercio del que fueran propietarios antes de la medida de protección legal o antes de producirse la hospitalización; 5° A los herederos o los legatarios de un comerciante o de un artesano fallecido, así como a derechohabientes de un ascendiente, en lo que se refiere al fondo de comercio; 6° A la entidad pública creada por el artículo L. 325-1 del Código de Urbanismo; 7° Al cónyuge adjudicatario del fondo de comercio o del fondo artesanal, tras la

645 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 40.

646 Código de Comercio francés, artículo L. 144-2.

647 Código de Comercio francés, artículo L. 144-3.

disolución del régimen matrimonial, cuando dicho cónyuge hubiera participado en su explotación durante al menos dos años antes de la disolución del régimen matrimonial o de su partición; 8° Al arrendador del fondo de comercio, cuando el arrendamiento tenga como finalidad principal garantizar, por contrato de exclusividad, la comercialización al detalle de los productos fabricados o distribuidos por él mismo, y; 9° A los arrendadores de establecimientos dedicados al cine, teatro y espectáculos musicales”⁶⁴⁸.

Se discute si la obligación precontractual de información consignada en el artículo L. 330-3 del Código de Comercio debe suministrarse en los casos de que el contrato de locación gerencia incluya una cláusula de exclusividad. Por tratarse de un contrato concluido en interés común de ambas partes, la Corte de Casación francesa se ha inclinado por la afirmativa, o sea, por el cumplimiento de lo previsto en dicho texto legal. Sin embargo, esta misma decisión ha sentado el criterio de que la ausencia de información previa no acarrea necesariamente la nulidad del contrato, a menos que dicha falta de información tenga como consecuencia viciar el consentimiento del locatario gerente⁶⁴⁹.

Por tratarse de un contrato que recae sobre un fondo de comercio, el arrendador del fondo debe poner a disposición del locatario gerente todos los elementos fundamentales, corporales e incorporeales, que sirvan para la atracción de la clientela, así como la clientela misma. Cuando no están reunidos los elementos necesarios para la existencia de un fondo de comercio, no puede operarse el contrato de locación gerencia. Tampoco

648 Código de Comercio francés, artículo L. 144-5.

649 Cass. com. 10 févr. 1998, Bulletin 1998, IV, No. 71, p. 334.

en aquellos casos en que se ha diluido la clientela, como consecuencia de un cierre prolongado del establecimiento⁶⁵⁰.

La locación gerencia puede ser parcial, esto es, recaer sobre una de las actividades a las que se dedica la empresa. En efecto, el Código de Comercio francés apunta: “Salvo cláusula en contrario, todo contrato o acuerdo por el que el propietario o el que explota un fondo comercial o un establecimiento artesanal, concediera total o parcialmente el arrendamiento a un gerente que lo explote por su cuenta y riesgo, deberá regirse por las disposiciones del presente capítulo —el arrendamiento de negocio—”⁶⁵¹. De conformidad con la jurisprudencia francesa, se considera como una locación parcial el supuesto de que un supermercado autorice en sus instalaciones la apertura de una carnicería como un negocio independiente⁶⁵².

La locación gerencia no es posible en aquellos casos en los cuales el fondo se dedique a una actividad inmoral o ilícita. Por ejemplo, si se trata de un negocio de prostitución, no cabe ampararse en esta figura jurídica. Ahora bien, existen actividades fuertemente reguladas por el Estado, como es el caso de los farmacéuticos, que necesitan un diploma para vender medicamentos, en cuyo caso no cabe hablar de locación gerencia. Más claramente, el que se dedica a la venta de productos destinados a la salud debe ejercer personalmente su oficio, no pudiendo cederlo a un tercero que no se encuentre revestido de conocimientos especializados.

Debemos indicar que las estipulaciones contractuales delimitan los derechos y obligaciones tanto del arrendador

650 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., pp. 410-411.

651 Código de Comercio francés, artículo L. 144-1.

652 CA Paris, 31 mars 1994, D. 1994, p. 122.

como del locatario gerente. En caso de silencio contractual se impone recurrir a las reglas del arrendamiento establecidas por el artículo 1719 y siguientes del Código Civil francés. En otros términos, se aplican por analogía las reglas del derecho común del arrendamiento, siempre que se evidencie silencio u oscuridad contractual. Pero nada impide que estas reglas sean descartadas cuando no se correspondan con la común intención de las partes o la naturaleza del contrato⁶⁵³.

Se suelen insertar en estos contratos cláusulas resolutorias de pleno derecho, que consignan la resiliación cuando el locatario gerente incumpla algunas de sus obligaciones, como sería la falta de pago de las mensualidades estipuladas, el incumplimiento de formalidades administrativas o la ausencia de suscripción de un seguro específico relacionado con la actividad practicada. Dichas cláusulas resolutorias son válidas y el juez dispone de un escaso poder de apreciación sobre las mismas, debiendo aplicarlas tal y como fueron pactadas.

El arrendador, salvo estipulación contractual en sentido contrario, conserva el derecho de vender, otorgar en prenda o aportar en sociedad su fondo de comercio, sin necesidad de requerir el consentimiento del locatario gerente⁶⁵⁴. Pero nada impide que contractualmente se convenga lo contrario, o sea, la necesidad de que el locatario gerente manifieste su consentimiento para esta clase de operaciones. Si bien es verdad que usualmente el arrendador es propietario del fondo que cede en locación gerencia, no menos cierto es que se puede pactar un derecho de preferencia en beneficio del locatario gerente y requerirse su consentimiento para enajenarlo.

653 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 433.

654 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 362.

La obligación principal del propietario del fondo es permitirle al locatario gerente la explotación del negocio⁶⁵⁵. Por tanto, debe poner a su disposición todos los elementos constitutivos del fondo arrendado. Por aplicación del derecho común del arrendamiento, específicamente el artículo 1719, párrafo primero, del Código Civil francés, esta obligación de entrega es inherente al contrato de locación gerencia, sin necesidad de que se consigne una cláusula particular⁶⁵⁶.

Las modalidades de entrega del fondo generalmente son objeto de estipulaciones contractuales. En principio, el material y las herramientas se encuentran incluidos en el contrato de locación gerencia. Las mercancías destinadas a ser vendidas son objeto de un acto separado. Estas mercancías se venden generalmente al gerente después de un inventario estimativo. En cuanto al nombre comercial y la enseña, cuando son fundamentales para retener a la clientela, se deben transmitir al locatario gerente.

Es importante tener en cuenta que la locación gerencia confiere al locatario el derecho de usar el nombre comercial, pero no le otorga derecho de propiedad sobre este. Por consiguiente, el locatario gerente no puede cederlo a un tercero, ni tomarlo para uso personal al momento de cesar el contrato. Nada les impide a los acreedores del propietario embargar el fondo y promover la venta judicial del mismo⁶⁵⁷.

El derecho al arrendamiento debe incluirse necesariamente en el contrato de locación gerencia, ya que no sería posible la

655 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 44; DECOCQ, Georges, op. cit., p. 255.

656 Código Civil francés. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/20568571/Codigo-Civil-Frances-Traducido>.

657 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit. p. 362.

explotación sin el mismo⁶⁵⁸. También puede comprender las patentes de invención y las marcas que correspondan al arrendador cumpliendo con las formalidades de publicidad que dispone el Código de Propiedad Intelectual francés⁶⁵⁹. El locatario gerente está obligado a continuar con los contratos de trabajo suscritos por su predecesor⁶⁶⁰.

Cuando se trata de licencias o autorizaciones administrativas que resulten indispensables para la retención de la clientela, también deben comprenderse en el contrato de locación gerencia⁶⁶¹. Sin embargo, a pesar de que los libros y documentos contables no se encuentran incluidos en principio, el locatario gerente puede condicionar la operación a la entrega de estos documentos, o en última instancia, tener la posibilidad de revisarlos. El arrendador debe garantizar al locatario gerente de los vicios ocultos. En primer lugar, contra aquellos que impidan la libre explotación del fondo, como por ejemplo, de la caducidad de una autorización administrativa o la ausencia del derecho a la renovación del alquiler.

Conforme al derecho común de las obligaciones, el locatario gerente podría demandar, según la importancia del vicio, la resiliación pura y simple del contrato o la disminución del precio de locación. Esta obligación de garantía no es de orden público, y se admite que las partes puedan derogarlas mediante una cláusula contractual. Solamente el dolo y la falta pesada pueden limitar el campo de aplicación de esta cláusula.

El arrendador debe asegurar al locatario gerente el disfrute pacífico del fondo y garantizarle contra las evicciones

658 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 381.

659 Código de Propiedad Intelectual francés, artículo L. 714-4.

660 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 439.

661 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 436.

de las que pueda ser víctima. No obstante, el arrendador no puede ofrecer garantías por los problemas de hecho experimentados por el locatario gerente, en la hipótesis de que el causante de los inconvenientes sea un tercero que no pretenda ningún derecho sobre el fondo alquilado⁶⁶². Es válido insertar, cuando se alquila un inmueble, una cláusula que prevea expresamente la locación gerencia, sea para prohibirla o para subordinarla al consentimiento del arrendador. Dichas cláusulas son válidas y su violación puede acarrear la rescisión del contrato de arrendamiento⁶⁶³.

La garantía es debida por el arrendador del fondo, cuando el locatario es molestado como consecuencia de una acción de un tercero que se pretenda propietario del fondo. En caso de evicción parcial, el locatario gerente puede igualmente demandar una disminución del precio y, en caso de una evicción total, puede demandar la resolución del contrato por aplicación del artículo 1184 del Código Civil⁶⁶⁴.

El arrendador debe garantizarle al locatario gerente no instalarse en las proximidades del fondo arrendado y abstenerse de toda tentativa de recuperar su clientela. En el caso de que las partes hayan previsto una cláusula de no concurrencia, sin establecer un término, la jurisprudencia considera que esta obligación debe permanecer por el mismo tiempo que el contrato de locación gerencia⁶⁶⁵. Por otra parte, el gerente puede, al término del contrato, establecer un comercio similar, aunque las cláusulas de no restablecimiento son frecuentes y lícitas en los límites habituales, ya que las mismas tienen carácter perso-

662 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 382; DECOCQ, Georges, op. cit., 256.

663 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit. p. 363.

664 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 437.

665 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 45.

nal. La jurisprudencia admite que dichas cláusulas no abarcan a los familiares del gerente, aun cuando hayan trabajado en la explotación del fondo arrendado⁶⁶⁶.

Cuando el arrendador se instala próximo al local arrendado, los jueces de fondo aprecian si esto le causa inconvenientes al locatario gerente y pueden ordenar bajo *astreinte* el cierre del establecimiento, condenar al propietario a pagar daños y perjuicios o reducir el monto de la mensualidad.

La estipulación de la cláusula de no concurrencia es una garantía legal que no necesariamente debe expresarse en el contrato, ya que se encuentra establecida por ley. Pero es recomendable consignarla en los contratos para precisar su duración y la extensión geográfica que abarca la obligación de no reinstalarse⁶⁶⁷.

Todo lo concerniente al mantenimiento y reparaciones del fondo corresponde en principio al arrendador, aunque en la práctica se suele estipular contractualmente que estas obligaciones correrán por cuenta del locatario gerente. En la eventualidad de que al arrendador se le permita suscribir un contrato de locación gerencia, la renovación debe ser solicitada siempre por el propietario del fondo y no por el locatario gerente⁶⁶⁸.

El locatario gerente no puede otorgar el fondo en garantía, ni cederlo. Solamente puede explotarlo con toda libertad, asumiendo los riesgos y peligros propios de la actividad, percibiendo los beneficios de dicha explotación, así como las pérdidas. Se trata de una aplicación particular del derecho común del arrendamiento, que prescribe al locatario de “utilizar la cosa

666 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit. p. 362.

667 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 438.

668 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 363.

alquilada como un buen padre de familia y según el destino que le ha sido dado por el arrendamiento”⁶⁶⁹.

Sin embargo, el arrendamiento del fondo de comercio presenta una originalidad. El valor del fondo está estrechamente relacionado a la explotación del negocio, siendo esta explotación absolutamente necesaria para conservar la clientela. En ausencia de dicha explotación, el locatario gerente no podrá restituir el bien arrendado al término del contrato. Por consiguiente, la explotación del fondo es no solamente un derecho para el locatario, sino también una obligación imperativa del contrato. Más claramente, el locatario gerente debe velar, durante la ejecución del contrato, por la conservación de la clientela⁶⁷⁰.

Dado que el locatario gerente debe explotar personalmente el fondo, se admite también para él la posibilidad de consentir una gerencia asalariada, debido a que en este caso, sigue siendo el locatario gerente el responsable de la explotación. Salvo cláusula en contrario, no puede modificar el objeto de la explotación, ya que una transformación de esta naturaleza entraña un cambio de clientela y del valor del fondo⁶⁷¹.

En principio, al locatario gerente no se le permite añadir una actividad nueva, que desnaturalice su esencia. Pero sí se le permite con el propósito de abrir una nueva actividad ligada al fondo original. Dicho de otro modo, no puede el locatario gerente alterar la esencia original del fondo, aunque se le reconoce la posibilidad de adicionar otra actividad que refuerce el negocio primitivo y que contribuya al aumento de la clientela. Se afirma, en estos casos, que el locatario gerente podría so-

669 Código Civil de la República Dominicana, artículo 1728.

670 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 438.

671 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 256.

licitar la renovación del contrato de arrendamiento para este fondo nuevo, con la condición demostrar haber adquirido una clientela propia⁶⁷².

Para cuidarse de una mala gestión que afecte el valor del fondo, el propietario suele exigirle al locatario gerente el depósito de un monto que equivale a una especie de garantía, de modo que así pueda cobrar su mensualidad y garantizar el pago del alquiler. La suma así entregada al propietario del fondo se considera como una prenda, aplicándosele el privilegio que consagra el artículo 2102 del Código Civil⁶⁷³. De manera que el arrendador tiene un derecho de retención sobre ese depósito, siendo esta suma que le paga el locatario gerente al propietario del fondo⁶⁷⁴ a lo que en Francia se le denomina *redevance*⁶⁷⁵. Este monto puede ser pactado mediante una suma fija o con una cláusula de escala móvil que prevea la indexación.

Una decisión reciente de la Corte de Casación francesa sentó el criterio de que “puede configurarse la locación gerencia en ausencia del pago de una cuota o renta fija”, puesto que según el alto Tribunal, “basta que exista un interés económico común” para ambas partes, o sea, locador y locatario gerente para que pueda perfeccionarse esta clase de acuerdos⁶⁷⁶. De manera que tanto las modalidades como el monto de la renta percibida por el locador o propietario del fondo se fijan de conformidad con lo convenido por las partes. Si se pacta el cobro de dicha suma

672 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 439.

673 Dicho artículo señala los créditos privilegiados sobre ciertos muebles, entre los cuales figuran los alquileres y el arrendamiento de los inmuebles. Ver: Código Civil de la República Dominicana, op. cit., pp. 491-492.

674 Resulta ser una renta fija que se entrega por el arrendamiento de un bien corporal, equivalente a un derecho de traspaso.

675 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 235.

676 Cass. com. 23 mars 1999, Bulletin 1999, IV, No. 71, p. 58.

adoptando un criterio variable, como por ejemplo, tomando en consideración los beneficios obtenidos, el arrendador del fondo debe tener acceso a los documentos contables, pero sin inmiscuirse en la gestión del fondo o negocio⁶⁷⁷.

Cuando se consigna contractualmente la indexación de la renta fija o cuota, la misma debe tomar como referencia los precios de aquellos productos, bienes o servicios que guarden una relación directa con el objeto del contrato, o al menos con la actividad ejercida por una de las partes. Y en el supuesto de que la indexación constituya una cláusula determinante de la convención, la nulidad de la misma arrastra la del contrato en su totalidad.

Por otra parte, hemos visto que generalmente, el propietario del fondo no es el dueño del local en el que se explota el fondo. Cuando esto ocurre, el propietario de dicho fondo solo tiene un derecho de arrendamiento sobre el local, el cual debe ceder a su locatario gerente, a menos que exista una cláusula en sentido contrario en el contrato de arrendamiento suscrito con el dueño del inmueble. En caso de que efectivamente exista una imposibilidad contractual para ceder en locación gerencia el fondo, el arrendador que transgreda dicha cláusula habrá indiscutiblemente incurrido en una violación contractual que justifica la rescisión del contrato de arrendamiento, sin necesidad de que se le ponga previamente en mora⁶⁷⁸.

Le corresponde al propietario del fondo asumir frente al locatario gerente todas las obligaciones nacidas con ocasión del contrato de arrendamiento. Y es lógico que así sea, dado que no existe ningún vínculo de derecho entre el propietario del

677 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 442.

678 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit., p. 363.

inmueble y el locatario gerente, correspondiéndole, en consecuencia, al propietario del fondo garantizarle al dueño del inmueble por las actuaciones de su locatario gerente⁶⁷⁹.

De lo antes expuesto se deduce que en vista de que el locatario gerente no es parte del contrato de arrendamiento comercial, únicamente el propietario del fondo tiene calidad para demandar la renovación del contrato de arrendamiento inmobiliario. En consecuencia, al no tener la calidad el locatario gerente para demandar la renovación del contrato de arrendamiento sobre el inmueble, tampoco podrá percibir ninguna indemnización ante la negativa de renovación del propietario del local⁶⁸⁰.

Debemos recalcar que generalmente el contrato de locación gerencia se concluye por un breve período que oscila entre un mínimo de un año y un máximo de tres. Cuando expira el contrato las partes no necesariamente se separan, en razón de que esta clase de acuerdos pueden ser renovados expresamente u operarse una tácita reconducción. Pero en la eventualidad de que el arrendador desee recuperar su fondo, el locatario gerente no tiene ningún derecho a solicitar la renovación del contrato o exigir una indemnización por evicción⁶⁸¹.

Como en la práctica se le exige contractualmente al locatario gerente preservar el material y el mobiliario en buen estado, así como reponer las mercancías en la medida que demanden las circunstancias. También velar por el buen mantenimiento de las instalaciones y no alterar las estructuras del negocio; entre otros requisitos, la doctrina deduce que debe explotar el fondo con la prudencia de un buen padre de familia⁶⁸².

679 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 445.

680 GUYON, Yves, op. cit., p. 732; DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 349.

681 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 239.

682 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 239.

Es preciso reiterar que el contrato de locación gerencia cesa con la llegada del término, y no puede el locatario gerente exigir la renovación del mismo⁶⁸³. Más claramente, cuando esta clase de acuerdos ha sido convenida a duración determinada, o sea, por un período de tiempo que suele ser relativamente breve, no puede ser resiliado unilateralmente, ya que se requiere el acuerdo de ambas partes⁶⁸⁴. Si el locatario gerente opta por demandar la resiliación antes de cumplirse el término convenido, puede ser condenado a reparar el perjuicio sufrido por el propietario del fondo o arrendador. En la práctica, se estila que la suma entregada en garantía al momento de la suscripción del contrato por el locatario gerente al propietario del fondo, permanece en manos de este último, a título de indemnización.

Cuando se opera la tácita reconducción, esto es, si concluido el contrato el locatario gerente continúa explotando el fondo sin oposición del propietario, el primer acuerdo finaliza y tácitamente se forma uno nuevo, con el mismo contenido del anterior, pero de duración indeterminada. En este último caso –contrato de duración indeterminada– cualquiera de los contratantes podría demandar la resiliación unilateralmente, pero a condición de otorgar un plazo suficiente y razonable, que varía según las circunstancias. Los tribunales aprecian la duración de este plazo, tomando en consideración los usos y la equidad. Cuando se opera la tácita reconducción, no es necesario someterse a los requisitos de publicidad, los cuales deben cumplirse normalmente al finalizar el contrato⁶⁸⁵.

683 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 349.

684 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 463.

685 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 359.

Si el contrato de locación gerencia es a duración indeterminada, las partes pueden notificar por acto de alguacil o por medio de carta con acuse de recibo su deseo de resiliarlo. En esta eventualidad, la resiliación puede ser amigable o judicial, y se produce judicialmente cuando una de las partes incumple o viola sus obligaciones contractuales. Es el caso, por ejemplo, de un fondo que no sea explotado de manera suficiente o con la debida diligencia, situación que aprecian soberanamente los jueces de fondo. Por lo general, esta clase de contrato incluye una cláusula resolutoria que dispone que la falta de pago de las sumas convenidas entraña la resiliación de la convención⁶⁸⁶.

El fondo puede desaparecer, como consecuencia de una expropiación o cuando se cierra por alguna disposición de carácter administrativo o judicial. También podría desaparecer por efecto de un caso fortuito o algún fenómeno natural. En todos estos supuestos procede que se declare la resiliación del contrato de locación gerencia, debido a la desaparición de su objeto.

La principal obligación del locatario gerente, cuando finaliza el contrato, es restituirle al propietario todos los elementos corporales e incorporeales que componen el fondo de comercio. Esta restitución no incluye a la clientela, en razón de que se presume que ha evolucionado en el transcurso de la explotación. La clientela cambia y evoluciona. No siempre es la misma. En ese sentido, se le entrega al propietario en el estado en que se encuentre al momento de finalizar el contrato. No necesariamente debe el locatario gerente entregar el fondo con el mismo valor de mercado que lo recibió, a menos que se estipule una cláusula que así lo exprese.

686 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 464.

En cuanto a las mercancías, el locatario gerente deberá sujetarse a lo que sobre este punto se haya pactado en el contrato. En ausencia de previsiones en este sentido, se presume que el locatario gerente debe entregar un inventario o *stock* equivalente al que recibió. El locatario está obligado, salvo cláusula en sentido opuesto, a comprar las mercancías al momento de entrar en posesión del fondo y a su salida, debe dejar una cantidad igual a la que recibió⁶⁸⁷. Una sentencia relativamente reciente de la Corte de Casación francesa expresó que “ninguna disposición legal se le impone al propietario de un fondo de comercio cedido en locación gerencia para que recompre las mercancías a la expiración del contrato”⁶⁸⁸.

En ocasiones, el propietario del fondo le vende las mercancías al locatario gerente con un inventario que se anexa al contrato, y en otras, dichas mercancías son objeto de un préstamo de consumo que consiste en que el gerente deberá restituir productos equivalentes a la misma cantidad y calidad de aquellos que recibió al momento de adquirir la administración del fondo. En ambos casos se impone levantar un inventario detallado de las mercancías que se le entregan al locatario gerente. En definitiva, será la voluntad de las partes lo que prevalezca en este aspecto.

En cuanto a las mejoras aportadas por el locatario gerente, y que le dan mayor valor al fondo, debemos indicar que las mismas quedan a cargo del arrendador o propietario del fondo, cuando termina el contrato. Al ser el fondo de comercio una universalidad incorporal, se entiende que todos los elementos introducidos se integran a dicha universalidad y le sirven de soporte para atraer y retener la clientela. Los tribunales franceses

687 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., pp. 438-439.

688 Cass. com., 23 mars., 1999, Bulletin 1999, IV, No. 72, p. 110.

han aplicado este criterio al caso de una enseña creada por el locatario gerente, que a pesar de ser distinta a la original y haber resultado eficiente para la atracción y conservación de la clientela, no vacilaron en establecer que le correspondía al propietario del fondo, al término del contrato de locación gerencia⁶⁸⁹.

La teoría del enriquecimiento sin causa no se aplica en esta materia, toda vez que el eventual enriquecimiento del arrendador encuentra su causa precisamente en el mismo contrato de locación gerencia, el cual supone riesgos para ambas partes, pero sin olvidar que el locatario gerente también suele beneficiarse de su trabajo cuando se incrementan las ventas.

Algunas excepciones se dan en provecho del locatario gerente, entre las que cabe destacar: a) Cuando este desarrolla una nueva rama comercial de actividad, y; b) Sobre aquellos elementos estrechamente vinculados a la personalidad de su creador, como por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual. La primera de estas situaciones se presenta cuando el locatario gerente logra cautivar una clientela distinta e independiente del fondo originario, para lo cual debe probar la autonomía de la nueva actividad y que pueda descomponerse del negocio inicial, además de que la creación de la nueva vertiente del negocio haya contado con el consentimiento del arrendador o propietario. Si el locatario gerente cumple con estas condiciones, y posteriormente adquiere la propiedad del fondo, puede exigir, al igual que el antiguo propietario, la renovación del contrato de arrendamiento al dueño del inmueble⁶⁹⁰.

Así como el locatario gerente no puede exigir, al término del contrato, una indemnización por la plusvalía que su esfuer-

689 CA Lyon, 29 janv., 1951, D. 1951, jur. p. 191.

690 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 468.

zo le haya añadido al negocio, tampoco puede ser obligado a indemnizar al propietario del fondo, en caso de depreciación del mismo⁶⁹¹. Ocurre lo contrario si este último –propietario del fondo– prueba judicialmente la falta del locatario gerente durante su administración, la cual resulta en ocasiones difícil de aportar. Nada impide que el contrato prevea una indemnización para aquellos casos en que se produzca una depreciación anormal del fondo, como consecuencia de una disminución sustancial de las operaciones comerciales.

Puede ocurrir que durante la locación gerencia desaparezca el fondo, por causa de fuerza mayor o caso fortuito. La responsabilidad del locatario no se ve agravada por estos sucesos, ya que no se originan como consecuencia de su falta o culpa⁶⁹², en cuyo caso le corresponde al propietario, y no al locatario, cualquier indemnización. En casos de incendio o expropiación, por ejemplo, la indemnización la recibirá el propietario, si el negocio se encuentra asegurado.

El locatario puede reinstalarse nuevamente, e incluso competir con el arrendador o propietario del fondo, cuando finaliza el contrato, a menos que se haya estipulado expresamente una cláusula que prevea lo contrario. De lo único que debe cuidarse el locatario es de competir limpiamente en el mercado con el propietario del fondo, y no desviar maliciosamente la clientela de su competidor mediante prácticas desleales.

Cualquier restricción pactada entre el arrendador y el locatario gerente en provecho del primero, debe circunscribirse a un período de tiempo en razón de que no puede ser ilimitada. Igual-

691 GUYON, Yves, *op. cit.*, p. 732.

692 Artículo 1382 del Código Civil dominicano, que es una copia del Código Civil francés de 1804, fundamenta el principio de la responsabilidad civil en la idea de falta o culpa por parte de su autor, como ya hemos indicado a lo largo del texto.

mente, debe delimitarse a una esfera de actividad, en el sentido de que dicha restricción debe operar para negocios de la misma naturaleza al de la locación gerencia. El compromiso que contrae el locatario gerente, en el sentido de no restablecerse, es personal, y no alcanza a sus parientes o a su cónyuge común en bienes.

Cuando el contrato de locación gerencia llega a su fin, es preciso cumplir con las mismas medidas de publicidad que se requieren al momento de suscribirse⁶⁹³. Se debe publicar en un diario de anuncios legales la finalización de las relaciones contractuales en los primeros quince días de su conclusión. El más interesado en que se efectúe dicha publicación es el arrendador o propietario del fondo, porque así evita ser solidariamente responsable, con el locatario gerente, de eventuales deudas de carácter fiscal⁶⁹⁴. El artículo 1683, párrafo 3, del Código General de Impuestos expresa que tanto el propietario como el locatario gerente se encuentran obligados solidariamente por las deudas referentes a la explotación⁶⁹⁵.

El Código de Comercio francés, con el fin de proteger a los acreedores que carecen de garantía, prescribe que “la finalización del arrendamiento del fondo de comercio hará exigibles inmediatamente las deudas derivadas de la explotación del fondo de comercio o del establecimiento artesanal, contraídas por el arrendatario gerente durante la etapa de su gerencia”⁶⁹⁶. La razón de esta disposición legal se fundamenta en el hecho de que podría disminuir la solvencia del locatario gerente, al finalizar el contrato de locación gerencia⁶⁹⁷.

693 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 237.

694 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 470

695 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 348.

696 Código de Comercio francés, artículo L. 144-9.

697 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 349.

Por otra parte, en virtud del principio de la relatividad de las convenciones, consignado en el artículo 1165 del Código Civil⁶⁹⁸, oportuno es indicar que los contratos y obligaciones asumidas por el locatario gerente le son inoponibles al propietario del fondo. Ahora bien, podrían presentarse tres situaciones, con ocasión de las deudas contraídas para la explotación del fondo: 1. Si las deudas han sido generadas con anterioridad al contrato de locación gerencia, le incumben al arrendador; 2. Si han sido contraídas por el locatario gerente en el lapso de los seis meses que se cuentan a partir de la publicación, son solidariamente responsables tanto el arrendador como el locatario gerente; 3. Si han sido contraídas por el gerente para la explotación del fondo luego de transcurrido el referido plazo de los seis meses antes indicado, le corresponde la obligación de pagar al locatario gerente⁶⁹⁹.

Tan pronto finaliza el contrato, el locatario gerente debe abandonar el fondo, aunque nada impide que dicha convención se renueve por tácita reconducción, sin que sea necesario efectuar nuevas medidas de publicidad⁷⁰⁰. Se dan casos en los cuales las partes incluyen una promesa sinalagmática de venta del fondo de comercio en el contrato de locación gerencia. El propietario del fondo se obliga a venderlo, y el locatario gerente a adquirirlo o comprarlo, luego de transcurrido cierto tiempo⁷⁰¹. Generalmente, el locatario gerente lo adquiere después de haber pagado cierto número de cuotas. Sin embargo, por lo regular estas rentas o cuotas que paga el locatario gerente al propietario del fondo son imputables al

698 Art. 1165 Código Civil de la República Dominicana.

699 REINHARD, Yves, op. cit., pp. 299-300.

700 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 441.

701 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 477.

precio final o saldo. Todo va a depender de lo pactado por las partes en este sentido.

En otras palabras, la transferencia del fondo se retrasa en el tiempo hasta que transcurra el lapso convenido por las partes, a pesar de que la decisión de transferirlo se adopte de forma anticipada, esto es, en el momento mismo de la suscripción del contrato. Si las partes acuerdan ocultar lo que sería una venta bajo la fachada de un contrato de locación gerencia, corresponde a los jueces de fondo recalificar la convención e imprimirle su verdadero sentido y alcance. Nada impide que se pronuncie la nulidad cuando se producen supuestos como el anteriormente enunciado.

Siempre que exista la intención fraudulenta de las partes, sea para perjudicar a los terceros, al fisco o a sus propios acreedores, los tribunales pronuncian la nulidad de tales convenciones. Las formalidades de publicidad prescritas por el Código de Comercio⁷⁰² deben ser cumplidas aunque se inserte una promesa sinalagmática de venta en el contrato de locación gerencia.

En síntesis, mientras la cesión del fondo es diferida en el tiempo, los efectos de la locación gerencia se generan de inmediato, debiendo tanto el propietario del fondo como el locatario gerente cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley.

También suele darse la modalidad consistente en que un contrato de locación gerencia esté acompañado de una promesa unilateral de venta, mediante la cual el propietario del fondo se obliga a cederlo, siempre y cuando el locatario gerente ejerza la opción consignada en el contrato⁷⁰³. Es oportuno observar que, a diferencia de la gerencia-venta o promesa sinalagmática

702 Código de Comercio francés, artículo L. 141-1.

703 REYGROBELLET, Arnaud, *op. cit.*, p. 478.

de venta, la promesa unilateral de venta surtirá sus efectos únicamente si el locatario la ejerce en el término así convenido en el contrato. Son dos conceptos distintos, que bien podrían inducir a confusión.

En consecuencia, aquí el propietario promete vender el fondo a la expiración del contrato, reservándose el locatario gerente la posibilidad de ejercer su opción. Es decir, se requiere el consentimiento de este último para que se opere la transferencia del fondo en su favor. El locatario gerente es libre de ejercer o no la opción prevista, y hasta tanto no manifieste su deseo de ejercerla, el arrendador conserva todas las prerrogativas que le corresponden como propietario del fondo, aplicándose siempre en estos casos las reglas del derecho común.

El Código Civil dominicano, al igual que el francés, dispone textualmente: “La promesa de venta vale venta, habiendo consentido mutuamente las dos partes, respecto de la cosa y el precio”⁷⁰⁴. Más claramente, desde el instante en que se alcanza un acuerdo entre la cosa y el precio, se perfecciona el contrato, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado. Es el principio del consensualismo que prevalece en derecho privado el que se impone en casos como el de la especie. En ese orden de ideas, cuando el locatario ejerce la opción prevista en el contrato se perfecciona la cesión del fondo de comercio. Dicha opción se ejerce en ausencia de toda formalidad. Puede ser verbal o escrita, expresa o tácita, puesto que lo único que realmente importa es que se manifieste la voluntad del locatario gerente, expresando su deseo de adquirir el fondo. En la eventualidad de que el propietario se niegue a cumplir con su promesa de venta, la sentencia que dicta el juez es un verdadero

704 Código Civil de la República Dominicana, artículo 1589.

acto auténtico que le sirve al locatario para efectuar la cesión del fondo. Ahora bien, si el locatario no ejerce su opción dentro del plazo contractualmente pactado, se deja sin efecto la promesa de venta, pudiendo el propietario enajenarlo en provecho de cualquier otra persona⁷⁰⁵.

Lo fundamental es que se encuentre presente la buena fe de las partes, sea que se trate de una cláusula que contenga una promesa unilateral de venta por parte del propietario del fondo o una promesa sinalagmática de venta, puesto que no pocas veces existe intención fraudulenta de los contratantes, para evadir impuestos o a sus acreedores. Y siempre que se demuestre el interés fraudulento de las partes, los tribunales pronuncian la nulidad de estas convenciones.

La locación gerencia es una operación llena de riesgos, en vista de que supone peligros para el arrendador que se arriesga a no percibir la suma convenida y observar cómo, eventualmente, finaliza el fondo si el locatario gerente resulta incapaz de retener la clientela, riesgos para el locatario gerente, que generalmente opta por un financiamiento para suscribir el contrato y que podría perder el fruto de su esfuerzo, si el contrato de locación gerencia no es renovado, e incertidumbre para los acreedores, que tienen de frente a un locatario gerente que generalmente es menos solvente que el propietario del fondo. Por último, genera inconvenientes al público, en razón de que estos contratos son fuente de especulación, debido a que el alza de los precios se refleja en el consumidor final y además, constituyen un obstáculo para el fomento de nuevos establecimientos comerciales⁷⁰⁶.

705 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 479.

706 GUYON, Yves, op. cit., p. 732.

En conclusión, el locatario gerente no tiene derecho a ninguna indemnización compensatoria por el incremento de la clientela, cuando termina el contrato; igualmente, debe señalarse en el registro de comercio que el contrato expiró y las deudas del locatario gerente devienen así exigibles; el arrendador debe modificar su matriculación en dicho registro, pudiendo el locatario gerente establecer un fondo similar al que explotaba, excepto que se haya convenido lo contrario.⁷⁰⁷ Asimismo, cuando el locatario gerente ha creado una actividad novedosa, no se encuentra obligado a restituirla al término del contrato⁷⁰⁸.

Conclusiones

En la República Dominicana todavía subsisten fuertes impedimentos para el comerciante arrendatario que desea transferir su fondo de comercio. El propietario del inmueble le prohíbe contractualmente cualquier clase de enajenación, cesión o subalquiler, así como la posibilidad de alegar derechos sobre el punto comercial que eventualmente se desarrolle en el local alquilado.

En nuestro país no existen diferencias sustanciales entre los alquileres para viviendas y los destinados para el comercio, como acontece en Francia. Tanto el legislador dominicano como la jurisprudencia se han mostrado tímidos, incluso indolentes, cuando han tenido la oportunidad de reconocer el fondo de comercio o los derechos adquiridos por el inquilino con el desarrollo de un negocio en un local alquilado.

Se trata de una tarea que aun tenemos por delante, siendo esta una de las principales razones que motivan el presente

707 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 441.

708 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 349.

trabajo. En cambio, la legislación, doctrina y jurisprudencia francesas han evolucionado notablemente, en el sentido de proteger a todos aquellos que desarrollan su negocio en locales alquilados, y es lógico que así sea, puesto que en la mayoría de los casos, el comerciante inicia, las más de las veces, con limitaciones en un local alquilado, prosperando lentamente con el discurrir de los años.

Finalmente, en lo que respecta a la locación gerencia, como ya hemos expuesto a lo largo de este capítulo, es un mecanismo concebido por el legislador y minuciosamente reglamentado, el cual le permite al propietario del fondo cederlo a un tercero, para que este último lo administre, asumiendo todos los riesgos propios de la actividad mercantil. Las reglas que gobiernan estos contratos son de orden público y se aplican no obstante cualquier cláusula que en sentido contrario hayan convenido las partes contratantes⁷⁰⁹.

709 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 189.

CAPÍTULO IV

LA VENTA Y PIGNORACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO

En este capítulo se señalarán las exigencias requeridas para que opere la transferencia del fondo. En ese sentido, se examinarán tanto los requisitos de forma como los de fondo que se requieren para la venta del fondo de comercio. Lo primero que se debe apuntar es que su transferencia es una operación importante no solamente para el vendedor, sino también para el comprador. Para el primero, porque el fondo representa un bien esencial en su patrimonio, a veces el de mayor valor; y para el segundo, debido a que adquiere la calidad de comerciante tan pronto se materializa la venta, en razón de que usualmente invierte una considerable suma para obtenerlo⁷¹⁰.

Pero además de ser un acto importante para el vendedor y el comprador, también lo es para los acreedores del vendedor⁷¹¹, los cuales ven garantizado el cobro de sus acreencias precisamente en esa prenda común que es el fondo. De modo pues, que resulta importante enfocar el contrato de venta desde todos

710 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 199.

711 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 347.

estos puntos de vista, razón por la cual el legislador francés se ha encargado de regular minuciosamente su traspaso.

También se examinará en este capítulo el aporte del fondo a una sociedad y el usufructo: en ambos casos nos encontramos frente a una enajenación. Tanto es así, que las formalidades de publicidad de la venta son análogas a las que se emplean cuando se efectúa el aporte del fondo a una sociedad comercial y las condiciones de forma son las mismas. En lo referente al usufructo, será incluido por su importancia, debido a que cuando un fondo pertenece a una comunidad o una sucesión es generalmente objeto de usufructo, el cual, como será visto más adelante, puede ser legal o convencional.

Por otra parte, también será enfocada la importancia que reviste la pignoración como mecanismo de garantía que, al igual que el privilegio del vendedor, son los más empleados en el derecho francés. Pero debido a las particularidades que ofrece el fondo, por tratarse de un bien mueble incorporal, el valor de la garantía guarda estrecha relación con su explotación, razón por la cual su eficacia es discutible en determinados casos.

Asimismo, se estudiarán las distintas modalidades de la pignoración del fondo: la judicial o convencional, y sus efectos en cuanto le confieren a su titular tanto un derecho de preferencia como de persecución sobre los bienes que sirven de garantía al crédito otorgado.

Finalmente, se analizará la pignoración que recae sobre el material y las herramientas que se utilizan para la explotación del fondo, mecanismo regido por una ley francesa del 18 de enero de 1951. Se trata de una prenda sin desamparamiento del deudor, quien puede conservar el uso de los bienes concedidos en garantía con el propósito de utilizarlos para la explotación y así pagarle a sus acreedores.

La venta del fondo de comercio

La ley del 17 de marzo de 1909 no señala con precisión los elementos del fondo de comercio sobre los cuales debe recaer la venta. Corresponde a las partes enunciarlos con claridad. Solamente hay venta de un fondo si el contrato transfiere, por una parte, clientela, y por otra, determinados elementos corporales o incorporales necesarios para retenerla. Algunos autores sostienen que, por tratarse de un mueble incorporal, el término correcto es *cesión* en lugar de *venta*, a pesar de que tanto la ley del 17 de marzo de 1909 como la del 23 de junio de 1935 se refieren únicamente a la venta. La cesión de un fondo es una operación más compleja que la venta de una cosa corporal inmobiliaria y, *a fortiori*, mobiliaria; le toca al legislador salvaguardar todos los intereses en juego, los cuales no siempre son concordantes.

En determinados casos, resulta difícil distinguir cuándo se opera la venta del fondo, en caso de cesión de un elemento aislado. La cesión de una marca o de una licencia de explotación podría constituir la venta del fondo si se trata de elementos indispensables para la explotación de la clientela, esto es, si dicha clientela está estrechamente ligada a los mismos. Tanto la jurisprudencia comercial como fiscal coinciden en este aspecto.

La referida ley del 17 de marzo de 1909 organiza un sistema de publicidad de la venta, a fin de proteger a los acreedores del vendedor contra eventuales operaciones secretas o ruinosas de sus deudores. Dicha ley también busca resguardar a los vendedores que transfieren su fondo a crédito, o sea, sin recibir la totalidad del pago, estableciendo en su provecho una publicidad que garantiza su privilegio de vendedor no pagado frente a los acreedores del comprador⁷¹². Es decir, tan pron-

712 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 200.

to se publica la venta del fondo, se les hace oponible a los acreedores del comprador el privilegio consignado en provecho del vendedor, especialmente en aquellos casos de quiebra o liquidación judicial.

Pero la referida ley de 1909 no se limita únicamente a proteger a los vendedores y sus respectivos acreedores; también intenta salvaguardar los intereses de los compradores, para que no sean timados en cuanto al valor del fondo adquirido⁷¹³. Precisamente por esto es que se vota una ley, el 29 de junio de 1935, que reglamenta rigurosamente el mecanismo de intermediación, haciendo a los que figuren como agentes intermediarios solidariamente responsables con el vendedor, en caso de un aumento excesivo en el precio, pudiendo el comprador optar por demandar la resolución del contrato o solicitar una reducción del precio. En Francia se votó recientemente una ley sobre modernización de la economía, el 4 de agosto de 2008, la cual termina de encuadrar la venta del fondo de comercio. La misma se encuentra integrada en los artículos L. 141-1 y siguientes del Código de Comercio que rigen las condiciones y efectos de la venta del fondo.

Es por todas estas razones, incluyendo además motivos fiscales, lo que ocurre, por ejemplo, cuando las partes reducen el precio en el contrato, con el propósito deliberado de engañar al fisco, que el legislador francés ha concebido una serie de normas que le otorgan cierto formalismo al contrato de venta del fondo de comercio. Se exigen condiciones tanto de forma como de fondo para la validez de esta clase de contratos.

713 REYGROBELLET, Arnaud, *op. cit.*, p. 494.

Condiciones de fondo del contrato de venta

Se comenzará primero por las condiciones de fondo, algunas de las cuales son extraídas del derecho común, como el consentimiento, la capacidad, el precio y la consistencia y licitud del fondo vendido⁷¹⁴. En lo que se refiere a la causa, los autores coinciden en no concederle mayor importancia, en vista de que la ilicitud de la misma es raramente invocada con ocasión de la venta del fondo⁷¹⁵. Y en lo que respecta al objeto, la venta debe ser enfocada desde dos ángulos distintos, que se corresponden con las obligaciones de cada una de las partes. El objeto de la obligación del vendedor es la transmisión del fondo, y la del comprador, pagar el precio⁷¹⁶. Los vicios del consentimiento se enuncian en el Código Civil, como se describe a continuación: error, dolo, violencia y lesión⁷¹⁷.

Al igual que todos los contratos, la venta del fondo requiere el consentimiento de ambos contratantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil. Dicho consentimiento debe recaer sobre la cosa y el precio para que se perfeccione la venta y se transfiera la propiedad, puesto que en el modelo francés prevalece el principio del consensualismo. Son los jueces del fondo quienes, en caso de controversia, aprecian la existencia de este acuerdo de voluntades. De conformidad con la jurisprudencia dominante, la compra o venta de un fondo de comercio constituye un acto de comercio, pero no por la naturaleza de la operación, dado que el artículo 632 del Código de Comercio francés fue redactado en 1807, cuando todavía no

714 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 496.

715 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 370.

716 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 270.

717 Artículo 1109 del Código Civil francés, que corresponde a la misma numeración que el dominicano, p. 268.

se conocía esta figura jurídica, sino por aplicación de la teoría de lo accesorio y de la anticipación es calificado como un acto de comercio⁷¹⁸. Es decir, cuando el comprador adquiere el fondo, no lo hace para satisfacer las necesidades de su actividad actual, en vista de que todavía no es comerciante, sino que se le considera que lo obtiene para las necesidades de su futuro comercio.

Por considerarse la venta del fondo como un acto de comercio, corresponde a los tribunales de comercio conocer de las contestaciones que puedan suscitarse con relación al mismo⁷¹⁹. Las partes que suscriben el acto deben, a pena de nulidad, manifestar su consentimiento libremente y con conocimiento de causa. El consentimiento carece de validez si ha sido otorgado por error o arrancado con violencia⁷²⁰. En efecto, el artículo 1109 de dicho código expresa: “No hay consentimiento válido, si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”. Los artículos antes indicados, hasta el 1122 inclusive, se encargan de señalar aquellos casos en los que podría configurarse un vicio de consentimiento por alguna de las partes contratantes, ya sea por error, dolo, violencia o lesión.

Los jueces de fondo deben determinar la gravedad y circunstancias en cada caso particular, para extraer así las consecuencias jurídicas correspondientes. No vamos a examinar detalladamente los vicios del consentimiento, puesto que nos desviaríamos del objeto de nuestro estudio, que es la venta del fondo de comercio, pero veamos algunos aspectos que revisten cierto interés. Por ejemplo, no toda clase de error supone la nulidad de la operación o una reducción del precio, sino aquellos que revistan

718 GUYON, Yves, op. cit., pp. 715-716.

719 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 396.

720 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 73.

cierta gravedad y que hayan incidido de un modo determinante en la voluntad del comprador. Más claramente, aquellos errores que de haber sido oportunamente conocidos por el comprador, este no hubiese contratado⁷²¹.

Cuando el error únicamente recae sobre el valor del fondo de comercio no apareja la nulidad del contrato, o sea, no constituye una causa de nulidad del mismo; más bien lo que acarrea es una reducción del precio⁷²². Para que se pronuncie la nulidad del contrato de venta del fondo es preciso que el error sea determinante o que recaiga sobre alguna de las cualidades sustanciales, como sería la clientela, la cesibilidad y duración del arrendamiento, entre otros.

En lo que toca al dolo, que no es otra cosa que la voluntad manifiesta de cometer un fraude, es claro que en el derecho común la venta es anulada o el precio es disminuido por el juez desde el instante en que se constata. Claro, pudiendo este, además, condenar al que ejecuta las maniobras dolosas al pago de daños y perjuicios.

En otros términos, el dolo solamente puede ser invocado por el adquirente del fondo en aquellos casos en los cuales, por reticencia o silencio voluntario del vendedor, este ha faltado a la buena fe que el comprador tenía el derecho de suponer⁷²³. Una decisión de la Corte de Casación francesa del 15 de enero de 2002 sentó el criterio de que procede el dolo si el engaño, omisión o fraude recae sobre las menciones que impone la ley sobre el acto de venta⁷²⁴. Para que los jueces concedan la anulación del contrato de venta, una disminución en el precio o daños y perjuicios,

721 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 501.

722 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit., p. 374.

723 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 504.

724 Cass. com. 15 janv. 2002, Bulletin. 2002., IV, No. 11. p. 2045.

se requiere que el vendedor, o en su defecto, su representante, incurran por sí mismos en las maniobras fraudulentas.

En lo relativo a la violencia y la lesión, debemos remitirnos al derecho común, en razón de que muy rara vez se ven en esta materia. Los autores no le conceden mayor importancia cuando abordan el fondo de comercio. La carga de la prueba del vicio del consentimiento, así como del perjuicio experimentado, recae sobre el adquirente⁷²⁵. En sentido general, la nulidad de la venta por vicios del consentimiento interviene con mayor frecuencia en esta materia que en el derecho civil, en virtud de que el adquirente puede ser engañado con mayor facilidad con ocasión de apreciar el valor incorporal del fondo, como por ejemplo sería el caso de la clientela⁷²⁶.

La consistencia y licitud del fondo vendido es una condición de fondo extraída del derecho común, en virtud de que la venta debe recaer sobre él o los elementos fundamentales que sirven para retener la clientela. Si la venta no recae sobre dichos elementos, nos encontramos en un escenario distinto de lo que sería la enajenación del fondo. Y es lógico que así sea, dado que el adquirente del fondo necesita tener el control de aquellos elementos, sean corporales o incorporales, para explotar exitosamente el fondo cedido. Es claro que la licitud resulta siempre indispensable, ya que cuando no se encuentran autorizados por la ley no es posible garantizar la pacífica posesión del fondo.

Mientras que algunos autores se refieren a la “consistencia y licitud del fondo”, otros señalan la causa en el sentido de que la misma debe ser lícita, en virtud de que constituye el motivo determinante del contrato o, como le denomina la propia juris-

725 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit., p. 375.

726 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 397.

prudencia francesa, la causa impulsiva y determinante. Por tanto, serían nulos por falta de causa los negocios de prostitución o centros de juego no autorizados por la ley en razón de que no constituyen fondos de comercio⁷²⁷.

Otra de las condiciones de fondo del derecho común es el precio, el cual las partes fijan libremente en el acto, a condición de que sea determinado o al menos determinable. No puede depender la fijación del precio de la voluntad ulterior de uno de los contratantes⁷²⁸. Cuando los precios son insuficientes o simulados, la ley ha previsto mecanismos, otorgándoles a los acreedores, oponentes o inscritos, la posibilidad de fijar subastas para garantizar su crédito⁷²⁹. También el fisco resulta perjudicado, al percibir menos ingresos cuando ambas partes, comprador y vendedor, se ponen de acuerdo para fijar un monto ficticio en el acto de venta. Por esta razón, el contrato debe contener una afirmación de sinceridad del precio, y el notario está en la obligación de leerle a las partes las sanciones penales previstas en esta eventualidad.

Cuando la afirmación de sinceridad del precio se consigna en un acto notarial, el notario advierte a las partes mediante lectura de los textos correspondientes, las sanciones previstas en la legislación fiscal cuando se produce una ocultación o disimulación del monto real. El fisco puede enderezar o corregir el precio fijado por las partes, si prueba que la suma señalada en el contrato es inferior a la que realmente ha sido pagada, lo cual induce a las partes a buscar un acuerdo amigable⁷³⁰. Si la administración estima que el precio es insuficiente, puede

727 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., pp. 75-76.

728 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 202.

729 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 524.

730 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 209.

hacer comparecer a las partes ante una comisión departamental de conciliación, o puede sustituir al comprador, ofreciendo una suma que supere en una décima parte a la declarada en el acto de venta⁷³¹.

El precio fijado por las partes en el contrato debe ser real y serio: una venta consentida a un precio muy bajo (ficticio) puede disfrazar una donación. No debemos confundir el precio ficticio con el precio vil, que no corresponde al valor real del fondo. El precio vil no comporta la nulidad del contrato⁷³². El artículo 1840 del Código General de Impuestos dispone la nulidad de los contraescritos que disimulan una parte del precio y, para reforzar el efecto intimidante de la sanción y estimular al comprador a denunciar la maniobra, la jurisprudencia ha decidido que la venta es válida por el precio ostensible⁷³³.

Usualmente figuran en el acto de venta tanto el precio global como un detalle minucioso de las distintas categorías de los elementos cedidos, esto es, los elementos incorporeales y el material y las mercaderías⁷³⁴. Este fraccionamiento del precio es sumamente útil para determinar el asiento del privilegio del vendedor y para las subastas⁷³⁵. La legislación francesa ha adoptado precauciones cuando las partes acuerdan consignar un precio inferior al real en el contrato de venta del fondo, concediéndole a los acreedores oponentes la facultad de promover la subasta de la sexta parte, y a los acreedores inscritos, la subasta de la décima parte.

731 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 400.

732 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 76.

733 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 371.

734 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 350.

735 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 210.

La capacidad es otra de las condiciones de fondo, debido a que las partes deben tenerla para ejercer el oficio comercial. Sus reglas son las mismas que han sido previstas para la venta de muebles. Las personas que adquieren un fondo deben tener capacidad para dedicarse al comercio, que en ocasiones podría ser su primer paso en la vida comercial⁷³⁶.

La venta del fondo es un acto de comercio, tanto para el vendedor como para el comprador. Si el fondo pertenece a un menor, debe intervenir el juez de las tutelas y el consejo de familia para autorizar cualquier enajenación. Si, por el contrario, pertenece a una comunidad conyugal, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges y, a falta del consentimiento de uno de ellos, es preciso requerir la autorización del tribunal⁷³⁷. Distinta es la solución si el fondo constituye un bien propio de uno de los esposos, o si se encuentran casados por separación de bienes, en cuyo caso podría ser vendido libremente por su propietario.

Condiciones de forma del contrato de venta

Las condiciones de forma son estrictas, en vista de que tienen el propósito de proteger al comprador mediante orientaciones precisas con relación al fondo que adquiere. Es fácil observar aquí que prevalece un formalismo mejor adaptado a las necesidades del comerciante que un consensualismo que rige ordinariamente los contratos de venta⁷³⁸. La esencia de ese riguroso formalismo tiene por finalidad preservar los intereses del adquirente⁷³⁹.

736 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 396.

737 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., pp. 74-75.

738 GUYON, Yves, op. cit., p. 717.

739 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 371.

En lo sucesivo, serán abordadas las condiciones de forma, algunas relacionadas con el acto propiamente dicho y otras con las formalidades de publicidad, cuyo incumplimiento puede aparejar la nulidad relativa, en razón de que puede ser invocada únicamente por el adquirente del fondo en cuyo favor fue establecida. Antes de votarse la ley francesa del 29 de junio de 1935⁷⁴⁰, la venta del fondo era un acto puramente consensual, que podía probarse por todos los medios. Se trataba de un simple enunciado, puesto que en la práctica era necesario redactar un acto notarial o bajo firma privada, para darle publicidad a la venta, al privilegio del vendedor e inscribir al comprador en el registro de comercio, entre otros⁷⁴¹.

El artículo 12 de la repetida ley del 29 de junio de 1935 exige que el acto de venta contenga una serie de menciones, con el propósito de informarle al adquirente sobre la consistencia y valor del fondo que se propone obtener⁷⁴². De conformidad con el artículo 12, la venta del fondo debe redactarse por escrito, que puede ser mediante acto bajo firma privada o escritura pública ante notario. La exigencia de que sea redactado por escrito era interpretada por una parte de la doctrina como una condición de validez del contrato, impuesta por la propia ley del 29 de junio de 1935.⁷⁴³ Actualmente prevalece el criterio de que la omisión

740 Algunas de las disposiciones de la referida ley las encontramos actualmente en los artículos L. 141-1 hasta el L. 141-4 del Código de Comercio francés.

741 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 203.

742 Dichas menciones son las siguientes: 1) El nombre del precedente vendedor, fecha y naturaleza del acto de adquisición, precio pagado y origen de la propiedad; 2) El estado de los privilegios y prendas que gravan el fondo; 3) La cifra de negocios y beneficios de los tres últimos años; 4) Fecha y duración del arrendamiento, así como el nombre y dirección del arrendador, para garantizar una correcta información del adquirente, y 5) El vendedor debe poner a disposición del adquirente los inventarios y libros de contabilidad de los tres últimos años.

743 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 348.

del documento escrito podría ser motivo del pronunciamiento de una nulidad relativa y facultativa por el juez⁷⁴⁴.

Más claramente, la omisión de las menciones obligatorias o de alguna de ellas puede causar la nulidad del acto de venta, según lo dispuesto por el artículo 12, párrafo 2 de la ley de 1935. Pero reiteramos que esta nulidad presenta dos características originales: por una parte, es relativa, aunque en principio los vicios de forma generan una nulidad absoluta; puede ser invocada únicamente por el adquirente en favor del cual las menciones son requeridas, y en un breve plazo de un año a partir de la venta⁷⁴⁵. La jurisprudencia considera que este plazo es prefijado. Sin embargo, deviene facultativa para el tribunal que determina si la omisión litigiosa ha viciado el consentimiento del adquirente y le ha causado un perjuicio⁷⁴⁶.

En consecuencia, las enunciaciones antes señaladas que se le exigen al vendedor deben figurar no solo en el contrato de venta definitivo, sino también en “el compromiso de venta” que suele redactarse con anterioridad, esto es, cuando ambas partes se ponen de acuerdo sobre las condiciones esenciales del contrato y convienen un precio. Asimismo, dichas enunciaciones deben incluirse en las promesas unilaterales de compra, en razón de que el consentimiento del adquirente es definitivo⁷⁴⁷. Y en lo que respecta a las promesas unilaterales de venta, la jurisprudencia francesa se inclina en idéntica dirección, a pesar de que en esta clase de contratos no se obliga el comprador, el cual puede ejercer simplemente una opción⁷⁴⁸.

744 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 373.

745 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 78; REINHARD, Yves, op. cit., p. 307.

746 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 205; DECOCQ, Georges, op. cit., p. 272.

747 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 272.

748 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 399.

Aunque el vendedor garantiza al comprador la fidelidad de las enunciaciones contenidas en el acto, los intermediarios y notarios que hayan participado en la elaboración del documento son solidariamente responsables, conjuntamente con el vendedor⁷⁴⁹. La actividad de intermediario en esta materia de fondos de comercio está prohibida a las personas que han incurrido en determinados delitos, tales como los que hayan sido objeto de un procedimiento de quiebra y no han sido rehabilitados, a los oficiales ministeriales que hayan sido destituidos y a los abogados que han sido separados del colegio⁷⁵⁰. La inexactitud puede generar una demanda en resolución del contrato de venta o una reducción en el precio, en vista de que el vendedor es garante de la misma⁷⁵¹.

Los artículos 1644 y 1645 del actual Código Civil francés le abren al adquirente de un fondo una acción en garantía contra el vendedor, en cuanto al perjuicio que le cause la inexactitud de las menciones obligatorias exigidas por la ley, siempre y cuando actúe dentro del año de haber tomado posesión del mismo⁷⁵². El comprador debe probar el perjuicio que dicha inexactitud le ocasiona en cuanto al valor y consistencia del fondo.

Por entrar en escena en condiciones muy particulares, las sanciones previstas en la ley de 1935, la doctrina francesa no se pone de acuerdo en cuanto a la naturaleza del contrato de venta. En otras palabras, existen serias dudas sobre si se trata de un contrato solemne, en razón de que si el comprador opta por no ejercer ninguna acción en justicia, la venta se presume válida y

749 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 350.

750 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 213.

751 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 399.

752 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 205; REINHARD, Yves, op. cit., p. 307.

entonces podría probarse por todos los medios, tal como era antes de la ley del 29 de junio de 1935⁷⁵³.

En Francia disponen de una rigurosa reglamentación que abarca a todos los que se dedican a la intermediación comercial, incluyendo a los agentes inmobiliarios. Y dentro de esa minuciosa regulación se encuentra lo relativo a la restitución de sumas percibidas por dichos intermediarios de manos de sus clientes⁷⁵⁴. La redacción de un acto presenta determinadas ventajas: el documento escrito constituye un medio de prueba sobre múltiples aspectos del contrato, es esencial para cumplir con la publicidad de la venta, es fundamental para inscribir el privilegio del vendedor y además, el adquirente necesita el documento escrito para inscribirlo en el registro de comercio⁷⁵⁵.

Una ley francesa del 2 de enero de 1970 obliga a los intermediarios de tener una autorización, la cual es otorgada por el prefecto, que justifique su aptitud profesional y que consigne que no está afectado por ninguna de las condiciones de incapacidad previstas por la ley⁷⁵⁶. Los contratos concluidos por los intermediarios deben ser redactados por escrito, en tantos originales como partes intervengan con un interés distinto, según las disposiciones previstas en el artículo 1325 del Código Civil. Deben precisar, además, bajo qué condiciones actúan, las modalidades relativas a la rendición de cuentas y los detalles sobre su remuneración⁷⁵⁷.

753 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 212.

754 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 214.

755 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 78.

756 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 401.

757 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 383.

Publicidad de la venta del fondo de comercio

En cuanto a la publicidad del fondo, se impone precisar que el legislador ha organizado un sistema que exige la publicación de un aviso o información en un periódico de anuncios legales y en un Boletín Oficial de Anuncios Civiles y Comerciales. Con esta publicación se busca proteger a los acreedores del vendedor, quienes disponen de este medio para informarse de las operaciones consentidas por su deudor⁷⁵⁸. La obligación de información del vendedor se encuentra limitada a las siguientes exigencias:

I- En todo documento que consigne una cesión amistosa de un fondo de comercio, suscrito incluso bajo la condición y la forma de otro tipo de contrato o la aportación en sociedad de un fondo comercial, el vendedor estará obligado a declarar: 1° El nombre del vendedor anterior, la fecha y la clase de su documento de compra y el precio de compra en lo que se refiera a los elementos incorporeales, a las mercancías y al material; 2° El estado de los privilegios y pignoraciones que pesaran sobre el fondo; 3° El volumen de negocio que haya realizado en el curso de los tres últimos años de explotación, o desde su compra si lo explotaba desde hace menos de tres años; 4° Los beneficios obtenidos durante ese tiempo; 5° El contrato de arrendamiento, su fecha, su duración, el nombre y la dirección del arrendador y del cedente si procediera. II. -La omisión de alguna de estas declaraciones anteriormente citadas, podrá conllevar la nulidad del documento de venta, si el comprador lo solicitara antes de un año⁷⁵⁹.

No importa cómo las partes califiquen el contrato o la forma que deseen imprimirle al acto. “No obstante las disposiciones

758 Código de Comercio francés, artículo L. 141-12.

759 Código de Comercio francés, artículo L. 141-1.

relativas a la aportación en sociedad de los fondos de comercio recogidas en los artículos L.141-21 y L.141-22, cualquier venta o cesión de fondo de comercio, acordada incluso bajo la condición o la forma de otro contrato, así como cualquier adjudicación de un fondo de comercio por reparto o subasta, deberá ser publicada, excepto si se realizara en aplicación del artículo L.642-5, en los quince primeros días siguientes a su fecha de celebración, a instancia del comprador, en forma de extracto o aviso en un periódico autorizado para recoger anuncios legales en la circunscripción o el departamento en el que se explote dicho fondo y, en los quince días a partir de esta publicación, en el Boletín Oficial de Anuncios Civiles y Comerciales. En cuanto a los negocios de venta ambulante, el lugar de explotación será aquel en cuyo Registro de Comercio y de Sociedades esté inscrito el vendedor. Es necesario proceder a cumplir con la publicación igualmente en aquellos actos traslativos o declarativos que le pongan término a una indivisión, o cuando se proceda a una subasta de un fondo de comercio. Cuando se vende aisladamente un elemento del fondo de comercio no se requiere, en principio, efectuar la publicación antes indicada. Sin embargo, en la práctica, las partes suelen publicarlo de todas maneras, para resguardarse de una eventual recalificación del contrato, que pueda considerarla como una operación disfrazada. Y si se trata de una cesión aislada del derecho de arrendamiento, con mayor razón procede la publicación, puesto que la operación podría despertar serias sospechas si se trata de un negocio que se sostiene gracias a su ubicación estratégica”⁷⁶⁰.

En caso de que el propietario del fondo decida donarlo, no es necesario cumplir con las formalidades de publicidad prescrita

760 Código de Comercio francés, artículo L. 141-12.

por los artículos L. 141-1 y siguiente del Código de Comercio. El indicado texto legal ni siquiera contempla esta posibilidad, razón por la cual el campo de aplicación de este artículo no se extiende a las donaciones. No obstante lo antes expuesto, algunos autores estiman conveniente proceder al cumplimiento de dichas formalidades de publicidad, con el propósito de informarles a los terceros.

Pero es fundamental registrar el acto de venta de un fondo de comercio, al margen de que el mismo se haya formalizado mediante acto auténtico o bajo firma privada, puesto que la ausencia del registro acarrea la nulidad de la publicación⁷⁶¹. Se trata de una nulidad de orden público, ya que las mutaciones a título oneroso de fondos de comercio o clientelas se encuentran sometidas a la formalidad del registro de conformidad con lo dispuesto por el artículo 719 del Código General de Impuestos. Dicho registro debe efectuarse dentro del plazo de un mes, a partir de su fecha y los derechos de mutación percibidos por el fisco sobre sus elementos, con excepción de las mercancías nuevas, ascienden a un 17.20 %, al cual se añaden tasas locales de 1.60 % y de 1.20 %⁷⁶².

La publicación de la cesión del fondo se efectúa en un diario de anuncios legales que se encuentre en el distrito o departamento en el que el fondo es explotado⁷⁶³. En caso de que existan varias sucursales del fondo, la publicación no debe limitarse a un diario que circule en el lugar que se encuentre el establecimiento principal, sino que puede ser en otros diarios que circulen en el área donde están ubicadas otras sucursales⁷⁶⁴.

761 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit., p. 384.

762 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 400.

763 Código de Comercio francés, artículo L. 141-12.

764 Código de Comercio francés, artículo L. 141-18.

Ahora bien, si únicamente se vende la sucursal de un fondo, se admite que la publicación pueda ser realizada en un periódico que se difunda en la zona donde está localizada la sucursal.

El plazo de los quince días previstos en la ley no comienza a correr a partir de la fecha del registro, sino que inicia desde el momento en que se firma el acto de venta⁷⁶⁵. La sanción en caso de inobservancia del requisito de publicidad es la inoponibilidad del pago efectuado por el comprador frente a los terceros, especialmente los acreedores del vendedor⁷⁶⁶. “El comprador que paga a su vendedor sin haber efectuado las publicaciones en las formas prescritas, o antes de la expiración del plazo de diez días, no estará liberado con respecto a terceros”⁷⁶⁷. Estos últimos son entendidos como todos los acreedores del vendedor, no solamente los que tengan alguna clase de privilegio, sin importar que hayan manifestado o realizado oposición al pago del precio. La ausencia de publicidad no afecta la validez del acto de venta.

En síntesis, el sistema de publicidad gira en torno a los siguientes aspectos: las dos publicaciones previstas por la ley y el registro en el Boletín Oficial de Comercio⁷⁶⁸. Deben cumplirse estas formalidades al margen de que se trate de una venta verbal o escrita, amigable o en pública subasta, o aun cuando se haya adquirido el fondo por medio de una partición o un proceso de licitación. A estas publicaciones debe añadirse la matriculación ordinaria en el registro de comercio que debe realizar el adquirente del fondo⁷⁶⁹.

765 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit., p. 385.

766 REINHARD, Yves, op. cit., p. 307.

767 Código de Comercio francés, artículo L. 141-17.

768 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 552.

769 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 409.

En la primera publicación deben constar las siguientes informaciones: a) Nombres, apellidos y domicilios del comprador y del vendedor del fondo; b) Los datos referentes al registro; c) La fecha del acto de compraventa; d) La naturaleza del fondo y su localización específica; e) El precio acordado entre las partes incluyendo todo lo relativo a las cargas, y; e) La elección del domicilio⁷⁷⁰.

Luego, en el transcurso de los ocho hasta los quince días después de haberse efectuado la primera publicación, se procede a la segunda en un diario de circulación nacional que, en esencia, contiene los mismos datos que la primera. Una vez cumplidas ambas publicaciones, el adquirente puede efectuar el pago sin correr el riesgo de que los terceros puedan formularle reclamaciones. En otros términos, la ley exige el cumplimiento de estas formalidades para liberar al comprador del fondo frente a los terceros. Es una aplicación del principio que reza: “el que paga mal, paga dos veces”.

Más claramente, la sanción en casos de ausencia o irregularidad de la publicación es la inoponibilidad de la venta a los terceros. Es preciso entender por terceros a todos los acreedores del vendedor, no solamente a los acreedores quirografarios o titulares de un privilegio general, sino también a los acreedores inscritos que podrían tener interés en renunciar a su derecho de persecución para participar inmediatamente en la distribución del precio⁷⁷¹. El cumplimiento de las formalidades de publicidad no libera de la radiación en el registro de comercio y sociedades al antiguo propietario, así como la matriculación del nuevo adquirente⁷⁷².

770 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 208.

771 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 387.

772 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 376.

La finalidad esencial de la publicidad de la venta, reiteramos, es proteger a los acreedores del vendedor o cedente, quienes disponen de dos mecanismos diferentes: la oposición y promover la subasta de la sexta parte. El adquirente debe proceder a la publicidad legal de la cesión para advertirle a los acreedores quirografarios del vendedor de la operación⁷⁷³.

El artículo L. 141-14 del Código de Comercio francés autoriza a los acreedores del cedente a formular oposición al comprador mediante acto de alguacil, para que este se abstenga de pagar el precio al vendedor del fondo en los diez días siguientes de la segunda publicación. Por otra parte, el artículo L. 141-19 del repetido código le permite a los acreedores inscritos, en los veinte días siguientes de la última publicación, promover la venta en pública subasta del fondo, si el precio es insuficiente para desinteresarlos a todos.

Las oposiciones de los acreedores quirografarios del vendedor del fondo de comercio

Los acreedores quirografarios del vendedor del fondo deben formular sus oposiciones a partir de los diez días que transcurren a partir de la última publicación. No se requiere para dichas oposiciones de ningún título ejecutivo o autorización judicial previa. Solamente se exige que el crédito sea cierto, sin importar su naturaleza civil o comercial, o que sea líquido o exigible⁷⁷⁴.

Se trata de una medida conservatoria, que prolonga la indisponibilidad del precio de venta, impidiéndole al comprador efectuar el pago y al vendedor recibirlo. Las oposiciones

773 GUYON, Yves, op. cit., p. 719.

774 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 209.

se formulan mediante la notificación de un acto extrajudicial en el domicilio de elección y se debe enunciar en dicho acto los motivos puntuales que la justifican. Esto le permite a los acreedores oponentes participar en el procedimiento especial de la puja ulterior de la sexta parte prevista en los casos de cesión de fondos de comercio⁷⁷⁵.

La oposición bloquea el precio en las manos del adquirente o del intermediario que haya sido designado como depositario y no confiere ningún privilegio a los oponentes⁷⁷⁶. El acto de oposición debe indicar el monto del crédito reclamado y la causa del mismo.⁷⁷⁷ Cuando es justificada opera como un embargo retentivo y el comprador se encuentra así obligado a pagarle a los acreedores del vendedor que han efectuado la oposición⁷⁷⁸.

Los acreedores quirografarios que no formulan sus oposiciones en tiempo hábil pueden perseguir sus acreencias por la vía civil ordinaria, mediante el procedimiento de embargo retentivo, de conformidad con lo que dispone la ley para trabar esa clase de medidas conservatorias. En estos casos el precio se distribuye de manera amigable entre los acreedores que han formulado oposición o embargo retentivo, desinteresándose con carácter de preferencia a los acreedores inscritos. Y en ausencia de un acuerdo entre los acreedores se abre un proceso judicial de distribución por contribución⁷⁷⁹.

Cuando la oposición es nula en la forma, o carece de título o causa que la justifique, el vendedor puede apoderar al juez de

775 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 601.

776 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 217.

777 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit. p. 388; DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 376.

778 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 411.

779 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 218.

los referimientos para obtener la autorización de tocar el precio, no obstante el impedimento que supone el acto de oposición. Dicha ordenanza dictada en materia de referimiento es susceptible de ser recurrida en apelación⁷⁸⁰.

La puja ulterior de la sexta parte

El legislador francés ha previsto este procedimiento para aquellos casos en que el precio de venta resulte insuficiente para desinteresar a todos los acreedores. Consiste en aumentar en una sexta parte el valor de los elementos incorporales del fondo para proceder a una nueva subasta⁷⁸¹. Todo ello se efectúa en el tribunal de comercio, y se requieren dos condiciones para promoverla: a) Debe ser a iniciativa de un acreedor oponente, y; b) El precio obtenido hasta el momento debe resultar insuficiente para pagarle a todos los acreedores⁷⁸².

La puja debe promoverse dentro de los veinte días que corren a partir de la última publicación, y siempre sobre la base de que el precio obtenido no ha sido suficiente para honrar todos los compromisos con los acreedores⁷⁸³. Este plazo de veinte días es franco. Fue concebida para evitarle a los acreedores tener que recurrir a la acción pauliana prevista en el artículo 1167 del Código Civil, la cual resulta sumamente difícil, en vista de que el acreedor debe probar el fraude de su deudor y el causahabiente de este, para recuperar su crédito. Si no aparecen licitadores en esta puja de la sexta parte, se le adjudica el fondo al solicitante o promotor de la misma, quien deberá pagar el precio nuevo, y

780 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit., pp. 390-391.

781 Código de Comercio francés, artículo L. 141-19.

782 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 210.

783 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 411.

se descarga al adquirente anterior. El tribunal deberá verificar la insuficiencia del precio y la solvencia del licitador, y ordenará la venta si lo estima útil.

Este derecho a promover la puja ulterior pertenece igualmente a la mujer, si tiene un crédito cierto contra su marido. Esta protección se le reconoce a los acreedores en aquellos casos en que la venta ha sido consentida a un precio vil y además, cuando se disimula el precio. No abarca ni el material ni las mercancías y ha sido copiada del procedimiento utilizado para la purga inmobiliaria. Esta puja tiene un carácter preventivo porque el acreedor no debe promoverla, a menos que se encuentre dispuesto a adquirir el fondo de comercio⁷⁸⁴.

Se trata de un procedimiento poco utilizado, porque el acreedor rechaza correr el riesgo de resultar adjudicatario del fondo si no aparecen subastadores, pero de todos modos constituye una medida de prevención cuando disimula el precio⁷⁸⁵. Juega un rol preventivo contra las subvaluaciones demasiado evidentes⁷⁸⁶.

Condiciones relativas al precio de venta

Cuando se formaliza un contrato de venta de un fondo de comercio, las partes señalan en el contrato los elementos que son objeto de dicha venta y convienen un precio global que no es otra cosa que la suma de los precios fraccionados que corresponden a sus distintos elementos. Es preciso recordar que puede darse el caso en que se cedan diversos elementos del fondo sin que ello suponga necesariamente su venta. Es el caso,

784 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit., p. 391.

785 GUYON, Yves, op. cit., p. 725.

786 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 377.

por ejemplo, que el vendedor retenga aquellos elementos que se encuentren vinculados a la clientela.

Cuando se trata de un comerciante que vende su existencia de mercaderías y su material de explotación, no se efectúa una venta de fondo de comercio, porque el comprador no adquiere la clientela, la cual es generalmente atraída por otros elementos no vendidos: nombre comercial, enseña, derecho al alquiler. Por el contrario, la cesión de un solo elemento, por ejemplo, del derecho al alquiler, puede constituir por sí sola una venta de fondo de comercio, si la clientela está vinculada al lugar de explotación, como por lo general ocurre en el comercio minorista. Siempre que haya transferencia de clientela, los elementos designados en el contrato con indicación del precio, se venden como parte del fondo cedido en su totalidad⁷⁸⁷.

Si las partes no indican en el contrato el precio de cada uno de los elementos constitutivos del fondo y, por el contrario, se limitan a señalar que se vende, pura y simplemente en determinada suma, surge entonces la dificultad de saber cuál es la extensión de la venta. Frente a este inconveniente se aplica una regla supletoria a la voluntad de las partes, la cual expresa que “el privilegio del vendedor del fondo de comercio se refiere a los elementos enumerados en la venta, y en ausencia de designación precisa, a la enseña y al nombre comercial, al derecho al alquiler, la clientela y a los parroquianos”⁷⁸⁸.

Es preciso observar aquí que esta vieja ley francesa de 1909 le atribuye fundamental importancia al alquiler comercial, que es precisamente uno de los aspectos que más nos interesa en este trabajo, puesto que lo presume como

787 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 350.

788 Artículo 1 de la ley francesa del 17 de marzo de 1909.

un elemento fundamental. Al considerarlo, en ausencia de enunciación precisa de sus elementos, como uno sobre los cuales debe recaer el privilegio del vendedor del fondo, con ello se le otorga un valor indiscutible y de gran importancia al derecho del alquiler comercial.

Con el propósito de garantizar el privilegio del vendedor en los casos que la venta sea a crédito, se estila detallar el precio de cada uno de sus diversos elementos. En la práctica, cuando el comprador va a registrar el acto de venta, se le exige, para fines impositivos, ofrecer un desglose del precio por él pagado por cada uno de dichos elementos. El acto de venta debe ser registrado dentro del mes de haber sido suscrito. Si la administración estima que el precio convenido es insuficiente, puede ordenar un peritaje, y si el precio arrojado por dicho peritaje es superior al consignado en el acto de venta, las partes deberán pagar sus impuestos, de conformidad con el monto fijado por los peritos⁷⁸⁹. En caso contrario, las leyes fiscales francesas le otorgan a la administración la facultad de ejercer un derecho de preferencia de compra del fondo para luego revenderlo. También las partes son pasibles de pagar una multa equivalente a la mitad del precio disimulado.

En cuanto al precio, las partes tienen plena libertad para fijar el que consideren adecuado, el cual debe ser determinado o determinable. No puede estar sujeto a la voluntad ulterior de uno cualquiera de los contratantes. Las partes son libres para determinar las modalidades de pago. Pueden convenir lo mismo un pago al contado que a término, y en esta última eventualidad, el pago puede hacerse de manera escalonada, previendo la indexación. Si se establece esta última, el índice escogido por

789 REYGROBELLET, Arnaud, *op. cit.*, p. 525.

las partes debe guardar una relación directa con el objeto del contrato o con la actividad de una de las partes contratantes⁷⁹⁰. Como ya hemos apuntado anteriormente, el precio debe ser real, serio y sincero⁷⁹¹.

Cuando el precio de venta no se paga al contado, el artículo L.141-5 del Código de Comercio dispone que este debe comprender, por un lado, los elementos incorporeales, y por otro, los elementos corporales. Se trata de una medida necesaria para proteger el privilegio del vendedor. Sin embargo, no tiene ninguna importancia en cuanto a la validez de la venta en sí misma.

Los efectos del contrato de venta son: a) Transferir la propiedad; y b) Imponerle obligaciones a cada una de las partes contratantes, esto es, tanto al vendedor como al comprador⁷⁹². A continuación, veremos más detenidamente las obligaciones de los contratantes.

Obligaciones del vendedor

Las obligaciones del vendedor son esencialmente las que se derivan de todo contrato de venta: la de entregar la cosa vendida, garantizar al comprador de los vicios ocultos y por su hecho personal. Esta última obligación es la que genera mayores dificultades⁷⁹³.

La primera obligación del vendedor del fondo es entregar al comprador todos los elementos contractualmente cedidos, que le permitan retener la clientela del establecimiento. La

790 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 523.

791 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 399.

792 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 210.

793 GUYON, Yves, op. cit., p. 720.

propiedad del fondo se transfiere de pleno derecho en virtud del contrato, y la puesta en posesión puede efectuarse posteriormente, en la fecha convenida por las partes, debiendo el vendedor poner a disposición del comprador los libros de contabilidad y ofrecerle garantía por sus hechos personales, tal como se consagra en el artículo 1628 del Código Civil⁷⁹⁴. La entrega se efectúa de conformidad con las reglas del derecho común previstas en los artículos 1604 y siguientes del Código Civil. Pero algunos de sus elementos se transfieren de conformidad con las reglas que les son propias.

Las mercaderías y el material son entregados al instante en que se pone en posesión al comprador en el establecimiento, según los términos convenidos en el contrato. Sin embargo, para transferir el derecho al alquiler se requiere de una notificación al locador, en la que se le informa la nueva situación, o de una resolución judicial que así lo autorice; el nombre comercial y la enseña se entregan con el certificado de registro correspondiente, y así ocurre con cada uno de los demás elementos, de acuerdo a sus particularidades.

La segunda obligación del vendedor es garantizarle al comprador contra la evicción y los vicios ocultos⁷⁹⁵. La primera de estas garantías consiste en que el vendedor no puede, bajo ninguna circunstancia, sustraerle la clientela cedida a su comprador mediante procedimientos o mecanismos desleales, como sería el de reinstalarse en las proximidades del fondo enajenado. Aunque no se haya convenido contractualmente nada sobre este aspecto, el artículo 1625 del Código Civil le impone al vendedor la obligación de garantizarle al comprador la “posesión pacífica

794 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., pp. 84-85.

795 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 211.

de la cosa vendida⁷⁹⁶. Esto tiene una doble significación, debido a que la garantía no debe limitarse a la obligación de no competencia, sino también debe comprender cualquier reclamo que eventualmente formule un tercero ajeno al contrato, en el sentido de pretenderse propietario del fondo vendido⁷⁹⁷.

Se suelen estipular las cláusulas de no competencia en los contratos de venta de fondos de comercio. La jurisprudencia admite la validez de dichas cláusulas, siempre que no sean absolutas, o sea, que deben ser limitadas en su objeto y en el tiempo⁷⁹⁸. Deben ser limitadas en su objeto, en vista de que solamente se le puede prohibir al vendedor ejercer actividades idénticas o análogas a las que practicaba en el fondo objeto de enajenación. Igualmente, la restricción no puede ser ilimitada en el espacio ni en el tiempo, lo que supone necesariamente un radio de acción o perímetro determinado que el vendedor deberá respetar (cierto número de kilómetros o área específica, por ejemplo) y un lapso limitado (10 años para citar un caso) No debe existir desproporcionalidad entre la prohibición de no competencia y el objeto del contrato⁷⁹⁹. De conformidad con lo antes planteado, es preciso considerar lo siguiente:

- 1) *En el tiempo. Una interdicción perpetua de no competencia sería nula, porque la clientela se modifica con el tiempo; debe estar limitada en su duración, por ejemplo, a 2, 3, o 5 años, según el caso;*
- 2) *En el espacio. Todo depende del género de comercio y de su lugar de establecimiento. Por ejemplo, la cláusula no sería lícita si prohibiese a un propietario de tienda de comesti-*

796 Código Civil de la República Dominicana.

797 La garantía de los vicios ocultos la trataremos más adelante, de forma más amplia.

798 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 353.

799 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 212.

bles de París, que se instale de nuevo en la capital, incluso cambiando de barrio, mientras que sí lo sería si prohibiese al dueño de una tienda de comestibles del pueblo que se estableciese en la misma comuna. Si se trata de una modista de fama, que vende telas de moda, la cláusula mencionada podría ser lícita, porque su clientela puede seguirle en un radio amplio, mientras que la del comerciante al menudeo no se desplaza o se desplaza poco;

- 3) *En el tipo de comercio. La prohibición de no competencia debe estar limitada a un comercio del mismo tipo o similar al explotado por el fondo vendido. Por ejemplo, es ilícita la prohibición hecha al explotador de una sala cinematográfica, de abrir un despacho de bebidas al frente del fondo que vendió⁸⁰⁰.*

Se admite la validez de tales cláusulas en la medida que no colidan con la libertad de comercio⁸⁰¹, principio consagrado en casi todas las constituciones de las democracias modernas. Ahora bien, el vendedor debe respetar escrupulosamente la cláusula de no competencia, pues aquellos que recurren a testaferros u otros mecanismos para vulnerar dicha cláusula, se exponen a una demanda en resolución de contrato y daños y perjuicios por fraude. También puede el juez apoderado dictar una sentencia, ordenando el cierre definitivo del establecimiento ilegalmente instalado, con el propósito de hacerle competencia al adquiriente del fondo.

Es preciso apuntar que la obligación que contrae el vendedor del fondo es eminentemente personal, o sea, que no se

800 GUYÉNOT, Jean, op. cit., pp. 353-354.

801 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 402.

transmite a sus herederos, pudiendo estos, en consecuencia, abrir un negocio que le haga competencia al adquirente del establecimiento cedido por el vendedor⁸⁰². Sin embargo, la jurisprudencia francesa se ha pronunciado en sentido contrario, al prohibirles a los herederos del vendedor reinstalarse en las proximidades del establecimiento transferido por su causante, sobre todo en aquellos casos en los que el causahabiente ha participado en la explotación del fondo cedido o cuando acepta la sucesión. Se entiende que en esta eventualidad existe un riesgo real y cierto de desvío de la clientela cedida⁸⁰³. En igual sentido se pronuncian algunos autores, cuando señalan que la cláusula de no restablecimiento es oponible a los herederos del vendedor que han aceptado la sucesión⁸⁰⁴.

El asunto es distinto, visto desde el ángulo del subadquiriente del fondo cedido, o sea, la transmisibilidad activa de la obligación de no competencia. Se discute en el contrato de venta si la obligación de no competencia comprende únicamente al adquirente o, por el contrario, si también se extiende a un subadquiriente del fondo. En la hipótesis de que se acuerde que dicha obligación comprende al subadquiriente del fondo, estaríamos en presencia de una estipulación por otro. Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha establecido que la cláusula de no restablecimiento constituye un accesorio vinculado al fondo, cuyo beneficio se transmite a todos los subadquirientes sucesivos⁸⁰⁵.

Este criterio es ratificado por la doctrina, cuando apunta que el vendedor se obliga no solamente con el adquirente, sino

802 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 212.

803 Cass. com., 17 mai 1971, Bulletin 1971, IV, No. 133, p. 129.

804 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 86.

805 Cass. com., 20 mai 1962. Bulletin 1962., III, No. 290, p. 238.

también con todos los subadquirientes del fondo. Esta estipulación, por otro, abre un derecho directo al subadquiriente del fondo contra el vendedor primitivo. En el acto de reventa, el adquirente puede transmitir expresamente al subadquiriente los derechos que él tiene contra su vendedor. Pero incluso en ausencia de tales precisiones, se admite que la obligación de no restablecimiento que incumbe al vendedor se transmite automáticamente a todos los adquirentes sucesivos del fondo⁸⁰⁶.

Más claramente, el criterio jurisprudencial francés se inclina por transmitirle a todos los subadquirientes sucesivos del fondo el beneficio de la cláusula de no competencia pactado por el adquirente original⁸⁰⁷. Se trata de una medida sabia y justa, que preserva la lealtad comercial. En caso de que se viole esta obligación, el vendedor puede ser condenado a daños y perjuicios y a cesar, bajo *astreinte*, su actividad, pudiendo el adquirente demandar la resolución del contrato⁸⁰⁸. El vendedor debe radiar su nombre del registro de comercio, puesto que de lo contrario podría ser perseguido por los acreedores del adquirente y se expone a pagar los impuestos relativos al fondo hasta el día en que se efectúe dicha radiación⁸⁰⁹.

Garantía de los vicios ocultos

Cuando se afirma que el vendedor debe garantía por los vicios ocultos, se está indicando que se hace garante de la exactitud de las enunciaciones contenidas en el acto de venta. El artículo 1641 y siguientes del Código Civil francés, al igual que

806 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 221.

807 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 378.

808 RODIÉRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 207.

809 DE JUGLART Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 403.

el dominicano, dispone la obligación de garantía que debe el vendedor al comprador con ocasión de los vicios ocultos⁸¹⁰.

El comprador, tal como se desprende del artículo 1641, tiene la opción entre una acción redhibitoria (demandar la resolución del contrato) o una acción estimatoria (demandar la reducción del precio convenido por las partes) “Esta técnica reviste aquí particular importancia, porque el legislador asimila a un vicio oculto la inexactitud de las menciones que deben figurar en el acto de venta (beneficios y cifras de negocios de los tres últimos años específicamente) El comprador que puede probar que esta inexactitud le ha inducido a error sobre la consistencia y valor del fondo y que le ha sido perjudicial, dispone de un año, a partir de su entrada en posesión, para actuar sea en resolución del contrato o reducción del precio. Transcurrido el plazo de un año, la jurisprudencia le reconoce el derecho de actuar en nulidad o igualmente en reducción del precio sobre el fundamento del dolo, porque esta acción prescribe a los cinco años”⁸¹¹.

Obligaciones del comprador

Dentro de las obligaciones del comprador, la primera es pagar, sea al vendedor o a su mandatario, el precio convenido en el contrato. En efecto, “la principal obligación del comprador es pagar el precio en el día y en el lugar establecidos en la

810 Art. 1641: “El vendedor está obligado a garantizar la cosa vendida por los defectos ocultos que esta tuviere, si la hicieren inútil para el uso a que se destina, o que disminuyen de tal modo este uso, que no lo habría comprado o hubiera dado un precio menor, a haberlos conocido”. Art. 1642: “No es responsable el vendedor de los vicios o defectos manifiestos de los cuales puede convencerse el comprador”. Art. 1643: “Es responsable de los vicios ocultos, aunque no los haya conocido, a no ser que para este caso se haya estipulado que no estará sujeto a ninguna garantía”.

811 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 211.

venta”⁸¹². Y para el caso de que se haya omitido indicar el día y lugar del pago, el artículo 1651 de dicho código señala que “el comprador debe pagar en el lugar y en el momento en que deba hacerse la entrega”⁸¹³.

Cuando el precio es entregado a un intermediario o mandatario del vendedor, el comprador queda liberado cuando se cumplen las siguientes condiciones: el intermediario debe haber sido designado con la previa autorización de su mandante, esto es, el vendedor; y el intermediario debe recibir el monto actuando por cuenta o en representación del vendedor. También debe sufragar los gastos de la venta, en la eventualidad de que el contrato no disponga nada en ese sentido⁸¹⁴. Debe, además, respetar los contratos de trabajo del personal empleado⁸¹⁵.

Mientras, la segunda obligación del comprador es tomar la posesión del fondo vendido de conformidad con la fecha señalada en el acto de venta, esto es, de los elementos fundamentales que sirven para retener a la clientela. En la eventualidad de que el comprador se niegue a recibir el fondo, el vendedor puede demandar judicialmente que se ejecute la convención o, por el contrario, solicitar que se pronuncie la resolución del acto de venta⁸¹⁶.

Si el comprador decide pagar al contado, debe esperar que transcurran los 10 días del aviso de la publicación exigidos por el Código de Comercio francés, a fin de evitar inconvenientes con los acreedores del vendedor, quienes pueden, en ese lap-

812 Artículo 1650, Código Civil de la República Dominicana.

813 Artículo 1650 del Código Civil francés, cuya numeración es igual a la del Código Civil dominicano., p. 391.

814 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., pp. 89-90.

815 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 404.

816 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 579.

so, formular oposición al pago del precio. En el transcurso de esos 10 días que transcurren a partir de dicha publicación, el comprador no está obligado a entregar el precio ni el vendedor puede tampoco exigirlo. Se trata de un privilegio legal instaurado en provecho del vendedor del fondo de comercio, el cual se encuentra regido por los artículos L. 141-5 y siguientes del Código de Comercio francés⁸¹⁷.

En la práctica, el comprador suele pagar una parte del precio al intermediario que se encarga de redactar el acto de venta, o al vendedor, y debe tomar posesión del fondo antes de que expire el plazo, reservándose una porción considerable del referido precio para hacerle frente a los eventuales acreedores del vendedor. Una vez transcurrido dicho plazo, y si no aparecen acreedores reclamantes, entonces se le paga la totalidad del monto pactado al vendedor⁸¹⁸.

El privilegio del vendedor del fondo de comercio

A pesar de que no siempre el vendedor le paga el precio al contado al comprador, en la práctica se suele pactar un monto determinado, que se paga escalonadamente en el tiempo, o sea, se conviene una venta a crédito. En estos casos, el vendedor tiene interés de contar con garantías reales para asegurar el pago del comprador del fondo, puesto que teme su insolvencia antes de que haya saldado la deuda. Siendo así, el vendedor dispone de un privilegio que le permite, en caso de reventa amigable o judicial del fondo, cobrar con preferencia a cualquier otra persona⁸¹⁹.

817 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 275.

818 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 579.

819 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 222.

Asimismo, el vendedor tiene derecho a su privilegio, si consta en un acto auténtico o bajo firma privada, y además, debe inscribirlo en un registro público especial en la secretaría del tribunal de comercio, dentro de los 15 días de haberse suscrito el acto de venta. La inscripción deberá ser renovada cada diez años⁸²⁰. Es oportuno aclarar que el privilegio no se ejerce sobre el conjunto del precio.

Tanto en la inscripción como en el acto de venta, para consignar el privilegio, se debe fraccionar el precio en tres partes: elementos incorporeales, materiales y mercancías. El privilegio se ejercerá en el siguiente orden: mercancías, material y elementos incorporeales, y ninguna convención permite derogar este orden legal de imputación de los pagos⁸²¹.

Ahora bien, los privilegios establecidos en la materia civil no operan en la comercial, en razón de que en caso de quiebra del comerciante, el vendedor no pagado debe concurrir, con los demás acreedores quirografarios, y en igualdad de condiciones, a cobrarse de la masa de bienes. Sobre este particular cabe referir que la ley francesa del 19 de marzo de 1909, en su artículo 2, derogó esta desigualdad para evitar que todos los vendedores de fondos de comercio exigieran la totalidad del pago al momento de concretarse la venta. Para estos fines, el legislador galo organizó un sistema que le permite al vendedor garantizar el pago con un privilegio que grava el fondo adquirido por el comprador.

El referido artículo 2 de la ley francesa del 19 de marzo de 1909 restableció para el vendedor del fondo el privilegio que

820 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 405; DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 309.

821 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., pp. 405-406.

prevalece en materia civil para el vendedor no pagado, y declaró inaplicables las disposiciones del Código de Comercio que fueran contrarias a dicho privilegio. Esto le permite al vendedor del fondo sustraer de la masa de bienes del comprador el fondo no pagado, para promover la venta judicial y cobrarse así con preferencia a otros acreedores. Sin embargo, para hacer efectivo el privilegio se ha organizado un sistema de publicidad análogo al de las inscripciones inmobiliarias.

En cuanto al artículo 22 de la citada ley, se le permite al vendedor de un fondo no pagado recuperarlo de manos de cualquier persona, restableciéndose así plenamente el derecho de preferencia y persecución en su provecho. Se requieren dos condiciones para preservar ese derecho: 1) Es preciso que la venta sea demostrada por escrito, en un acto auténtico o bajo firma privada que sea previamente registrado, y; 2) El vendedor debe inscribir su privilegio en un registro especial dentro de los quince días posteriores a la suscripción del acto de venta, lo cual le confiere un derecho de preferencia y persecución sobre el fondo, con relación a los demás acreedores del comprador⁸²².

La publicidad surte sus efectos a partir de esta inscripción, que debe hacerse dentro del plazo de los quince días, so pena de nulidad, no pudiendo alegar ningún agravio los acreedores del comprador, debido a que pudieron informarse antes de negociar con él. En cuanto a los privilegios del vendedor, “si los elementos vendidos han sido designados en el contrato, el privilegio con derecho de persecución y preferencia, lo mismo que la acción resolutoria, actúa sobre los elementos enumerados en el contrato escrito e inscrito. Si no se han indicado los elementos vendidos, el privilegio se ejerce sobre cada uno

822 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 214.

de los elementos siguientes: mercaderías, material y clientela (artículo 1, párrafo 2). Una inscripción regularmente realizada tiene efecto retroactivo, ya que el privilegio adquiere su rango en la fecha en que fue suscrito el acto de venta⁸²³.

Los pagos que resulten del ejercicio del privilegio se imputan en el orden siguiente: primero sobre las mercaderías, luego sobre el material y, por último, sobre los elementos incorpóreos⁸²⁴. El privilegio, además de ser ejercido por el vendedor, puede también ser ejecutado por cualquier persona física o moral que reciba el título de crédito. Más claramente, el adquirente del crédito privilegiado se beneficia en las mismas condiciones que el cedente. En estos casos, el cesionario se subroga en los derechos del cedente. El privilegio del vendedor recae separadamente sobre distintos elementos del fondo; en cambio, la pignoración grava la totalidad del fondo de comercio⁸²⁵.

Este privilegio protege al vendedor de las pignoraciones posteriores que pudieran ser consentidas por el adquirente, y contra eventuales enajenaciones del fondo de comercio. El acreedor inscrito no tiene que formular oposición en caso de venta y, dado que el precio de dicha venta debe fraccionarse entre los elementos incorpóreos, los materiales y las mercancías, el privilegio se ejerce separadamente sobre el precio de reventa de cada categoría⁸²⁶. Pero si el acto de venta ha sido redactado con una cláusula a la orden, el endoso del acto opera cesión del privilegio⁸²⁷.

823 DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, op. cit., p. 87.

824 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 357.

825 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 406.

826 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 398.

827 Código de Comercio francés, artículo L. 143-18.

La acción resolutoria

Si el comprador no paga el precio convenido en el acto de venta, puede el vendedor solicitar la resolución judicial de dicha venta, siempre que se reserve tal posibilidad al momento de inscribir su privilegio⁸²⁸. En este sentido, el vendedor tiene la opción de anular la venta mediante una acción judicial que le permitiría recuperar su bien mobiliario en calidad de propietario.

Si el vendedor no pagado prefiere entrar en posesión del fondo cedido, puede incoar la acción resolutoria, de conformidad con el derecho común (artículos 1184 y 1654 del Código Civil), pero a condición de reservarse expresamente ese beneficio al instante de inscribir su privilegio. Asimismo, debe notificarle esta acción a los acreedores inscritos del fondo, con el propósito de desinteresarlos posteriormente⁸²⁹. En el mes de esta notificación, los acreedores del comprador podrán evitar la resolución pagando el precio al vendedor, porque de lo contrario, la resolución deviene efectiva, y el vendedor retoma todos los elementos del fondo⁸³⁰.

La falta de pago del fondo por parte del comprador es suficiente para que el vendedor pueda interponer la acción resolutoria sin que sea necesario aportar la prueba de una falta⁸³¹. Puede darse el caso de que el tribunal apoderado le conceda plazos al comprador, según las circunstancias, con la finalidad de que ejecute su obligación. Mientras la resolución no haya sido pronunciada por el tribunal apoderado, el adquirente

828 DECOQ, Georges, op. cit., p. 275.

829 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 215; RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 209.

830 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 408.

831 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 579.

puede ofrecer el pago de la suma debida al vendedor, a fin de neutralizar la persecución. Estas ofertas de pago pueden emanar del comprador, así como de cualquier persona interesada en evitar la resolución del contrato, como un acreedor del comprador o un subadquiriente. Los jueces del fondo se encargarán de apreciar si la oferta realizada en el transcurso de la instancia puede ser aceptada o descartada.

Con el propósito de informarle a los terceros de la existencia de una acción resolutoria, la legislación francesa prevé que la inscripción deberá realizarse, bajo pena de nulidad, dentro de los quince días siguientes a la fecha del documento de compraventa. Primará sobre cualquier otra inscripción hecha en el mismo plazo y será oponible a los acreedores del comprador en situación de suspensión de pagos o en liquidación judicial, así como a sus causahabientes. De igual modo, expresa que la acción resolutoria descrita en el artículo 1654 del Código Civil deberá ser anotada y reservada expresamente en la inscripción, para producir sus efectos. No podrá ejercerse en perjuicio de terceros tras la extinción del privilegio. Se limitará, como el privilegio, a los elementos que hayan formado parte de la venta⁸³². Esta publicidad es inspirada en el modelo utilizado para preservar la acción resolutoria en materia de venta de inmuebles⁸³³.

De manera que para ser oponible a los terceros, debe ser expresamente señalada en la inscripción del privilegio del vendedor, pero no es obligatorio que dicha mención figure en el acto de venta. La acción resolutoria no puede ser interpuesta en perjuicio de los terceros, luego de haberse extinguido el

832 Código de Comercio francés, artículo L. 141-6.

833 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 224.

privilegio⁸³⁴. En otras palabras, la sanción es severa cuando no se inscribe el privilegio o la acción resolutoria, puesto que se priva al vendedor de la posibilidad de incoar la repetida acción contra los terceros.

En principio, le corresponde al vendedor incoar la acción resolutoria, pero podría también ser interpuesta por un tercero subrogado en sus derechos; tal es el caso de un heredero. En la eventualidad de que un fondo tenga varios propietarios, y a la vez, todos figuren como vendedores, la acción debe ser incoada por todos, en virtud del carácter indivisible del fondo de comercio, y lo mismo ocurriría si se tratase de varios herederos⁸³⁵.

El vendedor que ejerce la acción resolutoria debe notificarle a los acreedores inscritos en su domicilio elegido en la inscripción, los cuales disponen de un plazo de un mes para neutralizarla, siempre y cuando paguen a nombre o por cuenta de su deudor⁸³⁶. A falta de notificación, la demanda en resolución es inadmisibile. También se le debe notificar a los acreedores inscritos cuando existe una cláusula resolutoria expresa o cuando interviene una resolución amigable.

Esta acción está limitada a los elementos que se encuentran gravados por el privilegio, aunque el vendedor tiene el derecho o puede ser obligado a retomar todos los elementos del fondo vendido, igualmente aquellos que han sido exonerados del privilegio, como por ejemplo, el material y las mercancías. Se determinará en esta situación la cantidad que el vendedor deberá restituir⁸³⁷.

834 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 215.

835 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 589.

836 BLARY-CLÉMENT, Edith op. cit., p. 36; RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 209.

837 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 209.

La sentencia que pronuncia la resolución de la venta aniquila retroactivamente el contrato, de conformidad con los conceptos del derecho común, lo que supone que el fondo retorna al patrimonio del vendedor y este, a su vez, debe restituir la suma percibida⁸³⁸. En cambio, el comprador tendrá que devolver los frutos que haya recibido con ocasión de la explotación del fondo. Además, el vendedor puede exigir al comprador una indemnización en daños y perjuicios, sobre todo, cuando este último, por su mala gestión, ha disminuido el valor del fondo. Por lo antes indicado, la demanda en resolución alcanza a los subadquirientes del fondo de comercio, a menos que estos puedan demostrar su buena fe.

La resolución de la venta es oponible tanto a los acreedores del vendedor como a los inscritos, pero no a los acreedores prendarios del comprador⁸³⁹. Estos últimos pierden su derecho de persecución sobre el fondo de comercio cuando el fondo retorna al patrimonio del vendedor. Sin embargo, conservan un derecho de preferencia sobre las sumas percibidas con ocasión de la recuperación del material y las mercancías. La resolución de la venta también alcanza el arrendamiento, comprendido en el perímetro del fondo; en estos casos, el contrato de arrendamiento se encuentra privado de causa y vuelve a su estado anterior.

El vendedor, tal como dispone el derecho común, debe respetar los actos de administración cumplidos por el adquirente, antes de haberse pronunciado la resolución de la venta. Más todavía, la resolución de la venta también tiene consecuencias sobre la locación gerencia, ya que en estos casos se produce

838 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 379.

839 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 592.

la resiliación del contrato de locación gerencia. Al incorporar retroactivamente el bien en el patrimonio del vendedor, genera grandes dificultades, en razón de que los elementos del fondo no son siempre los mismos⁸⁴⁰.

Adicionalmente a las obligaciones de pagar y tomar posesión del fondo adquirido, el comprador debe pagar todos los gastos accesorios a la venta. “Estos gastos están constituidos por los derechos de traspaso percibidos por el fisco, con ocasión de la venta del fondo. El Tesoro goza también de un privilegio que prima sobre el del vendedor. A estos gastos de venta propiamente dichos, hay que agregar las remuneraciones de los intermediarios del vendedor y el comprador. Según el convenio hecho con los intermediarios, corren a cargo de una u otra de las partes o se reparten entre ellas (en general, a cargo del comprador que se dirige al intermediario elegido por el vendedor). Mas, en las ventas de fondo de comercio, el intermediario no puede recibir, so pena de sanciones penales, ni remuneración, ni suma alguna en consignación, mientras la operación no se haya concluido y demostrado por escrito”⁸⁴¹.

También el comprador se encuentra obligado a respetar los contratos de trabajo consentidos previamente por el vendedor del fondo, en virtud de la legislación laboral. Entre las obligaciones del comprador sobre advertir al vendedor de las modificaciones ocurridas en el asiento del privilegio, el artículo 12 de la ley de 1909 refiere que como deudor del precio, debe notificarle al vendedor del traspaso del fondo, para que este pueda efectuar las modificaciones necesarias en el registro. Igualmente, deja claro, en su artículo 14, que debe informarle, a

840 RIPERT, Georges et ROBLOT, R. , op. cit., p. 399.

841 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 358.

los fines de que el propietario pueda demandar la resiliación del contrato de alquiler, en caso de ser necesario. Y en su artículo 20 dispone el mecanismo que debe emplearse para practicar embargo ejecutorio sobre el material y las mercaderías⁸⁴².

El comprador que, por su negligencia, no se ocupe de informarle oportunamente al vendedor para que ejecute las modificaciones necesarias en su inscripción, se expone a ser demandado en daños y perjuicios, y además, pierde el beneficio del término. En principio, el adquirente debe también encargarse de efectuar la publicidad requerida por la ley para informarle a los terceros de la negociación y sufragar los gastos, a menos que se estipule lo contrario en el acto de venta. Los gastos incluyen, generalmente: los derechos de registro y sellos, la publicación, la inscripción en el registro, la inscripción del privilegio del vendedor, honorarios de los que redactan los actos, los gastos de peritos en aquellos casos en que se procede a una evaluación de los materiales y mercaderías y eventualmente, la remuneración de intermediarios.

La legislación fiscal francesa establece un derecho de mutación en las ventas de fondos de comercio, al consignar que “las mutaciones a título oneroso de fondos de comercio o de clientelas se encuentran sometidas a un derecho de registro”⁸⁴³. Es preciso observar aquí que se incluye el término clientela porque podrían transferirse elementos del fondo que no se encuentren necesariamente vinculados a los derechos de registro exigibles desde que se transfiere la clientela, sea de forma explícita o implícita, ya que como hemos indicado, en ausencia de ella no podemos hablar de la existencia o cesión de fondos de comercio.

842 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 359.

843 Código General de Impuestos francés, artículo 719.

En vista del carácter abstracto o intangible del fondo, en ocasiones, las partes, para evitar el pago de los impuestos correspondientes al registro, se limitan en el acto de venta a señalar que se transfieren determinados elementos, omitiendo mencionar el fondo, lo que constituye una cesión disfrazada del mismo. Por esta razón le corresponde a la administración fiscal investigar si los elementos cedidos guardan estrecha relación con la clientela, en cuyo caso podría imponer sanciones a las partes que maliciosamente pretendan evadir impuestos por esta vía⁸⁴⁴.

Venta de los elementos incorporeales del fondo

Los elementos incorporeales, al igual que los corporales, revisten mayor o menor importancia, de conformidad con su poder de atracción sobre la clientela. En determinados casos, el nombre será un elemento fundamental. En otros, el derecho al arrendamiento, la marca, la enseña y así sucesivamente. Cada fondo tiene sus particularidades, que difieren sustancialmente de los demás. De ahí la dificultad que se presenta en la práctica para precisar cuáles son elementos esenciales y secundarios en su composición.

En lo que toca al arrendamiento debemos apuntar que generalmente la cesión del fondo comporta la del derecho de arrendamiento sobre el local en el que se explota, ya que el disfrute del local suele ser una condición fundamental para la explotación comercial. Por eso, el legislador francés ha dispuesto la nulidad de las cláusulas que pretendan prohibirle al locatario ceder el derecho de arrendamiento del local en el que se

844 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 580.

encuentra su fondo. “Serán igualmente nulos de pleno derecho, cualquiera que sea su forma, los acuerdos susceptibles de prohibir al arrendatario la cesión de su contrato de arrendamiento o de los derechos derivados del presente capítulo al comprador de su fondo comercial o de su empresa. En caso de fusión de sociedades o aportación de una parte del activo de una sociedad nacida de la fusión o la sociedad beneficiaria de la aportación, la misma sustituirá, salvo estipulación en contrario, a aquella en provecho de la cual se concedió el contrato de arrendamiento con todos los derechos y obligaciones que se derivaban de él⁸⁴⁵. “En caso de cesión, de fusión o de aportación, si la obligación de garantía no pudiera ser asegurada en los términos del acuerdo, el Tribunal podrá sustituirlas por las que juzgue suficientes. Podrá, además, ser condenado a pagar al arrendatario una indemnización en razón del perjuicio sufrido por este último”⁸⁴⁶.

De conformidad con la interpretación dada por la Corte de Casación francesa al artículo L. 145-16 del Código de Comercio, la misma expresa que la prohibición solo alcanza a las cláusulas que le impidan al arrendatario su cesión del contrato de arrendamiento, pero no a las que se limitan a encuadrar ese derecho como, por ejemplo, las que le impongan al locatario el cumplimiento de ciertas formalidades o las que exijan el acuerdo previo del arrendador o propietario del local⁸⁴⁷.

Por otra parte, la cesión del fondo supone también la del nombre comercial y la enseña, a menos que las partes hayan previsto lo contrario en el contrato de venta. “El crédito privilegiado del vendedor de un fondo de comercio solo existirá

845 Código de Comercio francés, artículo L. 236-22.

846 Código de Comercio francés, artículo L. 145-16.

847 Cass, com, 19 févr. 1963, Bulletin 1963, III, No. 110; Cass. civ. 2 oct. 2002, Bulletin Civil, III, No. 192.

si se hubiera consignado la venta en escritura pública o en un documento privado, debidamente registrado, y hubiera sido inscrita en un registro público situado en la Secretaría del Tribunal de Comercio en cuya circunscripción se explotara dicho fondo de comercio. Solo afectará a los elementos del fondo enumerados en la venta y en la inscripción, y si no existiera designación precisa, al rótulo y nombre comercial, al contrato de arrendamiento, a la clientela y al buen nombre del fondo de comercio. Se determinarán separadamente los precios de los elementos incorporales del fondo de comercio, el material y las mercancías. El crédito privilegiado del vendedor garantizado por cada uno de estos precios, o por el resto del precio debido por los demás elementos, se ejercerá separadamente sobre los respectivos precios de la reventa correspondientes a las mercancías, al material y a los elementos incorporales del fondo. Salvo acuerdo en contrario, los pagos parciales que no sean al contado se imputarán primero al precio de las mercancías; después, al precio del material. —Luego— se procederá a determinar la tasación con relación al precio global del precio de reventa, si se aplica a uno o a varios elementos no incluidos en la primera venta”⁸⁴⁸.

De manera que solo serán susceptibles de ser incluidos en la pignoración sujeta a las disposiciones del presente capítulo, como formando parte de un fondo comercial: el rótulo y el nombre comercial, el derecho al contrato de arrendamiento, la clientela y el buen nombre, el mobiliario comercial, el material y las herramientas que sirvan para la explotación del fondo de comercio, las patentes de invención, las licencias, las marcas, los diseños y modelos industriales, y generalmente, los dere-

848 Código de Comercio francés, artículo L. 141-5.

chos de propiedad intelectual vinculados a ellos. El certificado de adición posterior a la pignoración que incluya la patente a la que se aplique, seguirá la misma suerte de esta patente y formará parte, como ella, de la garantía constituida. Si no hubiera un desglose expreso y preciso en el acta que la constituye, la pignoración solo incluirá el rótulo, el nombre comercial, el derecho al arrendamiento, la clientela y el buen nombre. Si la pignoración se hiciera sobre un fondo de comercio y sus sucursales, estas deberán ser designadas con las indicaciones precisas de su emplazamiento. Es por ello que de la combinación de los artículos L.141-5 y L.142-2, se desprende que a falta de designación expresa, la prenda y el privilegio del vendedor recaen sobre la enseña, el nombre comercial, el derecho al arrendamiento y la clientela⁸⁴⁹.

El nombre comercial y la enseña se pueden ceder de manera aislada, a condición de que no constituyan el soporte esencial de la clientela⁸⁵⁰. Ambos elementos se ceden de forma sucesiva a los distintos adquirentes. En el capítulo II del presente trabajo se estudia todo lo relativo al nombre comercial, y de este modo confirmamos que cuando se trata de un nombre patronímico, el contrato puede imponer al cesionario añadirle el término “sucesor”, para evitarle así confusiones a los terceros⁸⁵¹. Sin embargo, en principio, como ya hemos aclarado antes, tanto el nombre comercial como la enseña se ceden conjuntamente con el fondo, salvo estipulación en contrario.

En lo concerniente a las marcas de fábrica, su cesión puede efectuarse independientemente del fondo. Corresponderá a los

849 Código de Comercio francés, artículo L. 142-2.

850 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 515.

851 LEMEUNIER, F., op. cit. p. 25.

jueces en la materia determinar si la transferencia de la marca comporta la de la clientela y, en consecuencia, la del fondo.

Las patentes de invención obedecen a un régimen particular, dado que solamente es oponible a los terceros cuando se inscribe en el registro nacional de patentes, que en Francia corresponde al INPI (Instituto Nacional de Propiedad Intelectual)⁸⁵². Sin embargo, en el contrato que regula la transferencia de un fondo de comercio, se debe indicar si las patentes se encuentran incluidas en la venta. De no ser así, corresponde a los jueces indagar la intención de las partes. Pero si las patentes se encuentran estrechamente vinculadas al fondo, la venta de este último supone evidentemente la de la patente.

En cuanto a los diseños y modelos, es importante que el propietario especifique de forma clara y detallada, en el contrato de venta del fondo, si cederá únicamente el derecho a la reproducción de estos elementos o si, por el contrario, cederá solamente la obra. Dicho contrato debe hacerse por escrito y es oponible a los terceros luego de que se registre en el INPI (Instituto Nacional de Propiedad Intelectual)⁸⁵³.

Sobre las licencias o autorizaciones administrativas, se encuentran permisos denominados “reales”, los cuales son cedidos en función de la actividad del fondo y no de la persona que lo explota. Tratándose de negocios de bebidas alcohólicas, la licencia constituye un elemento fundamental. Sin embargo, se presentan casos en los que el fondo puede ser cedido sin necesidad de la licencia, pues la misma puede ser adquirida por el nuevo propietario, por su cuenta. Claro está, como en los

852 En la República Dominicana se conoce como ONAPI (Oficina Nacional de la Propiedad Industrial).

853 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 516.

demás casos, si el único activo que permanece es la licencia, su cesión conlleva la del fondo. Existen, además, autorizaciones administrativas, concedidas en función de la persona. A estas autorizaciones se les conoce como “personales”, las cuales no pueden ser transferidas con el fondo. Cuando se presenta este tipo de eventualidades, se requiere una autorización previa de la administración, que autorice al sucesor para ceder el fondo⁸⁵⁴.

Al analizar los contratos de trabajo y de seguro, se observa que estos se transmiten de pleno derecho al adquirente del fondo⁸⁵⁵. Se trata de disposiciones de orden público, que deben ser respetadas. No obstante, los contratos concluidos *intuitu personae* no pueden ser transferidos sin el consentimiento del tercero cedido. En este sentido, es necesario suscribir un nuevo acuerdo entre este último y el cesionario del fondo.

Con relación a los créditos, deudas, contratos e inmuebles, elementos estos considerados no cesibles con el fondo, como bien se explicó en el capítulo II, no se consideran como parte del mismo. Por consiguiente, se encuentran excluidos de la cesión del fondo. Asimismo, los documentos contables y las correspondencias comerciales son considerados también como elementos excluidos o no cesibles. En el caso de los primeros, cuando opera la transferencia, el propietario debe ponerlos a disposición del adquirente. En cuanto a los segundos, solo se transfieren si las partes así lo han convenido.

El objetivo de la contabilidad es doble, puesto que permite al adquirente constatar la exactitud de las afirmaciones del vendedor, así como procurar las pruebas necesarias, en caso de litigio, con el propósito de poder ejercer la obligación

854 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., pp. 516-517.

855 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 28.

de garantía que debe asegurarle el vendedor. “El día de la entrega, el vendedor y el comprador darán el visto bueno a todos los libros de contabilidad llevados por el vendedor y que se refieran a los tres años que precedan a la venta o al tiempo que haya durado su posesión, si ha sido menor a este plazo. Estos libros serán objeto de un inventario firmado por las partes, a cada una de las cuales le será entregado un ejemplar del mismo. El cedente deberá poner estos libros a disposición del comprador durante tres años, a partir del momento en que tome posesión del fondo. Toda cláusula en contrario se tendrá por no puesta”⁸⁵⁶.

De manera que el artículo L. 141-2, del Código de Comercio francés no prevé ninguna sanción, en caso de incumplimiento de las formalidades que consigna, y es claro al establecer que todos los libros de contabilidad deben ser objeto de inventario firmado por las partes, recibiendo cada una de ellas un ejemplar. En la hipótesis de que el vendedor tenga menos de tres años de explotación de su fondo, solo entregará la contabilidad correspondiente a su período, aunque el vendedor puede poner a disposición del comprador los libros de contabilidad por medio de un contable, esto es, no tiene que entregar dicha información en manos del adquirente, ya que es suficiente con que la ponga a su alcance por medio de un tercero, en este caso, el contable.

Además de los elementos incorporales que ya hemos analizado, existen otros que se transmiten en principio al adquirente del fondo, salvo que las partes acuerden lo contrario. Entre ellos podemos señalar: los contratos de seguros, de distribución, de crédito-arrendamiento, de trabajo, entre otros.

856 Código de Comercio francés, artículo L. 141-2.

La venta de los elementos corporales del fondo

Como ya fue expuesto anteriormente, la venta debe, en principio, recaer sobre la universalidad o totalidad de los elementos que componen el fondo. En otras palabras, no debe limitarse a uno o varios elementos aislados, y en caso de que así sea, entonces se precisa determinar su importancia con relación a la clientela.

A menos que las partes hayan estipulado lo contrario en el acto de venta, los materiales se encuentran incluidos en la cesión del fondo de comercio⁸⁵⁷. Nada impide que los materiales sean excluidos de la cesión de un fondo de comercio, máxime cuando no son indispensables para retener a la clientela, elemento esencial del mismo. Por el contrario, si los materiales son fundamentales o indispensables para la explotación del fondo, su transferencia supone necesariamente la del fondo. Se entiende que la cesión de los materiales y herramientas, acompañada de una cesión de clientela no es simplemente una transferencia de bienes corporales, sino una auténtica cesión de fondo de comercio.

En cuanto a las mercancías, debe indicarse que, al igual que los materiales, se encuentran en principio incluidas en la transferencia del fondo⁸⁵⁸. Pero nada impide ceder el fondo excluyendo las mercancías, las cuales pueden enajenarse de manera independiente. Un comerciante puede perfectamente vender por un lado las mercancías y por otro el fondo, salvo que dichas mercaderías constituyan el soporte fundamental de la clientela.

857 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 510.

858 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 29.

Efectos de la venta para los acreedores del vendedor

En vista del carácter fundamental que suele tener el fondo en el patrimonio del comerciante, el cual motiva a sus acreedores a facilitarle importantes sumas de dinero, el legislador se ha visto en la necesidad de adoptar una serie de medidas para proteger a dichos acreedores que se encuentran desprovistos de garantías reales o personales. Es sabido que el dinero es fácil de distraer, eventualidad esta que colocaría en situación muy difícil a los acreedores del vendedor, al momento de una posible transferencia que implicaría una variación sustancial en el patrimonio del deudor, puesto que el fondo sería reemplazado por una suma de dinero que, reiteramos, resulta sumamente fácil sustraerla del alcance de sus acreedores.

Para evitar maniobras que tiendan a defraudar esos derechos, la ley del 17 de marzo de 1909 ha previsto medidas de publicidad, cuya inobservancia acarrea la inoponibilidad para los acreedores del vendedor del fondo. El propósito de las medidas de publicidad antes indicadas es proveerle a los repetidos acreedores de un mecanismo de información que les permita oponerse al pago del precio, situación que obliga al comprador a conservarlo hasta que transcurra el plazo necesario para que los acreedores realicen las diligencias de rigor⁸⁵⁹.

Los acreedores del vendedor pueden oponerse al pago del precio mediante notificación realizada al vendedor del fondo dentro de los diez días que siguen a la fecha de la última publicación. El comprador solamente podrá pagar la suma convenida con el vendedor, una vez haya transcurrido el plazo legalmente consignado, siempre y cuando no se le haya formulado ninguna oposición⁸⁶⁰.

859 BLARY-CLEMENT, Edith, op. cit., p. 33.

860 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 209.

Los acreedores oponentes pueden hacerse pagar con preferencia al vendedor del fondo. En este caso, el comprador subroga a los acreedores en los derechos del vendedor, ya que le deduce a este último las sumas pagadas a dichos acreedores. Por otra parte, están facultados los acreedores oponentes, con la condición de notificarle tanto al vendedor como al comprador, revender en subasta el fondo con un aumento de la sexta parte del precio dentro de los veinte días que sigan a la última publicación. El referido incremento de la sexta parte debe ser validado por el tribunal de comercio, y si no concurre nadie a la subasta, será declarado adjudicatario del fondo el acreedor que promueva la venta.

La ejecución forzosa del fondo de comercio

La ejecución forzosa ha sido establecida con el propósito de facilitarle el cobro de su crédito a los acreedores inscritos que no han sido satisfechos. En favor de estos se ha diseñado un procedimiento que les permite solicitar la venta judicial del fondo, según se establece en los artículos L. 143-1 y siguientes del Código de Comercio francés.

En la eventualidad de que no haya acreedores inscritos u oponentes, el acreedor persiguiendo puede hacerse autorizar por el tribunal para recibir directamente el monto de su crédito de manos del adjudicatario; de lo contrario, habría lugar a un proceso de distribución por contribución. En la práctica, estos procedimientos son escasos⁸⁶¹. “El acreedor inscrito puede solicitar la venta judicial del fondo de comercio ocho días después del requerimiento de pago dirigido al deudor y al ter-

861 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 225.

cero detentador, si lo hubiera. La demanda será iniciada ante el tribunal de comercio⁸⁶² en cuya circunscripción se explotase dicho fondo, el cual resolverá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo L. 143-4⁸⁶³.

Para evitar la depreciación del valor del fondo como consecuencia de la enajenación de alguno de sus elementos, el legislador permite a los acreedores inscritos demandar la venta global de dicho fondo, en caso de embargo de algunos de los referidos elementos. “No se procederá a la venta separada de uno o varios elementos de un fondo de comercio gravado con inscripciones, demandada judicialmente o bien por embargo ejecutivo, o bien en virtud de las disposiciones del presente capítulo, hasta al menos diez días después de la notificación de la acción judicial a los acreedores que se hayan inscrito al menos quince días antes de dicha notificación, en el domicilio elegido por ellos en sus inscripciones. Durante este plazo de diez días, todo acreedor inscrito, haya o no vencido su deuda, podrá emplazar a los interesados ante el Tribunal de Comercio

862 El Tribunal nombrará, si procede, a un administrador provisional del fondo de comercio, fijará su precio, determinará las condiciones principales de la venta, y designará a un oficial público que realice el pliego de condiciones para proceder a dicha venta. La publicidad extraordinaria, cuando se considere útil, será regulada por decisión judicial o, en su defecto, por resolución del presidente del Tribunal de comercio emitida en respuesta a una demanda. Por esta resolución, este último podrá autorizar al demandante, si no hubiera otro acreedor inscrito u oponente, y previo descuento de los gastos privilegiados en beneficio de quien tenga derecho a ellos, a cobrar el precio directamente contra un simple recibo del adjudicatario, o del oficial público vendedor, según los casos, previa deducción o hasta el importe total de su deuda en capital, intereses y gastos. El Tribunal de comercio resolverá, dentro de los quince días siguientes a la primera audiencia, en sentencia judicial no susceptible de oposición, directamente ejecutable. La apelación de la resolución será suspensiva. Se formulará dentro de los quince días siguientes a la comunicación a la parte y será juzgada por el Tribunal en el plazo de un mes. La sentencia será directamente ejecutable. Artículo 143-4 del Código de Comercio francés.

863 Código de Comercio francés, artículo L. 143-5.

en cuya circunscripción se explote el fondo de comercio, para solicitar que se proceda a la venta de todos los elementos del fondo de comercio, por requerimiento del demandante o por su propio requerimiento, en los términos y en conformidad de las disposiciones de los artículos L. 143-3 à L. 143-7. El material y las mercancías serán vendidos al mismo tiempo que el establecimiento, por tasaciones separadas, o por precios independientes si el pliego de condiciones obligara al adjudicatario a evaluarlos por medio de un peritaje. Se procederá al desglose de los precios de coste para los elementos del fondo de comercio no gravados por privilegios inscritos”⁸⁶⁴.

Distribución del precio entre los acreedores

Usualmente se emplean dos modos de distribución: la amigable y la que resulta por contribución. La amigable es realizada entre los propios acreedores, quienes se ponen de acuerdo entre sí y el excedente del precio se le devuelve al vendedor⁸⁶⁵. Ahora bien, si el precio es inferior al monto de la suma adeudada y no hay acuerdo entre los acreedores para la distribución del mismo, se deposita entonces en manos de un secuestrario o en una caja de depósitos especializada para esos fines.

La que se efectúa por contribución es distinta, en razón de que la suma se deposita en una caja de depósitos y el tribunal prepara un documento en el que propone un mecanismo de distribución entre los diferentes acreedores, el cual se les da a conocer para que emitan su opinión. Si dentro de los quince días posteriores a su notificación, los acreedores no formulan reparos u objeciones al repetido documento de distribución,

864 Código de Comercio francés, artículo L. 143-10.

865 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 705.

entonces se da por definitivo. Puede ocurrir que los acreedores no lleguen a un acuerdo, en cuyo caso, el juez los convoca para una audiencia de conciliación, a la cual también se suele convocar al deudor. Si no se logra un consenso sobre la distribución del monto, le corresponde al tribunal repartir, de conformidad con las reglas que rigen la materia y las del derecho común⁸⁶⁶.

Generalmente, para la distribución, se toma en consideración el orden de las inscripciones, y si dos acreedores coinciden con la misma fecha, les tocará concurrir en igualdad de condiciones, de conformidad con la reglas del derecho común. El crédito que pertenece al fisco tiene preferencia sobre cualquier otro crédito, así como los gastos de justicia. Si se suscitan diferencias entre acreedores privilegiados, se le otorga preferencia al más antiguo. “Cuando el precio de la venta esté definitivamente fijado, haya habido o no sobrepuja, si no hubiera acuerdo entre los acreedores para el reparto amistoso de su precio, el comprador estará obligado a consignar la porción exigible del precio, a petición de cualquier acreedor y en los quince días siguientes, y el excedente, a medida que pueda ser exigible, se destinará al pago de todas las oposiciones depositadas en sus manos, a las inscripciones que gravan el fondo y a las cesiones que se le hubieran notificado”⁸⁶⁷.

Es importante tener en cuenta que los acreedores inscritos tienen un derecho de preferencia y persecución que les permite vender el fondo sin tomar en cuenta quién adquiera el mismo. Este derecho opera cuando el fondo se transfiere en su totalidad.

Por otro lado, cuando el adquiriente quiera sustraerse del derecho de persecución, puede optar por la purga de los privile-

866 LEMEUNIER, F., op. cit., pp. 168-169-170.

867 Código de Comercio francés, artículo L. 141-20.

gios. No obstante, en el caso de que el precio resulte insuficiente para los acreedores inscritos, estos pueden promover la puja ulterior de la décima parte, mediante la cual dichos acreedores ofrecen un precio por los elementos incorporeales incrementado en la décima parte⁸⁶⁸.

La doctrina francesa ha elaborado, inspirándose en los procedimientos que se utilizan en el derecho común en materia de inmuebles, un mecanismo complejo, en relación a la venta judicial del fondo de comercio, con el objetivo de preservar los intereses tanto del propietario del fondo como de sus acreedores. En resumidas cuentas, resultan apropiadas las disposiciones sobre la venta, ya que establecen un equilibrio para salvaguardar los intereses de las partes.

El aporte del fondo de comercio a una sociedad

El aporte de un fondo de comercio a una sociedad entra en la esfera de los aportes en naturaleza. Dicho aporte puede ser realizado para que sea propiedad de la sociedad receptora o, por el contrario, para que sea administrado por dicha sociedad. En el primer caso se opera una transmisión del bien, mientras que en el segundo, el aporte se efectúa por un período determinado, generalmente el que corresponde a la duración de la sociedad, pudiendo el aportador retomar su fondo cuando expire el término de la misma⁸⁶⁹.

En ocasiones, el propietario de un fondo lo aporta a una sociedad comercial impulsado por diferentes razones: sea porque desea desarrollar su negocio, limitar su responsabilidad

868 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 609.

869 LEMEUNIER, F., op. cit., pp. 279-280.

o desvincular la empresa de su persona⁸⁷⁰. El aporte es un acto jurídico que se encuentra sometido a las condiciones de fondo comunes a todos los actos jurídicos, esto es, al consentimiento, capacidad, objeto y causa previstos en el artículo 1108 del Código Civil.

Esta operación presenta los mismos riesgos que la venta, puesto que entraña mutación del fondo de comercio del aportador a la sociedad. Pero se distingue de la venta en lo que concierne al precio: el aportador es remunerado por partes sociales o acciones de la empresa, y esta diferencia explica las medidas particulares que se aplican cuando se enajena un fondo mediante la fórmula del aporte en naturaleza⁸⁷¹.

En cuanto a las condiciones de forma, debemos indicar que son idénticas a las que se aplican a la venta del fondo de comercio. El aporte debe constar por escrito, sea mediante acto auténtico o bajo firma privada. Si el aporte es realizado a una sociedad en vías de formación, debe ser constatado en el acto constitutivo de la sociedad. En cambio, si es efectuado a una sociedad ya formada o constituida, dicho aporte supone la modificación del acto de sociedad o de los estatutos, en vista de que se produciría un aumento de capital.⁸⁷²

El aporte en naturaleza del fondo se encuentra sometido a formalidades de publicidad análogas a las de la venta, que permiten a los acreedores no inscritos hacer una declaración de su crédito. De conformidad con el artículo L. 141-22 del Código de Comercio francés, los acreedores del aportador pueden declarar sus créditos en la secretaría del tribunal de

870 DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, op. cit., p. 412.

871 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 225.

872 BARRET, Olivier, op. cit., p. 205.

comercio, en el plazo de diez días de la segunda inserción en un diario de anuncios legales⁸⁷³. Se requiere, para cumplir con los requisitos de publicidad, realizar tres inserciones, de las cuales dos de ellas deben figurar en un diario de anuncios legales, y otra en el Boletín Oficial de Anuncios Civiles y Comerciales⁸⁷⁴.

El aporte en sociedad de un fondo de comercio debe ser objeto de una doble declaración en el registro de comercio y sociedades. Si el aporte es efectuado en una sociedad en vías de constitución, debe matricularse en el registro de comercio y sociedades. En cambio, si es realizado a una sociedad ya existente, se debe proceder a una inscripción modificativa o complementaria. El aportador debe proceder a su radiación en el registro en el plazo de un mes a partir de haber cesado en su actividad⁸⁷⁵.

En otros términos, el aporte del fondo de comercio a una sociedad se encuentra sometido a la misma publicidad de la venta, sin importar que sea realizado a una sociedad en proceso de constitución o ya existente, a menos que resulte de una

873 Artículo L141-22. En los diez días siguientes a la fecha de la última de las publicaciones previstas en los artículos L. 141-12 y L.141-13, todo acreedor del socio aportador no inscrito dará a conocer, en la secretaría del tribunal de comercio del emplazamiento del fondo, su condición de acreedor y la suma que se le debiera. El secretario le entregará un recibo de su declaración. Si los socios, o uno de ellos, no presentaran una solicitud de anulación de la sociedad o de la aportación en los quince días siguientes, o si dicha anulación no se hubiera pronunciado, la sociedad estará obligada, solidariamente con el deudor principal, al pago del pasivo declarado en el plazo anteriormente citado y debidamente justificado. En caso de aportación de un fondo comercial por parte de una sociedad a otra, especialmente a consecuencia de una fusión o de una escisión, las disposiciones del apartado anterior no serán aplicables cuando proceda aplicar los artículos L. 236-14, L. 236-20 y L. 236-21 o cuando se ejerza la facultad prevista en el artículo L. 236-22.

874 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 225.

875 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 284.

fusión o escisión⁸⁷⁶. Cada vez que un fondo es aportado a una sociedad comercial se abren dos posibilidades: a) Uno o varios asociados demandan la nulidad del aporte o la sociedad, b) En caso de que lo anterior no ocurra, el aportador y la sociedad están obligadas al pago del pasivo⁸⁷⁷.

Si los asociados no demandan la nulidad del aporte, de conformidad con lo dispuesto por la ley, se presume que lo aceptan, y en consecuencia, la sociedad se encuentra solidariamente obligada con el aportador para pagar las deudas declaradas por este último⁸⁷⁸. Esta disposición legal está destinada para proteger a los acreedores que pueden ser lesionados por el aporte efectuado por su deudor a una sociedad comercial. Los coasociados que no deseen comprometerse con los pasivos que podría acarrear el aporte del fondo disponen de un plazo de quince días para demandar su nulidad. Dicho plazo comienza a correr a partir del día siguiente en que expira la declaración de los créditos⁸⁷⁹.

Esta acción en nulidad puede ser incoada por los asociados o por la sociedad misma, con exclusión de los terceros y el aportador, que no podría invocar una nulidad proveniente de su propio hecho. La ley no precisa contra quién la acción debe ser intentada. Conviene poner en causa por actos notificados separadamente al aportador y a la sociedad, salvo cuando esta última sea demandante⁸⁸⁰.

Cuando los coasociados estiman que el pasivo generado por el aporte es muy elevado, pueden demandar la nulidad del aporte, si se trata de una sociedad ya constituida; en cambio,

876 RIPERT et ROBLLOT, op. cit., p. 347.

877 LE GALL, Jean-Pierre et RUELLAN, Caroline, op. cit., p. 41.

878 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 276.

879 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 473.

880 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 474.

pueden demandar la nulidad de la sociedad si esta última se encuentra en proceso de formación, lo cual resulta sumamente difícil. De manera que regularmente la sociedad será deudora solidariamente cuando adquiere el fondo de comercio con su pasivo declarado⁸⁸¹.

El tribunal apoderado de la acción en nulidad dispone de un amplio poder de apreciación, y esta nulidad es facultativa. Ha sido descartada dicha acción en presencia de un pasivo declarado por un monto mínimo o cuando el aportador puede hacerle frente al pasivo sin dificultad. Ha sido igualmente descartada si es cubierta antes de que el tribunal estatuya, en virtud del principio según el cual “la acción en nulidad –de la sociedad– es extinguida cuando la causa de nulidad ha cesado de existir el día que el tribunal conoce sobre el fondo en primera instancia”⁸⁸².

Por el contrario, la nulidad es generalmente retenida cuando la importancia del pasivo es de tal magnitud, que si los coasociados la hubiesen conocido, no habrían contratado⁸⁸³. Los aportes en naturaleza de fondos de comercio a sociedades comerciales son operaciones que se realizan con mucha frecuencia en la práctica mercantil y en las que se aplican tanto las reglas referentes a las sociedades comerciales como las que son propias al fondo de comercio.

El usufructo del fondo de comercio

Con frecuencia, los fondos de comercio que pertenecen a una comunidad o a una sucesión son objeto de usufructo. El usufructo es un derecho real, que consiste en el desmembra-

881 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 218.

882 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 474.

883 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 474.

miento de tres atributos del derecho de propiedad que son el uso (derecho de usar), el fruto (derecho de percibir los frutos, rentas o ganancias), y el abuso (derecho de disponer), siendo los dos primeros atribuidos al usufructuario y el último al nudo propietario⁸⁸⁴. El usufructo es el derecho de disfrutar de una cosa, de la cual otro es propietario, como si fuese el propietario mismo, pero con la obligación de conservar la sustancia⁸⁸⁵. Su régimen jurídico es difícil de definir, porque recae sobre un mueble incorporal cuyo valor depende de la explotación, y las reglas del Código Civil relativas a esta materia únicamente se refieren a los bienes corporales, sobre todo a los inmuebles⁸⁸⁶.

La constitución de usufructo del fondo de comercio, por vía de convención, es posible teóricamente, pero rara en la práctica, a menos que revista la forma de un aporte para tales fines a una sociedad comercial, específicamente, una sociedad en participación⁸⁸⁷. No se concibe la creación voluntaria de tal usufructo, porque el usufructuario tendría la libre explotación del fondo, y el nudo propietario correría demasiados riesgos⁸⁸⁸.

El usufructo del fondo de comercio puede ser legal o convencional. En el primer caso, procede de la ley, y en el segundo, de la convención. Generalmente es legal, y se da en los casos del cónyuge superviviente y en el de los padres sobre los bienes de sus hijos menores de dieciséis años⁸⁸⁹. Estas dos hipótesis son aplicables cuando existe un fondo de comercio.

884 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 258.

885 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 458.

886 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 242.

887 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 233.

888 RIPERT et ROBLOT, op. cit., p. 351.

889 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 233.

Puede concebirse que el propietario de un fondo de comercio lo ceda a título de donación, pero con una reserva de usufructo⁸⁹⁰. El usufructuario tiene derecho de vender las mercancías siempre que reemplace el *stock*, y el nudo propietario no tiene calidad de comerciante, aunque el usufructuario que lo explota sí ostenta dicha calidad de comerciante. Dicho de otro modo, el usufructuario tiene un poder de administración sobre el fondo, no pudiendo efectuar ningún acto de disposición, como sería venderlo, otorgarlo en prenda ni aportarlo a una sociedad.

Al tener el usufructuario del fondo derecho de disfrutar y usar la cosa, lo explota como si fuera un locatario gerente, o sea, a sus riesgos y peligros⁸⁹¹. El carácter incorporeal de este usufructo es que recae sobre una propiedad incorporeal cuyo valor se mantiene en la medida en que se explota comercialmente, razón por la cual el usufructuario tiene la obligación de explotarlo y preservar la clientela⁸⁹². Pero como el usufructuario no es propietario del fondo, no puede pretender la renovación del arrendamiento comercial del inmueble en que se desarrolla su gestión⁸⁹³.

Los acreedores del nudo propietario pueden perseguir la venta forzosa del fondo de comercio, pero los derechos del usufructuario se imponen a los del adjudicatario hasta la expiración del usufructo⁸⁹⁴. En otros términos, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, con el derecho al arrendamiento de inmuebles, en Francia se respeta el derecho de usufructo sobre

890 RIPERT et ROBLOT, op. cit., p. 351.

891 DECOCQ, Geroges, op. cit., p. 258.

892 RIPERT et ROBLOT, op. cit., p. 351.

893 HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 242.

894 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 275.

el fondo de comercio, aun cuando el mismo haya sido adquirido mediante un procedimiento de embargo.

El usufructuario debe explotar el fondo, al igual que el locatario gerente, como un buen padre de familia. Por tanto, debe reemplazar las mercancías y los materiales que le sirvan para la explotación. Solamente debe conservar la sustancia (aquello que individualiza una cosa) al momento de restituirlo o cuando el contrato llega a su término. Sin embargo, en aplicación de la teoría de la accesión, las mejoras aportadas por el usufructuario (al igual que ocurre con el locatario gerente), benefician al nudo propietario del fondo, sin tener este que pagar ninguna clase de indemnización.

En virtud del principio según el cual “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, la enseña creada por el usufructuario, el material instalado por él en el fondo, así como cualquier otro elemento aportado que no pueda ser dissociado sin afectar la retención de la clientela, pertenece al nudo propietario del fondo⁸⁹⁵. Ahora bien, es posible que el usufructuario conserve la propiedad de una rama de actividad distinta creada por él, y eventualmente podría, en este caso, ser indemnizado por el nudo propietario del fondo que conserve su propiedad⁸⁹⁶.

La comunidad de intereses que existe entre el usufructuario y el nudo propietario implica que este último se encuentra interesado por la suerte del fondo de comercio. Su interés en la preservación de su bien hace necesaria su colaboración. El nudo propietario debe respetar los derechos del usufructuario, e incluso, se le puede reprochar de no hacer el esfuerzo necesari-

895 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 234.

896 DEOCQ, Georges, op. cit., p. 259.

rio para impedir la desaparición del fondo de comercio⁸⁹⁷. Si el nudo propietario cede su fondo de comercio, esta enajenación no comporta ningún cambio en el derecho del usufructuario, quien podrá continuar disfrutando su usufructo, salvo si ha renunciado formalmente⁸⁹⁸.

En caso de venta simultánea del usufructo y la nuda propiedad de un bien, el precio se reparte entre el usufructo y la nuda propiedad, según el valor respectivo de cada uno de estos derechos, salvo acuerdo de las partes para referirse al precio del usufructo. Nada le impide al nudo propietario consentir una pignoración sobre el fondo de comercio⁸⁹⁹.

El locatario gerente y el usufructuario no están exactamente en la misma situación. Aunque al locatario gerente se le confiere, en razón del contrato que ha concluido, un derecho personal contra el propietario o arrendador, el usufructuario disfruta de un derecho real sobre el fondo mismo. En tal sentido, el locatario gerente no podría subalquilar el fondo a un tercero, mientras que el usufructuario podría consentir un contrato de locación gerencia a un tercero, sin la previa autorización del nudo propietario⁹⁰⁰.

El usufructo puede extinguirse por diferentes causas, tales como: la muerte de usufructuario, la expiración del tiempo por el que fue acordado, la reunión en la misma persona de la calidad de nudo propietario y usufructuario, la falta de uso durante treinta años, abuso del usufructuario de su derecho de disposición y la pérdida total de la cosa sobre la cual fue consentido el usufructo⁹⁰¹. Cuando el repetido usufructo termina,

897 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 459; LEMEUNIER, F., op. cit., p. 274..

898 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 381; LEMEUNIER, F., op. cit., p. 275.

899 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 275.

900 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 259.

901 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 381.

se le debe restituir el fondo al nudo propietario, lo cual sucede frecuentemente, en caso de muerte del cónyuge sobreviviente, puesto que al tener dicho usufructo un carácter vitalicio, no se transmite a los herederos del usufructuario, sino que la plena propiedad se restituye en beneficio de aquellos que tienen la calidad de nudos propietarios⁹⁰².

El usufructuario debe entregar, al final del usufructo, un valor igual, pero no una cantidad igual. Si se produce un alza considerable de los precios, el resultado de esta regla es que el fondo puede, al final del usufructo, estar desprovisto de mercancías⁹⁰³.

Pignoración del fondo de comercio

La pignoración es la afectación en garantía de un bien mueble incorporal o de un conjunto de bienes muebles incorporales, presentes o futuros⁹⁰⁴. Es el acto mediante el cual el propietario de un fondo de comercio lo otorga en garantía para el pago de una deuda⁹⁰⁵. Es una seguridad real constituida sobre el fondo de comercio, sin desposesión del deudor⁹⁰⁶. Las dos principales garantías previstas por el derecho francés para preservar el derecho del vendedor y los acreedores son el privilegio del vendedor y la pignoración del fondo. Aunque sus efectos son idénticos, sus reglas de constitución son distintas.

Como todo bien negociable susceptible de enajenación, el fondo puede servirle de garantía a su propietario. Sin embargo,

902 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 275; DELPECH, Xavier, op. cit., p. 459.

903 RIPERT et ROBLOT, op. cit., p. 352.

904 Código Civil francés, artículo 2355. En: <http://es.scribd.com/doc/20568571/Codigo-Civil-Frances-Traducido>

905 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 125.

906 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 219; DECOCQ, Georges, op. cit., p. 276.

al tratarse de un bien con características muy particulares, le resultaría imposible a un comerciante que solicita en préstamo una cantidad de dinero para mejorar la explotación de su fondo, entregarlo en garantía a los acreedores, de conformidad con las reglas del derecho común. Más claramente, dado el carácter mobiliario del fondo, sería necesario, para otorgarlo en pignoración, desapoderarse del mismo si aplicáramos las reglas del derecho civil relativas a la prenda. De manera que el comerciante que requiera un crédito, perdería la posibilidad de explotar su fondo. Sobre este particular, el legislador francés, a fin de facilitarle el crédito a los dueños de fondos de comercio, ha organizado un sistema de prenda sin desapoderamiento, similar al utilizado para los inmuebles.

Algunos autores sostienen que “pese a su nombre, la pignoración del fondo de comercio es una verdadera hipoteca, porque no exige la entrega del fondo otorgado en garantía al acreedor. Pero, a diferencia de la hipoteca sobre un bien inmueble, ofrece menos seguridad, pues el fondo está sujeto a una depreciación más rápida y su valor disminuye a medida que desaparece la solvencia del vendedor al hacer malos negocios. Debido a ese riesgo, la pignoración es una garantía poco apreciada por los acreedores, quienes la consideran un remedio sin gran valor para salir del paso. Pero si el comerciante les inspira confianza, la pignoración es una institución útil para procurarle crédito a corto o mediano plazo, a fin de que pueda desarrollar sus negocios acrecentando las existencias de mercaderías o mejorando el marco de la explotación”⁹⁰⁷.

En cambio, otros afirman que la expresión es poco exacta, en vista de que su origen se remonta a la práctica, antes de que

907 GUYÉNOT, Jean, op. cit., pp. 363-364.

el legislador interviniera, donde el fondo era objeto de una desposesión simbólica cuando se otorgaba en garantía⁹⁰⁸. Una ley francesa de 1898 hizo extensiva las medidas de publicidad que se empleaban para las hipotecas a las operaciones de pignoración, la cual fue luego retomada y mejorada por una ley del 17 de marzo de 1909, que se encargó de organizar la pignoración del fondo tomando como modelo el sistema utilizado para las hipotecas⁹⁰⁹.

Pignoración convencional y judicial

La pignoración es amigable o convencional cuando los acreedores del comerciante aceptan, sea mediante un acto notarial o bajo firma privada, el otorgamiento en garantía del fondo. La condición esencial de validez de la garantía amigable, a pena de nulidad, es que el constituyente sea propietario del fondo y tenga capacidad para enajenarlo⁹¹⁰, ya que después de todo, se trata de un verdadero acto de disposición. El contrato de pignoración debe ser constatado por acto auténtico o bajo firma privada debidamente registrado⁹¹¹.

El registro e inscripción debe efectuarse en la secretaría del tribunal del lugar donde se explota el fondo, dentro de los quince días posteriores a su fecha. Esta inscripción no supone únicamente una condición de oponibilidad a los terceros, sino que se requiere para la validez misma del acto. Más claramente, en ausencia de inscripción, la pignoración es nula⁹¹². La inscripción es válida durante diez años y puede ser levantada con la presentación de un acto notarial o una sentencia que ordene su radiación.

908 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 401.

909 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 211.

910 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 269.

911 Código de Comercio francés, artículo L. 142-3.

912 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 45.

La pignoración se extiende a la enseña, al nombre comercial, al derecho de arrendamiento, la clientela y el *achalandage*, el mobiliario comercial, el material y las herramientas que sirven para la explotación del fondo, las patentes de invención, las licencias, las marcas de fábrica y comercio, los diseños y modelos industriales y además, los derechos de propiedad literaria, artística o industrial que se vinculen a la explotación del fondo⁹¹³.

Si el comerciante es propietario del inmueble donde el fondo es explotado, la pignoración no comprende el derecho de arrendamiento, lo que reduce sensiblemente su valor. Poco importa que ulteriormente, el comerciante venda su fondo y conceda al adquirente un arrendamiento sobre el inmueble, puesto que la placa que identifica la pignoración se aprecia en la fecha en que la misma es consentida⁹¹⁴. Dado que las mercancías están destinadas para la venta, se encuentran expresamente excluidas de la pignoración⁹¹⁵.

Sin embargo, los materiales pueden ser objeto de pignoración, así como los derechos de propiedad industrial, comercial, literaria o artística, a condición de que se precise en el acto. En otros términos, estos elementos deben ser expresamente señalados en el acto de pignoración, para que sirvan de garantía, y los mismos garantizan indivisiblemente la totalidad del crédito⁹¹⁶. En cambio, las mercancías (*stock*) no pueden ser pignoradas, en razón de que las mismas resultan indispensables para la supervivencia del negocio⁹¹⁷.

913 LEMEUNIER, F., op. cit., pp. 127-128.

914 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., pp. 211-212.

915 RIPERT, Georges et ROBLOT, R., op. cit., p. 402; RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 212.

916 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 212.

917 REINHARD, Yves, op. cit., p. 314.

Las mercancías, que con frecuencia resultan difíciles de distinguir del material, no pueden ser objeto de pignoración, sino de prenda en las condiciones del derecho común, especialmente después de la ordenanza del 23 de marzo de 2006, que permite la prenda sobre cosas futuras.

Cuando algunos de los elementos del fondo de comercio que habían sido dados en pignoración desaparecen, el privilegio se conserva en virtud de la aplicación del mecanismo de la subrogación real. Es el caso, por ejemplo, de las indemnizaciones pagadas por las compañías de seguros, de las indemnizaciones por expropiación o por rechazo del contrato de alquiler⁹¹⁸. Ahora bien, cuando se le agregan nuevos elementos al fondo, la solución general es que la pignoración no los incluye. Para que la pignoración sea oponible a los acreedores inscritos, el beneficiario de la misma debe notificarle una copia del acto en los dos meses siguientes a su fecha, bajo pena de nulidad⁹¹⁹.

Los elementos que se enuncian en el contrato son los que constituyen el objeto de la pignoración. A falta de designación expresa, dicha pignoración recae sobre la enseña, el nombre comercial, el derecho al arrendamiento y la clientela, puesto que son los que la ley supone más relevantes en la generalidad de los negocios. Ahora bien, la convención de las partes puede excluir expresamente uno de estos elementos, con la condición de que la pignoración recaiga sobre el fondo de comercio, teniendo presente que la clientela es su aspecto esencial⁹²⁰.

Dado que el fondo de comercio se utiliza como una seguridad complementaria, que en ocasiones no ofrece la debida

918 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 269.

919 GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 363.

920 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 355.

seguridad, pasa a ser una garantía poco segura, puesto que su valor está muy vinculado a su explotación. Y, cuando la explotación declina, el comerciante no puede hacerle frente a los compromisos económicos contraídos⁹²¹. No obstante, el fondo no garantiza únicamente las deudas contraídas por su propietario, sino que también puede servir de aval para las deudas consentidas por un tercero. Pero sea amigable o judicial, la pignoración debe ser inscrita y tendrá una vigencia de 10 años, a partir de la fecha en que se origine, según lo establece el artículo L.143-19 del Código de Comercio, el cual, también deja claro que su efecto terminará en caso de no ser renovado antes de la expiración del plazo establecido y que “la inscripción garantizará dos años de intereses a la misma tasa que el principal”. Pero hay que tener en consideración que la formalidad de renovación no es obligatoria en estos casos, como ocurre con las hipotecas.

El privilegio del acreedor se extingue: primero, por falta de inscripción en tiempo útil; segundo, por la renuncia o levantamiento mediante acto notarial, realizado por el acreedor; tercero, por la no renovación de la inscripción del período decenal; cuarto, por la prescripción del crédito (10 años); y quinto, por la destrucción total y fortuita del fondo dado en pignoración.

La pignoración judicial se presenta cuando se toma una medida conservatoria prevista por el artículo 57 de la ley francesa del 9 de julio de 1991, que le concede a todo acreedor, cuyo crédito parezca fundado en principio, solicitar al juez competente del tribunal de comercio la autorización para practicar medidas conservatorias sobre los bienes de su deudor sin previa notificación. Sin embargo, la autorización previa del juez no es

921 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 219.

requerida cuando el acreedor se beneficia de un título ejecutorio o, incluso, de una decisión judicial, aunque la misma no haya adquirido aun fuerza ejecutoria.

La pignoración judicial se encuentra reglamentada actualmente en Francia por la ley del 9 de julio de 1991, y su decreto de aplicación del 31 de julio de 1992. Se trata de una medida conservatoria, que le permite al acreedor, cuando su crédito parece justificado en principio y que determinadas circunstancias amenazan con ponerlo en peligro, solicitarle al tribunal competente una autorización para inscribir provisionalmente una pignoración sobre el fondo de comercio de su deudor⁹²². Dicha autorización es otorgada mediante una ordenanza sobre requerimiento, que no es contradictoria, y cuando el acreedor obtiene su autorización u ordenanza, debe inscribir la pignoración y apoderar al juez del fondo en el plazo de un mes. Tan pronto el acreedor obtiene sentencia definitiva, procede a efectuar la inscripción definitiva, cuyos efectos se remontan retroactivamente a la fecha en que se produjo la inscripción provisional⁹²³. Su eficacia es limitada, ya que le impide al deudor vender su fondo, y de hecho, su finalidad es la misma que la oposición⁹²⁴.

Si la autorización concedida provisionalmente no ha sido ejecutada en los tres meses de haber sido dictada, la misma deviene caduca. La inscripción deberá ser depositada en la secretaría del tribunal de comercio, conteniendo: la designación del acreedor, su elección de domicilio en la jurisdicción del tribunal de comercio donde se encuentra ubicado el fondo, la

922 En Francia le corresponde al juez de primera instancia en materia civil o al Tribunal de Gran Instancia.

923 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 46.

924 GUYON, Yves, op. cit., p. 727.

designación del deudor, la indicación de la autorización o del título en virtud del cual la inscripción es requerida y el monto del crédito y sus accesorios⁹²⁵.

La inscripción provisional de la pignoración efectuada por el acreedor sobre el fondo de comercio de su deudor, después de haber este último entrado en estado de cesación de pago, es nula. Se trata de una nulidad de derecho que encuentra su fundamento en el período de sospecha consignado por el artículo L.632-1 del Código de Comercio. Dicha inscripción provisional conserva la seguridad o garantía durante tres años, y puede ser renovada por el mismo período. Sin embargo, el fondo puede ser enajenado, puesto que el acreedor pignoraticio no se encuentra amenazado, en virtud del derecho de preferencia y persecución que se le confiere. La inscripción provisional debe ser confirmada por una definitiva, y esta última opera con las mismas formalidades que han sido previstas para la inscripción de garantías convencionales. De modo, pues, que la inscripción definitiva tiene por efecto sustituir retroactivamente a la inscripción provisional⁹²⁶.

La inscripción se conserva durante diez años en su mismo rango y dos años de intereses, independientemente de que la pignoración sea amigable o judicial. Sus efectos cesan si no se renueva antes de la expiración de estos diez años. El privilegio del acreedor pignoraticio se extingue en los siguientes casos: por no haberse inscrito en tiempo útil, por la renuncia o levantamiento del acreedor que debe ser mediante un acto notarial, por la ausencia de renovación de la inscripción en el período

925 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 280.

926 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 281.

decenal, por la prescripción del crédito y por la destrucción total y fortuita del fondo pignorado⁹²⁷.

En caso de resolución judicial o amistosa de la venta, el vendedor estará obligado a retomar todos los elementos del fondo de comercio que hayan formado parte de la venta. Contabilizará el precio de las mercancías y del material existente en el momento en que vuelva a tomar posesión del fondo de comercio, según la tasación que haga el informe pericial contradictorio, amistoso o por orden judicial, descontando lo que se le deba por privilegio en los precios respectivos de las mercancías y del material; el excedente, si lo hubiera, deberá quedar como garantía para los acreedores inscritos y, si no los hubiera, para los acreedores no privilegiados⁹²⁸.

Efectos de la pignoración

El principal efecto de la pignoración es conferirle al acreedor inscrito una seguridad⁹²⁹. El comerciante que concede su fondo en pignoración conserva su derecho de disposición y administración. Ahora bien, debe hacer todo lo que se encuentre a su alcance para que dicho fondo se mantenga en pleno funcionamiento y actividad, y abstenerse de cualquier acto que pueda disminuir su valor⁹³⁰.

La pignoración consiste, entonces, en una seguridad real que confiere a su beneficiario un derecho de preferencia y persecución o, lo que es lo mismo, el derecho de ser pagado con preferencia a otros acreedores del deudor y de embargar

927 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 133.

928 Código de Comercio francés, artículo L. 141-7.

929 RODIÈRE, René et HOUIN, Roger, op. cit., p. 213.

930 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 129.

los fondos en manos de cualquier subadquiriente, en caso de transferencia del fondo de comercio. La misma comporta dos modalidades: amigable o judicial⁹³¹.

El derecho de preferencia es el que se le otorga a los acreedores pignoratícios para que sea pagado con anterioridad, en relación al precio que se obtenga de la venta del fondo. Mientras que el derecho de persecución es la facultad que tienen los acreedores pignoratícios para embargar el fondo y, entre otras cosas, promover la venta en pública subasta, para obtener así el pago de su crédito, aun cuando el fondo haya sido transferido por su deudor⁹³².

El adquirente puede ofrecerle pagar a los acreedores pignoratícios el precio de compra convenido con su deudor, para purgar de ese modo las inscripciones. Cada acreedor pignoratício tiene, además, la facultad de promover la venta del fondo en pública subasta, mejorando en una décima parte el valor de sus elementos incorporales. En la medida en que el valor del fondo se preserva o incrementa, de igual modo los derechos de los acreedores adquieren importancia. Para evitar riesgos de depreciación del fondo, la ley ofrece a los acreedores pignoratícios una protección particular, cuando se trate de operaciones particulares, como por ejemplo, en caso de desplazamiento del fondo, en caso de desespecialización, resiliación del arrendamiento o cuando se transfiera un elemento del fondo de manera aislada⁹³³.

Los acreedores tienen el derecho de promover la venta judicial del fondo, si no obtienen el pago luego de haber transcurrido ocho días de haberle intimado inútilmente a su deudor

931 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 45; DECOCQ, Georges, op. cit., pp. 277-278.

932 Código de Comercio francés, artículo L. 143-12.

933 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 278.

para que entregue la suma debida. La ley francesa organiza un procedimiento de purga como en materia de hipotecas, con la finalidad de limitar los riesgos del fondo embargado, para que así los acreedores inscritos puedan ejercer su derecho de preferencia, al recibir ofrecimientos de pago⁹³⁴.

En cierta medida, la pignoración judicial carece de eficacia, puesto que la misma podría ser aniquilada cuando sobreviene la quiebra del deudor. La pignoración judicial garantiza una deuda contraída con anterioridad y, por ende, es anulada cuando se inscribe en el “período de sospecha” que precede a la quiebra o liquidación judicial del deudor. Cuando han transcurrido dieciocho meses a partir de su inscripción, sin que el deudor haya caído en estado de quiebra, entonces en este caso surte sus efectos legales⁹³⁵.

Pignoración del material y las herramientas

Se utiliza mucho en la práctica mercantil la pignoración del material y las herramientas, puesto que la misma constituye una seguridad real sin desposesión, ya que el comprador puede conservar estos elementos corporales. Los acreedores no pagados, cuyas garantías recaigan sobre el material y las herramientas, no pueden promover judicialmente la venta del fondo de comercio. Una ley francesa del 18 de enero de 1951 fue votada con la finalidad de facilitar las ventas a crédito de los materiales y herramientas, permitiéndole al comprador otorgarlas en prenda y, a su vez, conservar su uso para garantizar así el pago a su acreedor. Esta ley se aplica no solo a los comerciantes, sino también a los artesanos, agricultores y profesionales liberales⁹³⁶.

934 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 45.

935 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., op. cit., p. 356.

936 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 227.

De conformidad con la repetida ley del 18 de enero de 1951, la pignoración sin desposesión sobre el material y las herramientas se ejerce con preferencia a cualquier otro privilegio, como el que le corresponde al vendedor del fondo o a los acreedores pignoraticios del mismo, salvo los créditos que se originen con ocasión de los gastos de justicia o los que se efectúen para la conservación de la cosa, así como los salarios previstos en el artículo L. 143-10 del Código de Trabajo⁹³⁷.

Resulta fundamental que los elementos enunciados en el contrato de pignoración tengan una vinculación estrecha e indisoluble con la clientela, puesto que esta última es el elemento esencial que justifica la ausencia de desposesión por parte del deudor⁹³⁸. Es preciso colocarle una placa o etiqueta visible a dicho material, que señale su condición de prenda. Los acreedores inscritos tienen un derecho de preferencia sobre el precio de venta del fondo, sin importar que se trate de una venta amigable o judicial. En cuanto al derecho de persecución, el privilegio del vendedor sigue al fondo en manos de quien se encuentre. Aunque el fondo haya sido vendido, los acreedores inscritos con anterioridad pueden embargarlo y venderlo judicialmente, para hacerse pagar sobre el precio, sin tener que hacer oposición en manos del comprador o del intermediario depositario del precio⁹³⁹.

Un locatario gerente puede consentir de forma válida una pignoración sobre el material que ha adquirido a crédito. “El pago del precio de adquisición de las herramientas y del material de equipamiento profesional podrá ser garantizado, con relación

937 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 47.

938 El artículo 9 de la ley francesa de 1909 excluye a las mercaderías del contrato de pignoración, dado que no figuran entre los elementos principales del fondo de comercio.

939 PÉDAMON, Michel, op. cit., pp. 224-225.

al vendedor o al prestamista que adelanta los fondos necesarios para pagar al vendedor, por medio de una pignoración limitada a las herramientas o al material adquirido de este modo. Si el comprador tuviera la condición de comerciante, esta pignoración estará sometida, no obstante las disposiciones que siguen, a las reglas dictadas por los capítulos II y III del título IV del Libro I -del Código de Comercio-, sin que sea necesario incluir en esta pignoración los elementos esenciales del fondo. Si el comprador no tuviese la condición de comerciante, la pignoración se someterá a las disposiciones del artículo L.525-16⁹⁴⁰.

El Código de Comercio francés excluye de manera expresa algunos bienes que obedecen a un régimen muy particular. “No se someterán a la aplicación de las disposiciones del presente capítulo: 1° Los vehículos automóviles citados en el decreto No. 53-968 de 30 de septiembre de 1953; 2° Los buques, así como los barcos de navegación fluvial citados por los artículos 78 y siguientes del Código del Dominio Público Fluvial y de la Navegación Interior; 3° Las aeronaves citadas en los artículos L.110-1 y siguientes del Código de la Aviación Civil⁹⁴¹.”

Cuando la pignoración sobre el material y las herramientas ha sido consentida en provecho del vendedor de las mismas, generalmente se consigna en el mismo acto de venta. Por el contrario, cuando dicha pignoración se confiere en provecho del que presta una suma de dinero, se consigna en el documento del préstamo⁹⁴². En cualquier caso, el acto debe mencionar, a pena de nulidad, que los fondos entregados sean garantizados por los bienes adquiridos por el deudor.

940 Código de Comercio francés, artículo L. 525-1.

941 Código de Comercio francés, artículo L. 525-18.

942 RODIÈRE, Réne et HOUIN, Roger, op cit., p. 218.

Generalmente, a estos bienes se les coloca una placa o marcas especiales que se deben conservar hasta que se le pague totalmente al acreedor prendario⁹⁴³.

Para que el material sea comprendido dentro de la pignoración del fondo de comercio se debe especificar de forma clara y precisa, por medio de un documento. La inscripción del material se realizará de la misma forma en que se ha dispuesto la garantía del fondo de comercio. La misma debe contener el nombre, apellido y domicilio, profesión, si lo tienen, tanto del acreedor como del deudor, la fecha y naturaleza del título, el monto del crédito expresado en el título, las condiciones relativas a los intereses y a la exigibilidad, el lugar en que el material es colocado y, eventualmente, el señalamiento de que dicho material es susceptible de ser desplazado, la elección del domicilio por el acreedor pignoraticio en la jurisdicción del tribunal del registro en que la inscripción es requerida. Esta inscripción conserva el beneficio del privilegio durante cinco años⁹⁴⁴.

De manera que la inscripción conserva el beneficio del privilegio durante cinco años, a contar del momento en que comience a surtir sus efectos legales. Puede ser renovada en dos ocasiones, lo que significa que el acreedor pignoraticio puede conservar su beneficio por un período de quince años, como máximo. La renovación de la inscripción le permite al acreedor conservar el privilegio y el rango primitivo.

La radiación de la inscripción varía de acuerdo a la calidad o no de comerciante que tenga el comprador del material y las herramientas que han sido otorgadas en pignoración.

943 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 48.

944 DELPECH, Xavier, op. cit., p. 284.

Si se trata de un comerciante, se le aplican las reglas relativas a las garantías del fondo de comercio. De otro modo, la radiación total o parcial opera por el consentimiento de las partes interesadas, acreedor pignoraticio y adquirente, por depósito de un acto auténtico aprobado por el acreedor y, en ausencia de un acuerdo, por medio de una sentencia con autoridad y fuerza de cosa juzgada, dictada por el tribunal de comercio.

La pignoración debe ser concluida, a pena de nulidad, a más tardar en un plazo de dos meses, a contar desde el día y lugar en que se recibe el material. A pena de nulidad, también la pignoración debe ser inscrita en un plazo de 15 días, a partir de la fecha del acto constitutivo de la misma en el registro de prendas del tribunal de comercio⁹⁴⁵. La fecha de la inscripción juega un rol importante, puesto que el material y las herramientas pueden ser objeto de varias garantías, y los conflictos que se generen se solucionan de acuerdo al orden de las inscripciones, por aplicación de la regla *prior tempore potior jure*. Cuando la entrega del material se produzca después de la fecha prevista en el contrato, o si no se hace en el lugar inicialmente determinado, las deudas inscritas se harán exigibles de pleno derecho, si el deudor no hubiera dado a conocer al acreedor pignoraticio la fecha o el lugar en el que se ha producido en el plazo de los quince días siguientes a dicha entrega⁹⁴⁶. La pignoración no podrá ser opuesta a terceros si, en los quince días siguientes a la recepción del aviso o en los quince días contados a partir del día en que ha tenido conocimiento de la fecha o del lugar de la entrega, el acreedor pignoraticio no hubiera requerido del

945 BLARY-CLÉMENT, Edith, op. cit., p. 48.

946 DELPECH, Xavier, op. cit., pp. 284-285.

secretario del tribunal en dónde ha sido hecha la inscripción de la pignoración que se haga mención de esta fecha o de este lugar, en el margen de dicha inscripción⁹⁴⁷.

Efectos de la pignoración sobre el material y las herramientas

El acreedor pignoraticio sobre el material y las herramientas se beneficia de un régimen más favorable que el de aquellos acreedores pignoraticios cuya garantía recae sobre la totalidad del fondo, ya que el mismo se encuentra protegido contra un eventual desplazamiento del fondo, asimismo de la resiliación del arrendamiento, y sobre todo, del material gravado, en vista de que este último no puede ser vendido sin su autorización, bajo pena de sanciones penales. De igual modo, este tipo de acreedor se beneficia tanto del derecho de persecución⁹⁴⁸ como del derecho de preferencia⁹⁴⁹.

En ausencia de pago, el acreedor pignoraticio puede perseguir la venta del bien, es decir, hacer vender la prenda en pública subasta, luego de que hayan transcurrido ocho días de la notificación realizada al deudor y al depositario de la prenda. Por otra parte, ninguna cláusula que conceda al acreedor el derecho de apropiarse de la prenda o disponer de ella tendrá efecto⁹⁵⁰. Contrariamente al derecho común de la prenda comercial, la pignoración sobre el material y las herramientas no le confiere un derecho de retención⁹⁵¹.

947 Código de Comercio francés, artículo L. 525-3.

948 Los bienes dados en pignoración (...) por requerimiento del beneficiario de la pignoración -deberán- ser provistos de una placa sobre una pieza esencial y de un modo visible y fijo en donde se indique el lugar, la fecha y el número de inscripción del privilegio con el que han sido gravados (...), Código de Comercio francés, artículo L. 525-4.

949 DECOCQ, Georges, op. cit., p. 280.

950 Código de Comercio francés, artículo L. 521-3.

951 LEMEUNIER, F., op. cit., p. 138.

El privilegio del acreedor pignoraticio le confiere el derecho de ser pagado con prioridad sobre el precio de venta de los bienes. Esto se ejerce con preferencia a cualquier otro privilegio, con excepción de los gastos de justicia, de los gastos en que se ha incurrido para la conservación de la cosa y de los salarios de los trabajadores, como ya hemos indicado anteriormente. En caso de liquidación judicial, y conforme al derecho común de la prenda, el acreedor pignoraticio puede solicitar en justicia que la propiedad de este material le sea entregada.

Si se efectúa una reventa de los bienes dados en prenda, el acreedor que goza del derecho de persecución puede verse neutralizado por la máxima que reza: “en materia de muebles, la posesión vale título”⁹⁵², la cual beneficia al subadquiriente. Si hay mala fe, le incumbe al vendedor que disfruta del privilegio aportar dicha prueba. Por tanto, si los bienes pignorados no cuentan con una señalización o placa que permita identificarlos, cae la presunción de buena fe antes indicada, en cuyo caso, el acreedor pignoraticio puede ejercer el derecho de persecución o reivindicar el material en manos de un tercero⁹⁵³.

El material que se concede en garantía puede ser transmitido por vía de lo accesorio, al mismo tiempo que el crédito que le sirve de soporte. Existen diversos procedimientos de transmisión. “Cualquier subrogación convencional en beneficio de la pignoración deberá ser mencionada al margen de la inscripción en los quince días siguientes a la fecha de la escritura pública o del documento privado que la constata, entregando al secretario una copia o un original de dicha acta. Los conflictos que puedan surgir entre los titulares de ins-

952 Código Civil de la República Dominicana, artículo 2279.

953 DELPECH, Xavier, *op. cit.*, p. 288.

cripciones sucesivas serán regulados de conformidad con el artículo 1252 del Código Civil⁹⁵⁴.

El beneficio de la pignoración se transmite de pleno derecho a los portadores sucesivos de efectos garantizados⁹⁵⁵. En la eventualidad de que se hayan creado varios efectos para representar el crédito, el privilegio vinculado a este será ejercido por el primer demandante por cuenta común y por la totalidad⁹⁵⁶.

El acreedor puede hacerse atribuir judicialmente el material en pago conforme a las reglas ordinarias de la prenda civil y, a diferencia de la pignoración que recae sobre el fondo, es muy utilizada en la práctica, en vista de que constituye una buena garantía⁹⁵⁷. En definitiva, la técnica adoptada por el legislador francés para articular la pignoración se inspira en las reglas de derecho común previstas para las hipotecas y las medidas conservatorias.

Conclusiones

Tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa se han encargado de articular un riguroso mecanismo, en lo que respecta a la venta y pignoración del fondo de comercio, con la finalidad de proteger no solamente a las partes que intervienen en dichas operaciones, sino también a terceros cuyos intereses podrían ser eventualmente perjudicados, como lo es el caso de los acreedores del vendedor, del comprador y el fisco. Para esos fines se han adoptado medidas de publicidad y un riguroso formalismo cuya inobservancia comporta serias consecuencias en ambos casos.

954 Artículo L. 525-5 del Código de Comercio francés.

955 RODIÈRE, Réne et HOUIN, Roger, op. cit., p. 218.

956 Artículo L. 525-6 del Código de Comercio francés.

957 RODIÈRE, Réne et HOUIN, Roger, op. cit., p. 219; REINHARD, Yves, op. cit., p. 316.

En cuanto a la venta del fondo, se ha analizado que a pesar de que las condiciones de fondo son, en cierta medida, las mismas requeridas por el derecho común para la formación de los contratos, al menos en lo que toca al consentimiento y sus vicios, también se exige una declaración de sinceridad sobre el precio. Le corresponde al notario actuante advertir a las partes las sanciones penales en que podrían incurrir, en caso de contubernio para fijar un precio ficticio, toda vez que las disposiciones legales exigen un adecuado nivel de moralidad, para evitar que terceros sean defraudados, incluyendo al fisco, que percibiría menos ingresos en la hipótesis de una subvaluación.

Por tanto, el legislador ha intervenido más allá del derecho común de las obligaciones previsto en materia civil ordinaria, con el propósito de equilibrar, en la medida de lo posible, los distintos intereses involucrados en estas operaciones comerciales. De ahí el riguroso formalismo y las medidas de publicidad que se han diseñado, con la finalidad de sincerar la compraventa del fondo de comercio. Ese interés de transparentar se ve claramente con la exigencia legal para obligar a las partes a fraccionar el precio en caso de venta, o sea, el de los elementos incorporales, por un lado, y los materiales y mercaderías, por el otro. No cabe la menor duda que obligar a las partes a desglosar lo que se paga por cada concepto constituye una medida útil para detectar con mayor facilidad cualquier maniobra tendente a disimular u ocultar el precio real.

Por otra parte, las enunciaciones obligatorias que deben estipularse en el acto de venta del fondo son sancionadas con una nulidad relativa que podría únicamente ser invocada por el comprador en el plazo de un año, luego de haberse suscrito dicha venta. Se trata de una nulidad que aprecian soberanamente los tribunales, para determinar si el consentimiento del

adquiriente ha sido viciado como consecuencia de una ausencia de información. Los tribunales ejercen así este control, con la finalidad de evitar infundadas demandas de nulidad que podrían incoar los compradores con base en supuestos malos entendidos al momento de suscribir el contrato.

La responsabilidad solidaria en que incurren los intermediarios en las operaciones de compraventa de fondos de comercio resulta ser otra modalidad interesante para garantizarle una correcta información al que se propone adquirir un establecimiento comercial. La responsabilidad presumida, así como el control que ejercen las autoridades sobre estos agentes mercantiles, resultan ser medidas efectivas para hacer más diáfnas estas operaciones y al mismo tiempo, para disuadirlos de cualquier omisión o desinformación que podría inducir a los compradores a contratar sobre bases falsas.

Por otra parte, se han señalado las consecuencias que comporta para una sociedad comercial cuando se acepta el aporte en naturaleza del fondo, y la facultad que tienen los asociados para demandar la nulidad del aporte o de la compañía, si esta última se encuentra en proceso de constitución. En este punto se aplican tanto las reglas propias de las sociedades comerciales como las del fondo, y además, es frecuente, en la práctica mercantil, que uno o varios socios decidan aportar un fondo a una sociedad comercial en vías de formación o ya existente.

Asimismo, ha sido indicado que en raras ocasiones se materializa el usufructo convencional del fondo de comercio, y generalmente, cuando se produce es para aportarlo a una sociedad en participación. Esta modalidad de usufructo le genera muchos riesgos al nudo propietario, motivo por el cual no es frecuente en la práctica. En consecuencia, el usufructo legal previsto para el cónyuge superviviente, así como el de los padres

para administrar los bienes de sus hijos menores, es el más frecuente cuando se aborda el fondo de comercio.

En lo que se refiere a la pignoración, oportuno es indicar que la misma puede recaer sobre el fondo en su totalidad o sobre determinados elementos del mismo. En el primer caso, o sea, cuando recae sobre el conjunto del fondo, constituye una garantía poco efectiva para los acreedores, en vista de que la solvencia del deudor puede mermar como consecuencia de una deficiente explotación, su ausencia de pericia o cualquier otra causa. Puede ser convencional cuando se conviene de mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, sujetándose siempre al cumplimiento de determinadas formalidades, o judicial, inscrita a solicitud del acreedor cuyo crédito se encuentre justificado en principio, previa autorización del tribunal de comercio.

En el segundo caso, cuando la pignoración recae sobre el material y las herramientas que sirven para la explotación del fondo, esta constituye una garantía más efectiva, en razón de que se ejerce con preferencia a cualquier otro privilegio. Cuando esta clase de pignoración se consiente en provecho del vendedor que suministra los materiales y herramientas, se consigna dicha garantía en el mismo acto de venta. En cambio, cuando se acuerda en beneficio del que suministra una suma de dinero, se estipula dicha garantía en el mismo documento de préstamo. En ambos casos se les debe colocar una placa o distintivo a estos bienes pignorados, para que los terceros conozcan su situación particular, y dichas placas o distintivos deben permanecer hasta que el deudor pague la totalidad de la suma adeudada.

En definitiva, la pignoración, cuyo soporte son los materiales y herramientas del fondo, es más empleada en la práctica comercial, en vista de que le confiere mayor garantía y seguridad a los acreedores.

CAPÍTULO V

EL FONDO DE COMERCIO COMO DERIVADO DE DOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: EL DE PROPIEDAD Y EL DE LA LIBRE EMPRESA

En este capítulo serán enfocados los denominados derechos de clientela⁹⁵⁸, como derivado de dos derechos con rango constitucional: el de propiedad y la libertad de empresa. De conformidad con la Constitución dominicana, tanto la libertad de empresa como la propiedad se encuentran dentro del título II, que trata sobre los “Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales”, específicamente debajo de la sección II, cuyo título es “De los Derechos Económicos y Sociales”, razón por la cual son derechos de incuestionable relevancia constitucional entre nosotros.

A diferencia de otros ordenamientos, donde algunos derechos fundamentales son tutelados por el amparo, en nuestro país, el catálogo es más extenso y todos se encuentran igualmente protegidos por dicha acción. En España, los derechos de naturaleza económica, como la propiedad y la libertad de em-

958 RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, p. 325.

presa, no son fundamentales, de conformidad con un sector de la doctrina; en cambio, en otros ordenamientos se les considera fundamentales, y por este último criterio se ha inclinado el Tribunal Constitucional dominicano. No vamos a penetrar en esta discusión, debido a que escapa al objeto de estudio, razón por la cual serán empleados indistintamente el calificativo de derechos constitucionales y en otras, el de derechos fundamentales, para referirnos a ambos.

Ahora bien, al margen de la discusión sobre si son fundamentales o simplemente constitucionales, tanto el derecho de propiedad como el de la libre empresa son libertades económicas que se derivan del principio de igualdad, el cual se estableció por vez primera en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fruto de un acontecimiento histórico sin precedentes, motorizado por la burguesía francesa y cuyas repercusiones sobre el mundo occidental nadie discute.

En ese sentido, se estudiarán brevemente estos derechos económicos que surgen del principio de igualdad, tomando como marco de referencia el concepto de los denominados derechos de clientela, para sugerir que los mismos sean tomados en consideración cuando se revise nuevamente la Carta Sustantiva. Dicho de otro modo, en vista de que los derechos de clientela son incorporeales y son el resultado del esfuerzo y creatividad del comerciante, deberían ser incluidos dentro del artículo 52 de la Constitución dominicana, en razón de que constituyen medios que permiten tanto el perfeccionamiento individual como el desarrollo colectivo.

Del mismo modo que se protegen constitucionalmente los derechos intelectuales, los cuales generalmente forman parte del fondo de comercio, debería hacerse lo propio con este último, que no es otra cosa que el resultado de los distintos

elementos que emplea un comerciante para captar y retener una clientela. Si bien es verdad que el fondo es una entidad distinta de los elementos que lo conforman, no menos cierto es que la adecuada combinación de los mismos constituye un conjunto de incuestionable importancia a nivel individual, comercial e incluso social.

Por las razones antes apuntadas, así como se reconoce y protege la propiedad de las obras artísticas, científicas, literarias y las innovaciones sobre marcas y signos distintivos, también debería ampararse constitucionalmente la creación del comerciante o empresario que se manifiesta a través del fondo de comercio. Al abordar este tema no se puede dejar de lado el aspecto de la competencia, en razón de que la práctica enseña que la voracidad de los grandes capitales no conoce límites ni fronteras, a pesar de que existen normas que tratan de contenerla.

Por tanto, resulta necesario aportar reflexiones fundamentadas en la observación práctica de un engranaje cuyas reglas usualmente resultan inoperantes, en vista de que los esfuerzos del legislador, al menos en países en vías de desarrollo, constituyen vanos intentos por moralizar un capitalismo que es cada día más agresivo.

El derecho de propiedad y de libre empresa

El fondo de comercio puede ser analizado desde diversos ángulos. Por una parte, se vincula al derecho de propiedad y de libre empresa⁹⁵⁹ y, por otra, al derecho a la propiedad incorporal,

959 A lo largo de este capítulo hablaremos del derecho de libre empresa, libertad de empresa y/o libertad de comercio indistintamente.

cuyo componente esencial es la clientela⁹⁶⁰. Luego de abordar el derecho de libre empresa, se entrará en consideraciones sobre la empresa y la libre competencia.

Toda persona tiene derecho a explotar el fondo de su preferencia, siempre y cuando se ajuste a los parámetros legales establecidos. Esa prerrogativa de extraer el mayor beneficio posible de dicha explotación no solamente deriva de la propiedad, sino también de la libertad de comercio que, a su vez, es una manifestación de la libertad de empresa.

Tanto la propiedad como la libertad de comercio e industria se consideran derechos fundamentales en la legislación dominicana, así como en otros ordenamientos jurídicos. Se encuentran formalmente incorporados de manera expresa en nuestra Ley Fundamental. En ese orden de ideas, se examinarán para luego extraer las conclusiones de rigor.

El derecho constitucional reivindica tanto las libertades políticas como las individuales, reconociéndole a cada persona una zona de autonomía en la que no debe intervenir el Estado. La tradición occidental se sustenta en la idea de que la sociedad existe para y por el individuo. De conformidad con los preceptos de Kant, el individuo se encuentra en primer plano y se concibe como un fin y jamás como un medio⁹⁶¹.

Por el contrario, en los regímenes socialistas se sostiene lo opuesto, esto es, que la sociedad se encuentra por encima del individuo. La confianza se deposita en el cuerpo social, en detrimento del individuo, negándosele a este último su importancia⁹⁶². En distintas épocas y países han prevalecido ambas

960 RIPERT, Georges, op. cit., p. 321.

961 GICQUEL, Jean et GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris. Montchrestien-Lextenso editions. 26 édition. 2012, pp. 91-92.

962 GICQUEL, Jean et GICQUEL, Jean-Éric, op. cit., p. 92.

concepciones: la que le otorga primacía al individuo como ente libre y soberano, y la que en sentido inverso, concibe a la sociedad como fin último al que se debe proteger.

Sea como fuere, lo cierto es que las libertades, entre ellas las económicas, nacen del principio de igualdad proclamado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Precisamente dentro de esas libertades económicas se encuentra el derecho de propiedad, la libertad contractual y la libertad de empresa. “La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”⁹⁶³. “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley”⁹⁶⁴. El segundo refiere que “siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa”⁹⁶⁵.

Los artículos 2 y 17 de la referida Declaración de 1789 consideran al derecho de propiedad como natural e imprescriptible, asimismo el artículo 2 conjuntamente con el 4 consagran implícitamente la libertad contractual que fue reseñada en el artículo 1134 del Código Civil francés de 1804⁹⁶⁶, mientras que

963 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, artículo 2.

964 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, artículo 4.

965 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, artículo 17.

966 Dicho artículo dispone: “Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que la han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo

la libertad de empresa fue ulteriormente reconocida por la ley francesa del 17 de junio de 1791⁹⁶⁷.

Al consultar la Constitución francesa, se observa que en la misma no se contemplan explícitamente los derechos de libertad de empresa y propiedad. “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”⁹⁶⁸.

En la Constitución dominicana de 2010, la libertad de empresa está consagrada en el artículo 50, y el derecho a la propiedad en el 51, los cuales se analizarán más adelante; en cambio, en la Constitución española, el derecho a la propiedad se encuentra consignado en el artículo 33, y la libertad de empresa en el 38. El primero refiere: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, y 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”⁹⁶⁹. Por su parte, el segundo dispone que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”⁹⁷⁰. Al no

consentimiento, o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe.

967 FRISON-ROCHE, Marie-Anne et STÉPHANE PAYET, Marie, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, Ire. Édition, 2006, p. 1.

968 Preámbulo de la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958.

969 Constitución española de 1978, artículo 33.

970 Constitución española de 1978, artículo 38.

estar tutelados por el amparo, en España, un importante sector de la doctrina no los reconoce como fundamentales. Pero existe discrepancia sobre el tema, así que reiteramos que, a pesar de esta sutileza conceptual entre derechos constitucionales y fundamentales, los emplearemos indistintamente en lo sucesivo.

Si el derecho de propiedad se proyecta sobre la empresa como un resultado, incluyendo los activos intangibles (entiéndase fondo de comercio), mientras que el de la libre empresa, por otra parte, se proyecta como una actividad o medio, es claro que la confluencia de ambos constituye la génesis del fondo de comercio⁹⁷¹. En ese sentido, siendo el fondo en gran medida el resultado de dos derechos constitucionales, cabría preguntarse si debería considerársele también en esta categoría.

Más todavía, si los derechos incorporales como la propiedad literaria, artística o intelectual, que se abarcan con el nombre genérico de derechos de propiedad intelectual, consignados en el artículo 51 de la Constitución de la República Dominicana se consideran derechos fundamentales, por qué razón no incluir los “denominados derechos de clientela”⁹⁷². Estos últimos se encuentran estrechamente vinculados con las marcas, el nombre comercial, las patentes de invención y otros elementos creados por el intelecto humano, los cuales, de manera aislada se consideran derechos fundamentales, en razón de que la esfera de interferencia del legislador es limitada.

En ese orden de ideas, al configurar el fondo de comercio un ente distinto a la suma de los elementos que lo integran,

971 PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro, *Comentarios a la constitución española*, p. 984. Disponible en: http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/jarsey/1asignaturas/da_economico/lecturasdaeconomico/sesion6_libertad_empresa.pdf

972 RIPERT, Georges, op. cit., p. 321.

algunos de los cuales constituyen, *per se*, derechos fundamentales, y tratándose de un bien jurídico de naturaleza intangible, producto del esfuerzo del comerciante, debería considerarse la posibilidad de otorgarle rango constitucional. Pues un esfuerzo similar al que despliega el escritor para concebir una obra o un inventor para crear un producto de aplicación industrial, para solo citar dos ejemplos, tiene que realizarlo un comerciante para combinar distintos elementos que le permitan captar y retener una clientela que le sirva de sustento para su fondo o empresa.

No importa que se aborde el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad, el cual es considerado fundamental entre nosotros, o que se analice desde el ángulo del derecho a la libre empresa para llegar a la misma conclusión. Se ha visto que Ripert, al referirse al fondo de comercio, sostiene que se trata de una propiedad incorporeal que consiste en un derecho a la clientela, o sea, no es simplemente un conjunto de derechos y bienes mobiliarios, sino una verdadera propiedad incorporeal.

Si se razona en esa dirección y se asume, al igual que una parte de la doctrina francesa, la teoría del derecho de clientela, es lógico suponer que tiene el mismo derecho el propietario del fondo que se encuentre en un lugar alquilado que el propietario del inmueble en que se explota dicho fondo. Supongamos que el Estado dicte un decreto, declarando de utilidad pública un inmueble en el que se explota un fondo, en esa eventualidad debería indemnizarse tanto al propietario del inmueble como al del fondo, y no solamente al primero.

De modo que el fondo de comercio, como consecuencia de la libertad de empresa, merece, al igual que algunos de los elementos que lo componen, ser considerado como un potencial derecho constitucional, en razón de que estamos en presencia de una actividad importante para el desarrollo de la personali-

dad del individuo y para ganarse su sustento con total independencia del Estado. En tal virtud, los denominados derechos de clientela merecen una mayor atención por parte del legislador, a fin de evitar las numerosas iniquidades que ocurren en nuestro medio, con ocasión de su desconocimiento.

El derecho de propiedad

Todo parece indicar que la propiedad, específicamente la inmobiliaria, fue colectiva en su origen, cuando el hombre vivía agrupado en clanes y tribus. La tierra era cultivada en común, para beneficio de pequeñas colectividades que vivían fundamentalmente de la agricultura. Posteriormente, a medida que crecían los núcleos familiares, se comenzó a distribuir la tierra en parcelas para determinadas familias y así se evoluciona a la propiedad familiar⁹⁷³.

Con ocasión de los objetos mobiliarios es que surge el derecho de propiedad entendido como derecho individual, esto es, los que se utilizaban para el trabajo y la vestimenta. En efecto, ya en el derecho romano se concebía la propiedad como un derecho absoluto, criterio asimilado más tarde de que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos”⁹⁷⁴.

No obstante, a finales del siglo XVIII el derecho a la propiedad adquiere mayor relevancia, en gran medida por la burguesía, que fue la principal protagonista de la Revolución Francesa de 1789. Incluso, para esta época ya Rousseau difundía el principio

973 LEÓN, Henri, y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Segunda, Volumen IV, 1978, p. 13.

974 Código Civil de la República Dominicana, artículo 544.

de igualdad, el cual fue acogido por el Tercer Estado francés y que más tarde se convirtió en modelo para las demás naciones, pues es del principio de igualdad que se desprenden las libertades tanto individuales como colectivas⁹⁷⁵. De ahí que la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 incorpore que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”⁹⁷⁶.

Es preciso observar que en esta definición se prevé un límite, puesto que el propietario no puede hacer de su derecho “un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”⁹⁷⁷. La redacción de este texto se explica porque los revolucionarios franceses de 1789 fueron burgueses acomodados que defendían la propiedad privada. Sin embargo, la tendencia de los últimos cien años se ha orientado hacia la socialización del derecho de propiedad, en razón de que el interés general prevalece sobre el particular, impidiéndosele así al propietario abusar de su derecho y a exigírsele responsabilidad al momento de ejercerlo⁹⁷⁸.

De esta manera se le inflige un duro golpe al absolutismo individualista que inspiró a los redactores del código napoleónico, quienes, a su vez, adoptaron la concepción de los romanos. Esa disminución de los poderes del propietario se refleja igualmente cuando el legislador reconoce a los inquilinos que explotan un fondo de comercio el derecho a solicitar la renovación de su contrato, incluso contra la voluntad del dueño, reconociéndoles de este modo un derecho propio que se sustenta en la base de otro ajeno.

975 GICQUEL, Jean et GICQUEL, Jean-Éric, op. cit., p. 96.

976 Declaración del Hombre y el Ciudadano de 1789, artículo 1.

977 STARCK, Boris, *Droit Civil Introduction*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 85.

978 LEÓN, Henri y MAZEAUD, Jean, op. cit., pp. 18-19.

Lo antes apuntado muestra que la propiedad ha dejado de ser un derecho absoluto y excluyente, como tradicionalmente se ha enseñado, abriéndose cada vez más frente al fenómeno de la socialización. En efecto, la propiedad colectiva adquiere renovado vigor cuando se observan las nacionalizaciones de ciertas empresas, que pasan de manos privadas a constituirse en propiedad general. Una sentencia de la Corte Constitucional colombiana expone con claridad la evolución, al prescribir:

El concepto de propiedad no ha sido una idea estática e inamovible. En un comienzo en el derecho romano fue concebido bajo una estructura sagrada, absoluta e inviolable, que a pesar de ser abandonada en la época feudal por razón de la restricción del comercio, fue retomada al amparo del triunfo de las revoluciones burguesas, configurándose –en ese momento– como un derecho natural de los ciudadanos contra la opresión del monarca. De esta forma el derecho de propiedad, aseguró a cada hombre un espacio exclusivo e imperturbable en el que no existía injerencia alguna sobre sus bienes, y que garantizaba un poder irrestricto y autónomo de sobre sus posesiones.

*Sin embargo, esa noción clásica de la propiedad, que se inscribe en una concepción individualista, progresivamente fue cediendo a las exigencias de justicia social y de desarrollo económico sostenible, que le imprimieron una importante variación en su concepción, pues pasó de ser considerada como un derecho absoluto para convertirse en un derecho relativo, susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad*⁹⁷⁹.

Como bien apunta esta sentencia, el concepto de la propiedad ha sufrido una profunda transformación, en vista de que sobre el propietario no solamente recaen derechos, sino

979 Sentencia C-189/06, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, el 15 de mayo de 2006.

también obligaciones que son el resultado de la función social que apareja esta prerrogativa. La Constitución dominicana de 2010 consagra, a diferencia de las anteriores, claramente, esta función social.

El Tribunal Constitucional dominicano ha dictado diversas decisiones en las que aborda el derecho de propiedad, y en una de ellas refirió que se trata “del derecho exclusivo al uso de un objeto o bien aprovecharse de los beneficios que este bien produzca y a disponer de dicho bien, ya sea transformándolo, distrayéndolo o transfiriendo los derechos sobre los mismos”⁹⁸⁰. En cambio, la corte colombiana lo concibe “como aquella relación existente entre el hombre y las cosas que lo rodean, que le permite a toda persona, siempre y cuando sea por medios legítimos, incorporar a su patrimonio los bienes y recursos económicos que sean necesarios para efectuar todo acto de uso, beneficio o disposición que requiera”⁹⁸¹.

La jurisprudencia francesa ha creado la noción de abuso de los derechos, admitiendo acciones judiciales contra aquellos que los ejercen abusivamente. En otros términos, con el discurrir del tiempo se le ha fijado límites al ejercicio de los derechos, incluyendo el de propiedad, el cual tiene un doble papel de prerrogativa individual y función social. Es un derecho subjetivo, que se traduce en el poder que la ley le reconoce a tal o cual persona sobre determinadas cosas. Cuando este derecho recae sobre cosas, se les denomina derechos reales⁹⁸².

Por otra parte, los derechos personales o de crédito regulan las relaciones entre las personas, específicamente entre acreedor

980 Sentencia TC/0088/12, dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, el 15 de diciembre de 2012.

981 Sentencia C-189/06, op. cit.

982 La noción de “derecho real” deriva del prefijo latino *res*, que significa “cosa”.

y deudor. Mientras que los derechos intelectuales, de clientela o de propiedad incorporeal, le permiten al inventor explotar su creación y al comerciante, su clientela.

El artículo 51 de la Constitución dominicana del 26 de enero de 2010 se encarga de señalar expresamente el carácter social del derecho de propiedad. Se trata de un gran acierto del legislador constituyente, quien no se limitó a indicar los derechos que tiene el propietario sobre sus bienes, sino que indicó, además, sus obligaciones. Fue un gran avance con relación a la anterior Carta Sustantiva de 2002, toda vez que la misma se limitaba a puntualizar el carácter social únicamente en lo que respecta a la tenencia de la tierra.

Mientras la Carta Magna dominicana del 25 de julio de 2002 ponía el énfasis social específicamente en lo que corresponde al derecho de la propiedad inmobiliaria para evitar el latifundio, la de 2010 lo hace de un modo más amplio, al apuntar que “(...) la propiedad tiene una función social que implica obligaciones (...)”⁹⁸³. De esta forma, el constituyente dominicano de 2010 se encargó de consignar expresamente que el derecho de propiedad, a pesar de ser el más absoluto de todos, supone también obligaciones para su titular⁹⁸⁴.

983 Constitución dominicana, artículo 51, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

984 “El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. -Pero además que- la propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes. 1) Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor, determinado por acuerdo entre las partes o sentencia de tribunal competente, de conformidad con lo establecido en la ley. En caso de declaratoria de Estado de Emergencia o Defensa, la indemnización podrá no ser previa; 2) El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad, en especial a la propiedad inmobiliaria titulada; 3) Se declara de interés social la dedicación de las tierras a fines útiles y la eliminación gradual del latifundio. Es un

El derecho de propiedad confiere extensos poderes a su titular, los cuales se resumen en tres palabras latinas: *usus*, *abusus* y *fructus*. La primera se refiere al uso y significa que el titular puede utilizar o servirse de la cosa sobre la cual recae el derecho. La segunda hace alusión a la capacidad de disposición sobre la cosa que tiene el titular del derecho, y la tercera, a la facultad de su titular de percibir los frutos que produce la cosa sobre la cual ejerce su derecho de propiedad⁹⁸⁵.

Ahora bien, los poderes del propietario varían, de conformidad con la naturaleza de las cosas sobre las cuales recaen sus derechos. Esos poderes serán distintos en la medida de que se trate de bienes mobiliarios o inmobiliarios, corporales o incorporales, de cosas consumibles o no, de bienes que sirvan para la producción o el consumo, para solo citar algunos casos.

Los redactores del Código Civil francés de 1804, inspirados en el criterio físico o material de las cosas, elaboraron la distinción entre muebles e inmuebles como la *summa divisio*, debido a que consideraban las cosas mobiliarias como de escaso valor. De ahí la máxima latina: *res mobilis res vilis*. No olvidemos que en

objetivo principal de la política social del Estado promover la reforma agraria y la integración de forma efectiva de la población campesina al proceso de desarrollo nacional, mediante el estímulo y la cooperación para la renovación de sus métodos de producción agrícola y su capacitación tecnológica; 4) No habrá confiscación por razones políticas de los bienes de las personas físicas o jurídicas; 5) Solo podrán ser objeto de confiscación o decomiso, mediante sentencia definitiva, los bienes de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan su origen en actos ilícitos cometidos contra el patrimonio público, así como los utilizados o provenientes de actividades o tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas o relativas a la delincuencia transnacional organizada y de toda infracción prevista en las leyes penales; 6) La ley establecerá el régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los juicios de extinción de dominio, previstos en el ordenamiento jurídico. Constitución dominicana, artículo 51, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

985 STARCK, Boris, op. cit., p. 85.

aquel entonces los inmuebles constituían los bienes de mayor valor pecuniario y la base de la riqueza familiar y personal.

La reglamentación del derecho de propiedad tiene por finalidad conciliar el interés de su titular con el de los demás miembros de la sociedad. La misma varía en función del régimen político y el sistema económico prevaleciente en una sociedad determinada. No significa lo mismo el concepto de propiedad en un sistema liberal de economía abierta que en un régimen socialista. Es por esta razón que dado el carácter intangible del fondo de comercio, se enfocarán los derechos de propiedad incorporal, que es el ángulo desde el cual puede ser analizado el fondo.

Los derechos de propiedad incorporal

Algunos autores asocian, en lo que respecta al fondo, los derechos de propiedad incorporal con los denominados “derechos de clientela”⁹⁸⁶. El origen de los derechos de propiedad incorporal es relativamente reciente y resultan difíciles de conceptualizar, en comparación con los derechos reales y personales, los cuales se remontan al derecho romano⁹⁸⁷.

El régimen jurídico de los derechos de propiedad incorporal es sumamente diverso y se les denomina con el nombre genérico de “propiedad intelectual”, toda vez que no recaen sobre un objeto material. Los mismos resultan oponibles a todos y su titular tiene un monopolio de explotación, un derecho privativo y exclusivo sobre estos. Se reglamentan de conformidad con leyes especiales, según recaigan sobre un invento científico, una obra literaria o artística o un fondo de comercio.

986 RIPERT, Georges, op. cit., p. 321.

987 STARCK, Boris, op. cit., p. 97.

Se impone observar que en estos casos nos encontramos con unos derechos que han sido concebidos para proteger el producto del trabajo e ingenio del hombre, quien elabora con su esfuerzo una creación sobre la cual le asiste un derecho de explotación. Al autor de una obra literaria o artística, como sería una pintura, libro u obra musical, le corresponde el derecho de explotarla en términos pecuniarios. Son emanaciones del espíritu, fruto del esfuerzo humano que siempre procura nuevos horizontes. Estos derechos de autor se analizan como de explotación exclusiva, derecho patrimonial, que no debe confundirse con el derecho moral del autor que entra en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales⁹⁸⁸.

En efecto, la naturaleza jurídica del derecho de autor es híbrida: derecho de propiedad en el aspecto patrimonial y derecho de la personalidad en el aspecto moral. En vista de que la obra emana de la personalidad de su autor, debe ser enfocada como un derecho de la personalidad o extrapatrimonial. Su carácter moral se pone de manifiesto con los atributos de perpetuidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad que tiene el autor sobre su obra⁹⁸⁹.

Asimismo, el aspecto moral se evidencia por ser irrenunciable para su autor, quien puede reivindicar en cualquier momento y lugar la paternidad de su obra, oponerse a que el producto de su intelecto sea desnaturalizado, modificado o alterado por terceros. También puede conservar inédita su obra hasta su fallecimiento, por disposición testamentaria, o incluso sacarla del mercado, a pesar de haber consentido su circulación, pero en este último caso deberá indemnizar a los terceros, por los

988 STARCK, Boris, op. cit., p. 97.

989 COLOMBET, Claude, *Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 16.

perjuicios que pudiere ocasionar⁹⁹⁰. Así, el autor de una novela puede editarla, un cantante permitir la venta de sus discos y un artista plástico exhibir y vender sus cuadros. Igualmente, el que concibe un invento original en cualquier campo del saber tiene derecho a extraer los beneficios que genera su descubrimiento, mediante el registro de su patente.

La propiedad intelectual tiene rango de derecho fundamental en la Constitución dominicana, y así consta cuando se dispone que “se reconoce y protege el derecho de propiedad exclusiva de las obras científicas, literarias, artísticas, invenciones e innovaciones, denominaciones, marcas, signos distintivos y demás producciones del intelecto humano por el tiempo, en la forma y con las limitaciones que establezca la ley”⁹⁹¹. De manera que el constituyente dominicano, consciente del desarrollo de esta clase de derechos y su impacto en la economía del país, se ha encargado de otorgarles carácter constitucional en sus últimas reformas.

Con los derechos de autor se regulan los derechos subjetivos que tienen los creadores sobre las obras que brotan de su intelecto, sean estas teatrales, literarias, artísticas, musicales, científicas o audiovisuales. Deben respetarse, al margen de su forma de expresión, aun tratándose de libros, conferencias, artículos, sermones, diseños, pinturas, esculturas, litografías, entre otros. Dichos derechos se encuentran regulados en nuestro país por la Ley No. 65-00, del 21 de agosto de 2000⁹⁹², que de manera enunciativa –no limitativa– señala las creaciones que entran en el ámbito de su protección. El referido

990 COLOMBET, Claude, op. cit., pp. 128-129.

991 Constitución dominicana, artículo 52. Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

992 Dicha ley es abordada con mayor profundidad en el Tercer Capítulo.

texto no se limita a incluir los libros, revistas o folletos, sino que también abarca las conferencias, alocuciones, sermones, obras dramáticas, coreográficas, composiciones musicales, audiovisuales, fotografías, mapas, planos, programas de computadoras, bases de datos, entre otros⁹⁹³.

El legislador en modo alguno pretendió otorgarle un carácter limitativo a las obras enumeradas, puesto que los avances tecnológicos y las manifestaciones del ingenio humano siempre se producen a mayor velocidad que las leyes que buscan protegerlos. En consecuencia, se empleó un lenguaje abierto, que descarta toda limitación posible. Basta que la obra reúna los requisitos de novedad y originalidad necesarios para que pueda ser objeto de protección legal, la cual recae tanto sobre las obras originales como las derivadas.

De la referida protección legal se encuentran excluidos los documentos oficiales como las leyes, que aunque puedan estar revestidas de originalidad, se supone que deben ser conocidas por todos los habitantes de un país y pueden ser reproducidas por cualquier interesado con fines de difusión. Lo mismo ocurre con las decisiones dictadas por los tribunales, a las que se les debe aplicar el mismo razonamiento. Se encuentran excluidas igualmente las novedades noticiosas o informativas de prensa, ya que carecen de originalidad formal y para nada constituyen una manifestación de la personalidad ni en la composición ni en la expresión⁹⁹⁴.

En cuanto a las obras musicales, las mismas resultan susceptibles de protección. Entre ellas destacan: la melodía, la armonía y el ritmo. Tanto los acordes como las notas no son

993 Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, artículo 2.

994 COLOMBET, Claude, *op. cit.*, pp. 35-36.

susceptibles de apropiación, dado que su número es limitado. Solamente la combinación de estos acordes, o sea, las creaciones formales ingeniosas, producto de estas mezclas pueden ser objeto de protección legal. El ritmo, al igual que la armonía, no puede ser protegido aisladamente. Solamente la original mezcla de melodías, ritmos y armonías pueden ser objeto de protección legal⁹⁹⁵.

Incluso, en algunas profesiones liberales, se estila que un abogado o médico que piensa retirarse, le presenta su clientela a su sucesor, aunque nada garantiza que la misma permanecerá fiel a este último, en virtud del carácter *intuitu personae* que suele predominar en este tipo de relaciones. Aunque nos encontramos ante una situación distinta a la de los comerciantes, en la práctica se suelen suscribir contratos de esta naturaleza.

En otros casos, se observa que ciertos sectores se apropian de clientelas y crean un monopolio de explotación, tal como ocurre con el transporte público de pasajeros en la República Dominicana, donde a pesar de que una persona sea propietaria de un autobús, no le está permitido explotarlo comercialmente sin que se le confiera una especie de autorización de tránsito por determinados tramos o trayectos, a los cuales se les denomina “rutas”⁹⁹⁶. Estas establecen las vías por las cuales se puede transitar, y cuántas veces durante el día. Por tanto, no es lo mismo comprar un autobús aisladamente que adquirirlo con dicha autorización para transportar pasajeros en un

995 COLOMBET, Claude, op. cit., p. 59.

996 Los cuales son regulados por el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (INTRANT) y la Ley No. 63-17 de movilidad, transporte terrestre, tránsito y seguridad vial de la República Dominicana. Gaceta Oficial No. 10875 del 21 de febrero de 2017.

perímetro determinado. Aquí nos encontramos con un permiso que equivale, en cierta medida, a una especie de fondo, en razón de que le confiere un valor agregado que supera el valor de mercado del vehículo.

En este campo de los llamados derechos incorporales entran también los comerciantes e industriales que explotan sus negocios o empresas, los cuales generan una clientela, sea a través del desarrollo de una marca o ideando cualquier clase de diseños y modelos. Las situaciones siempre serán distintas en función de la actividad específica del comerciante o industrial.

Los comerciantes tienen que organizar tanto los elementos materiales como inmateriales para así atraer la clientela. Se trata de un esfuerzo no solo físico, sino también intelectual, que requiere de habilidad para, dentro de un mercado global, presentar una propuesta que resulte novedosa y atractiva.

El derecho a la libre empresa

El derecho a la libre empresa se empieza a desarrollar en Europa en el siglo XIX, producto de la revolución industrial y liberal de aquel entonces. Originalmente surge y se propaga en Inglaterra para, posteriormente, pasar a otros países. La obra de Adam Smith titulada *La riqueza de las naciones* sirve de marco teórico y a su vez, impulsa el liberalismo económico prevaleciente a la sazón⁹⁹⁷. De conformidad con este economista escocés, considerado como el padre de la Economía Política, la riqueza proviene del trabajo, y el crecimiento económico se obtiene por medio de la división del trabajo y la libre competencia. Según su teoría, la cual descansa en la eficacia natural de los mercados,

997 FRISON-ROCHE, Marie-Anne et PAYET, Marie-Stéphane, op. cit., pp. 2-3.

las contradicciones generadas por sus leyes, se subsanan por la “mano invisible” del sistema. De acuerdo con Smith, el interés egoísta de los particulares impulsa el bienestar general, y la libre competencia es el medio más idóneo de la economía⁹⁹⁸. Si bien es verdad que la práctica ha demostrado la ineficacia de esta teoría económica basada en el *laissez faire*, no menos cierto es que la libre competencia es el principio fundamental sobre el cual se han construido numerosas zonas de libre comercio en el mundo, incluyendo la Unión Europea.

La libertad de empresa es considerada entonces como el derecho de toda persona física o jurídica de ejercer el comercio o industria de su preferencia, sea mediante la adquisición de una empresa ya existente o creando una nueva. En el derecho francés no existe una enumeración limitativa de las actividades comerciales o industriales autorizadas por la ley; resulta siempre posible emprender nuevas fabricaciones, difundir nuevos productos o implementar novedosos modos de distribución. En Francia, la libre empresa es asumida por el artículo 34 de su Ley Fundamental como “libertad pública” y como una “regla de valor constitucional” que deriva de la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, impidiendo al legislador cualquier “restricción arbitraria o abusiva” sobre la misma⁹⁹⁹.

Dentro de la libertad individual se contempla la libertad económica, que es el punto de partida para lo que en la actualidad se conoce como el derecho a la libre empresa, lo que permite a cada persona desarrollar las actividades económicas de su preferencia en un sector determinado. Asimismo, le otorga libertad de explotación de un comercio o negocio, lo que se

998 FRISON-ROCHE, Marie-Anne et PAYET, Marie-Stéphane, op. cit., p. 3.

999 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 101.

registra por vez primera en la ley francesa del 17 de marzo de 1791¹⁰⁰⁰, como bien se apuntó al inicio, y que aun en la actualidad no ha sido derogada expresamente, siendo empleada por el Consejo de Estado francés en sus resoluciones. Sin embargo, en este texto el régimen de libertad no fue absoluto, puesto que para poder ejercer el comercio se requería una licencia, y eran necesarias normas de policía que impusieran condiciones para el ejercicio de la libertad de comercio.

Resulta oportuno destacar que la libertad de empresa se encuentra estrechamente relacionada con el principio de autodeterminación del individuo, quien puede dedicarse a la actividad económica de su preferencia con la menor injerencia posible por parte del Estado. Y en la medida que se relaciona con el trabajo, la libertad de empresa es considerada como un derecho fundamental, puesto que sin trabajo no es posible el desarrollo social ni individual¹⁰⁰¹.

En consecuencia, siendo el fondo de comercio resultado de la libertad de comercio o empresa, constituye por sí mismo un medio fundamental para el desarrollo de la personalidad del comerciante, y a su vez, una forma para ganarse la vida dignamente. De ahí que la explotación de los derechos de clientela deberían ser considerados en algún momento entre los derechos constitucionales, puesto que al igual que la libertad de empresa, su finalidad última es la misma: facilitar el libre desarrollo de la personalidad del individuo, lo cual es posible, entre otros medios, mediante la libertad de empresa, sin importar que se trate de grandes o pequeños negocios,

1000 GICQUEL, Jean et GICQUEL, Jean-Éric, op. cit., p. 99.

1001 PAZ-ARES, Cándido y ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro. *Un ensayo sobre la libertad de empresa*. Estudios homenaje a Luís Díez-Picazo, Madrid, Thomson-Civitas, Tomo IV, 2003, p. 3.

pues resulta ser un medio a través del cual el ser humano desarrolla sus potencialidades.

En tal sentido, desde el punto de vista de la libertad de empresa o comercio, debe convenirse que así como esta contribuye con la proyección individual del ser humano como ente productivo, digno y laborioso, asimismo el fondo de comercio, que no es más que una manifestación de dicha libertad de empresa, hace lo propio en la medida que le permite al comerciante ganarse la vida de manera honrada. Más todavía, puede generar empleos para otros, dinamizando así la economía al ofrecer bienes y servicios a precios competitivos.

Algunos podrían pensar que no se precisa reconocerle categoría de derecho constitucional al fondo de comercio, dado que se encuentra implícito en la libertad de empresa o en el derecho de propiedad. Sin embargo, una cosa es la facultad que tiene el individuo para emprender la actividad económica de su preferencia (libertad de empresa), y otra bien distinta es ese derecho incorporal que comprende bienes tangibles e intangibles y que adquiere concreción producto del ingenio del comerciante para atraer una clientela.

Se trata de dos conceptos diferentes, que no deben confundirse. El fondo es una consecuencia o resultado de la libertad de comercio o empresa. Es un bien jurídico que se forma gracias a la libertad de que disponen las personas en un sistema de libre mercado, para emprender una actividad comercial determinada. Así como no podría hablarse de libre empresa en un régimen totalitario, que impida la iniciativa individual o donde no exista la propiedad privada, tampoco podría hacerse lo propio con el fondo de comercio.

Le corresponde al Estado dictar las normas o reglas de juego que generen un clima que propicie la iniciativa de las

personas que deseen invertir en alguna actividad comercial¹⁰⁰². La libre competencia supone una libertad de mercado en la cual se desarrolla la iniciativa privada, que además juega un papel determinante en la oferta de bienes y servicios y reasignación de recursos en la sociedad. De modo que si el Estado no crea las condiciones para atraer capitales nacionales y foráneos que promuevan la inversión privada, estableciendo las reglas de juego que les permita a los inversionistas asumir un riesgo calculado, difícilmente podría tener cabida la libertad de empresa. Claro, lo antes indicado no significa que el Estado no pueda intervenir en la economía en determinadas situaciones, para asegurarle a la población un mejor acceso a bienes y servicios.

Nuestra Carta Sustantiva incluye el derecho a la libertad de empresa, pero sin descuidar cierta regulación a ese capitalismo sin frenos que tanta desigualdad ha generado a nivel global, indicando que “el Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes”¹⁰⁰³.

1002 Constitución Comentada, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS). Impresiones Santo Domingo, 2da. Edición, 2012, p. 127.

1003 Indicando, además: - 1) No se permitirán monopolios, salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley. El Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante, estableciendo por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional; 2) El Estado podrá dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país. En consecuencia, el Estado puede siempre adoptar medidas para orientar la economía de mercado con el propósito de alcanzar bienes en provecho de las grandes mayorías; 3) El Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al

Además, la ley fundamental enuncia de forma explícita algunos de los límites de la libertad de empresa, al referirse al monopolio y al abuso de la posición dominante. Pero estos no son los únicos límites a dicha libertad, en vista de que existen otros no menos importantes, entre los que cabe destacar el derecho al medio ambiente libre de contaminaciones y los derechos del consumidor, entre otros.

Más todavía, cuando se enuncian los Principios Rectores del Régimen Económico se contempla una serie de disposiciones íntimamente vinculadas con la libertad de empresa y orientadas a fomentar la iniciativa privada¹⁰⁰⁴. Si conectamos los referidos Principios Rectores del Régimen Económico con los artículos 6 y 7¹⁰⁰⁵ de la propia ley fundamental, llegaremos a la conclusión de que hemos adoptado formalmente una economía social de mercado en la que se le otorga gran importancia tanto a la libre competencia como a la iniciativa privada¹⁰⁰⁶. Para una mejor comprensión, serán analizados algunos artículos de nuestra Ley de Leyes.

Artículo 217.- Orientación y fundamento. El régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano. Se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de

interés público y al equilibrio medioambiental”. Constitución dominicana, artículo 50, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

1004 *Constitución Comentada*, op. cit., p. 445.

1005 “Artículo 6.- Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o actos contrarios a esta Constitución”. “Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”, Constitución dominicana, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

1006 *Constitución Comentada*, op. cit., p. 445.

*la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad*¹⁰⁰⁷.

En efecto, el referido artículo se orienta hacia el desarrollo de las personas con base en el crecimiento económico, una equitativa redistribución de la riqueza, justicia social, preservación del medio ambiente, igualdad de oportunidades, la libre competencia, entre otros factores no menos importantes. Para cumplir con esta aspiración, el Estado debe fomentar un clima macroeconómico propicio, que posibilite la libre empresa y estimule la iniciativa privada.

El legislador constituyente utiliza los términos “justicia social”, “responsabilidad social”, “cohesión social” y “solidaridad” para significar que el lucro individual o enriquecimiento personal no es el propósito final de la actividad económica. Acumular riquezas apareja responsabilidad social, en el sentido de que mientras mayor capacidad económica tiene el individuo, mayor es su contribución para suplir las necesidades sociales. En pocas palabras, la generación de riqueza y el crecimiento económico deben ser concebidos como un medio para alcanzar el bienestar colectivo y no simplemente como una meta individual de autorrealización personal.

*Artículo 218.- Crecimiento sostenible. La iniciativa privada es libre. El Estado procurará, junto al sector privado, un crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico*¹⁰⁰⁸.

1007 Constitución dominicana, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

1008 Constitución dominicana, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

La parte *in fine* de este artículo pone énfasis en destinar los fondos del Estado para fomentar “los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico”, ejes fundamentales para la expansión social y económica de cualquier país. Sin capital humano no es posible desarrollo alguno, pues el principal activo de las naciones es precisamente su gente. Por esta razón se insiste tanto en destinar un porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB) para la educación, mecanismo imprescindible para instruir, formar y capacitar a los ciudadanos.

Artículo 219.- Iniciativa privada. El Estado fomenta la iniciativa económica privada, creando las políticas necesarias para promover el desarrollo del país. Bajo el principio de subsidiaridad el Estado, por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario, puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional.

Párrafo.- Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, podrá tomar las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia¹⁰⁰⁹.

El párrafo del artículo 219 constituye una verdadera novedad, puesto que otorga preferencia a los trabajadores del Estado, a las organizaciones solidarias y de trabajadores para adquirir, en caso de enajenación, sus acciones en otra empresa. Esta disposición privilegia a los sectores que tradicionalmente han sido más desfavorecidos en nuestro país, evidenciándose así el “Estado Social y Democrático de Derecho” plasmado en el artículo 7 de

1009 Constitución dominicana, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

nuestra Ley Fundamental¹⁰¹⁰. De modo que “la Constitución de 2010 prevé no solo que la iniciativa privada es libre, sino que su fomento es responsabilidad del Estado mediante la adopción de políticas públicas. Un aspecto relevante en este punto es que al constituirse una obligación del Estado en relación al fomento de políticas públicas para el desarrollo de la iniciativa privada, cualquier actuación en contrario puede ser sujeta de control constitucional, por subvertir los mandatos de esta previsión sustantiva. Refiere, además, que otro aspecto relevante del citado artículo es el relativo a la aplicación del principio de subsidiariedad”¹⁰¹¹.

“Dicho principio debe entenderse en conexión con la libertad y la propiedad. Así, la libertad solo puede asegurarse si los poderes públicos hacen todo lo posible para facilitar a los ciudadanos el libre desarrollo y ejercicio de sus ideas e iniciativas bajo su personal y exclusiva responsabilidad y, por tanto, deben existir condiciones esenciales tales como el derecho de propiedad privada, el libre mercado y la libertad de empresa; y agrega que bajo estos principios, el Estado debe reducirse al límite de lo razonable, de forma tal que permita la máxima capacidad de libre decisión por parte de los ciudadanos; se trata de lograr que la actividad desarrollada por este se concrete a aquellos servicios cuya prestación resulta necesaria para la comunidad y en los que falta o es insuficiente la iniciativa privada”¹⁰¹².

Los términos en que aparece formulado el principio de subsidiariedad en el artículo 219 encuentran su antecedente

1010 Los artículos 217, 218 y 219 de nuestro Supremo Estatuto Político son claros al apuntar que el propósito fundamental del régimen económico (economía social de mercado) es alcanzar el pleno empleo y el bienestar general. Es fácil observar que la iniciativa privada, imprescindible para emprender cualquier actividad comercial, es garantizada por el Estado para alcanzar así un clima de crecimiento económico sostenible.

1011 Constitución Comentada, op. cit., p. 449.

1012 Constitución Comentada. op. cit., p. 449.

más próximo en la Doctrina Social de la Iglesia, antes que la formulación de dicho principio desde el punto de vista de la ordenación de competencias concurrentes, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea. En efecto, en la Doctrina Social de la Iglesia se entiende por principio de subsidiariedad el principio en virtud del cual el Estado solo debe ejecutar una labor orientada al bien común cuando advierte que los particulares o los organismos intermedios no la realizan adecuadamente, sea por imposibilidad o por cualquier otra razón. Finalmente, se incluye en este precepto una referencia al fomento del denominado capitalismo popular, con ocasión de la enajenación de las empresas públicas, haciendo partícipes a sus trabajadores, tanto en la gestión de la empresa como de los posibles beneficios que pueda generar a futuro¹⁰¹³.

Resulta claro, pues, que los textos antes transcritos buscan un equilibrio entre los intereses del Estado y el de los particulares, sin negarle al primero su facultad de intervenir en la economía en determinados casos que el interés general así lo requiera, y sin dejar de reconocer su calidad para ser empresario o prestador de servicios. Se pretende conciliar en la medida de lo posible los intereses particulares con los sociales, para beneficio colectivo.

El principio de subsidiariedad, como acabamos de ver, supone que el Estado debe facilitar y promover las condiciones para fomentar la iniciativa privada. Así pues, los ciudadanos podrán realizarse en términos personales y contribuir con el desarrollo social. El crecimiento económico y el bienestar social dependen

1013 HERNÁNDEZ PARDO, Raúl, "Régimen Económico", en Pedro González-Trevijado y Enrique Arnaldo Alcubilla (Dir.). *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, Madrid, La Ley, 1era Edición, Tomo II, Comentario Sistemático, 2012. pp. 1132-1133.

en gran medida de la iniciativa privada, y para que esta pueda emprender sus proyectos se requiere necesariamente que el Estado adopte medidas destinadas a lograr la estabilidad macroeconómica.

El artículo 221 le otorga el mismo tratamiento legal a las actividades empresariales privadas y públicas, nacionales o extranjeras, con las limitaciones que disponen la Constitución y las leyes. También consagra expresamente la posibilidad de otorgar un tratamiento preferencial para aquellas empresas que operen en las zonas económicamente más deprimidas, especialmente las provincias fronterizas. “Esta disposición, por tanto, supone el final del Estado ineficiente, que funciona en base a facilidades o beneficios particulares otorgados en tanto Estado. Son contrarias a este principio las exenciones fiscales, las limitaciones de responsabilidades laborales o judiciales, la inaplicación de disposiciones regulatorias de ámbitos especiales, los tratamientos particulares en materia de supervisión o fiscalización, así como todas las situaciones similares que crean una ventaja competitiva basada en el mero hecho de que se trata de una empresa propiedad o controlada por el Estado. Es por esto que a partir de la Constitución de 2010 inicia una nueva etapa del Estado empresario, basada en la eficientización de la gestión empresarial mediante reglas de gobierno corporativo de la empresa pública. Ya en 2005 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) adoptó las directrices o mejores prácticas de gobernabilidad corporativa de las empresas de propiedad estatal”¹⁰¹⁴.

El Tribunal Constitucional dominicano, refiriéndose a la libertad de empresa, se pronunció del siguiente modo:

El derecho a la libertad de empresa, consagrado en el artículo 50 de la Constitución de la República, puede ser conceptua-

1014 Constitución Comentada, p. 452.

lizado como la prerrogativa que corresponde a toda persona física o moral, de dedicar bienes o capitales a la realización de actividades económicas dentro del marco legal del Estado y en procura de obtener ganancias o beneficios lícitos. El Estado debe velar porque la competencia entre los distintos actores empresariales sea libre y leal, exenta de monopolios (salvo en beneficio del Estado) y del abuso de la posición dominante por parte de cualquier empresa (Art. 50.1 de la Constitución). Esta situación, sin embargo, no le impide al Estado conceder tratamientos especiales a las inversiones que se localicen en zonas de menor grado de desarrollo o en actividades de interés nacional, muy particularmente las ubicadas en las provincias fronterizas, de conformidad con las disposiciones del artículo 221 de la Constitución de la República¹⁰¹⁵.

Se destaca en esta decisión la potestad que tiene el Estado para otorgar un trato preferencial a las empresas que se encuentran en las zonas fronterizas, debido a la escasez de empleo que hay en esa deprimida franja del país. Asimismo, en otra sentencia se puntualizó el carácter relativo de esta libertad, al prescribirse lo siguiente:

El ejercicio del derecho fundamental de la libertad de empresa no es absoluto, sino relativo, por lo que el Estado puede no solo regular su ejercicio sino incluso limitarlo, según establece la parte in fine del artículo 50 de nuestro Pacto Fundamental. Dicha potestad de regularlo o limitarlo está condicionada, sin embargo, a que el legislador ordinario no afecte el contenido esencial de dicho derecho ni el principio de razonabilidad (Art. 74.2 de la Constitución)¹⁰¹⁶.

1015 Sentencia TC/0267/13, dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana el 19 de diciembre de 2013.

1016 Sentencia TC/0267/13, op. cit.

El Tribunal Constitucional dominicano, siguiendo el mismo criterio que la jurisdicción constitucional peruana, abordó el contenido esencial de la libertad de empresa, al señalar que la libertad de los socios para crear una empresa, así como el acceso al mercado son dos componentes de su contenido esencial. Veamos:

(...) La libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad (Sentencia No. 2802-2005-AA/TC, de fecha doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005), del Tribunal Constitucional de Perú)¹⁰¹⁷.

Con ese ejercicio de derecho comparado, el Tribunal Constitucional dominicano empezó a esbozar el contenido esencial de esta libertad; por otra parte, y siguiendo con lo establecido por otras jurisdicciones del área, la Corte Constitucional de Colombia definió la libertad de empresa como:

(...) aquella que se reconoce a los ciudadanos para efectuar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o los modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia¹⁰¹⁸.

Esta jurisdicción constitucional sudamericana toma en cuenta la libre iniciativa privada, la organización de los factores

1017 Sentencia TC/00267/13, op. cit.

1018 Sentencia C-830/10 dictada por la Corte Constitucional de Colombia, el 20 de octubre de 2010.

de producción y el equilibrio que se produce entre los diversos intereses que confluyen en el mercado para definir la libertad de empresa. En síntesis, esta corte, al referirse a la repetida libertad, expone: “es una expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional”¹⁰¹⁹.

La jurisprudencia española dispone que esta libertad no es ilimitada ni absoluta; por el contrario, puede ser objeto de limitaciones, siempre que se respete su contenido esencial. El mantenimiento de esos límites está garantizado por la reserva de ley y por ese núcleo que no puede ser alterado por el legislador, denominado *contenido esencial*¹⁰²⁰.

La libertad de competencia supone igualdad de tratamiento para las empresas que incursionen en el mercado, sin importar sus características. Si existe libre mercado está implícita también la paridad de trato para los diversos agentes económicos, razón por la cual aun cuando no lo hubiese prescrito el artículo 221, se trata de una regla de juego esencial. De manera que “el artículo 221 presenta una garantía adicional al comentado principio de subsidiariedad, toda vez que no solo se reserva la actuación del Estado a aquellas parcelas en las que los agentes económicos privados no actúan con la suficiente intensidad, sino que en el supuesto de que el Estado actúe como empresario, este debe hacerlo en régimen de igualdad con los actores privados, no

1019 Sentencia C-830/10, op. cit.

1020 Sentencia 89/2017, dictada por el Tribunal Constitucional de España, el 04 de julio de 2017. BOE No. 171 del 19 de julio de 2017.

puede valerse de los privilegios y ventajas que mantiene en su condición de ente público”¹⁰²¹.

A la luz de lo antes señalado, podemos apreciar que nuestro Supremo Estatuto Político, al abordar la orientación y fundamento del régimen económico y la iniciativa privada, asume criterios elásticos, que le permiten a otras organizaciones partidarias enarbolar distintas opciones económicas, con la condición de respetar los derechos fundamentales.

El desarrollo económico, para el Estado dominicano, tiene una finalidad eminentemente social, pero esto no significa que se deje de estimular la iniciativa privada.

No podemos concluir sin referirnos a la estabilidad de precios, estrechamente vinculada al equilibrio macroeconómico, que adquiere jerarquía constitucional en nuestro país a partir de 2010¹⁰²².

El Banco Central, cuyo capital es propiedad del Estado, es el único emisor de los billetes y monedas de circulación nacional, y tiene por objeto velar por la estabilidad de precios¹⁰²³. “El artículo 225 habla acertadamente de la autonomía del Banco Central, evitando el término independencia, que como ha señalado la doctrina, contradice la esencia de un Estado democrático, que tiene en el control de sus instituciones uno de los elementos esenciales del propio concepto de Estado constitucional y, en similar orden, de Estado Social y Democrático de Derecho”¹⁰²⁴.

1021 HERNÁNDEZ PARDO, Raúl, op. cit., p. 1133.

1022 Previamente, la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, del 21 de noviembre de 2002, fijaba entre sus objetivos dicha estabilidad en los precios.

1023 Constitución dominicana, artículo 228, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

1024 HERNÁNDEZ PARDO, Raúl, op. cit., pp. 1135-1136.

Se trata de una verdadera novedad en nuestro país otorgarle jerarquía constitucional al concepto de “estabilidad de precios”, el cual era previsto en la legislación ordinaria. Esto contribuye a llevar tranquilidad e imprimirles mayor confianza a los agentes económicos, en razón de que al contar con los esfuerzos del Estado para preservar dicha estabilidad, pueden con mayor certeza efectuar sus proyecciones dentro de un esquema de riesgo calculado. La inestabilidad macroeconómica aleja la inversión privada, en vista de que genera un clima de incertidumbre y riesgo.

El mecanismo que emplea el Banco Central para contraer o dinamizar la economía es controlando la masa monetaria en el mercado. Dicho de otro modo, mediante la adopción de determinadas políticas monetarias puede el Estado manipular la economía de un país. En ese sentido, al asumir la obligación de velar por la estabilidad de los precios, está suministrando ciertas garantías a los agentes económicos para incentivar la inversión tanto nacional como extranjera.

La empresa y la libre competencia

La libre empresa es un sistema en el que los medios de producción son propiedad privada, esto es, de personas y no del gobierno. De este modo, cada cual decide producir libremente aquello que entiende tiene más salida en el mercado. Entonces, como hay posibilidad de generar ganancias, la producción aumenta. La libre competencia entre los diversos productores hace que al esforzarse por permanecer en el mercado, mejore la calidad de los productos que ofrecen, abaraten los precios y busquen modos más simples y diversos para satisfacer al consumidor¹⁰²⁵.

1025 *¿Qué es la libre empresa?* Santo Domingo, Acción Empresarial. Folleto para la difusión, 2000, p. 3.

Para algunos autores, sin embargo, la empresa consiste en un conjunto de individuos y medios económicos que se unen en virtud de un lazo presupuestario y un mismo sistema de decisión, con el fin de generar para las partes implicadas un aumento de utilidad. En el desarrollo de la empresa se forja la expansión de la economía, puesto que su finalidad consiste en generar beneficios y servirle a la sociedad con base en producir y vender bienes y servicios a los costos más bajos posibles. Pero para alcanzar esos objetivos, se requiere de cierto grado de originalidad y además, asumir riesgos¹⁰²⁶.

Para otro grupo de autores, la empresa es concebida como un fenómeno sociológico, porque se hace necesaria a partir de las limitaciones del ser y del poseer del individuo, que es la base y el destino de la sociedad. De manera que la empresa deviene instrumento de complementación de los límites y de la impotencia del ser solitario, y surge de la necesidad de solidaridad, unión, seguridad, superación, urgencias reales y psicológicas de la persona en la sociedad. Es decir, la empresa nace por una necesidad de servicio, más que por un fin lucrativo, debido a que subordina lo económico a la categoría de instrumento o de medio¹⁰²⁷.

Pero somos de opinión que la empresa surge en realidad por una combinación de ambos factores, en razón de que sin utilidades no podría subsistir ni desarrollarse, pues se trata de un fenómeno relativamente reciente, desconocido por las civilizaciones primitivas, que reviste numerosas modalidades. “Pueden ser familiares, artesanales, comerciales, industriales, financieras

1026 BASAGOITI, José María. *El futuro de la libre empresa*, Estados Unidos, Universidad de Texas, Editorial Avance, S.A., 1975, p. 17.

1027 BASAGOITI, José María, op. cit., p. 13.

y así sucesivamente. Se multiplicaron durante la época de la revolución industrial y su éxito guarda estrecha vinculación con la capacidad de innovación en procura de satisfacer las necesidades humanas. Las encontramos actualmente de todos los tamaños y en las más variadas ramas de la producción”¹⁰²⁸.

Sin embargo, la vitalidad y dinamismo de una economía se determina por el número de empresas que se crean cada año, especialmente en el ámbito industrial, comercial y en el de los servicios sobre el territorio nacional. Por esta razón los poderes públicos adoptan medidas fiscales y administrativas para incentivar la aparición de nuevas empresas y a la vez, preservar las existentes que se mantienen en constante crecimiento¹⁰²⁹.

Por su parte, el progreso individual puede alcanzarse en la medida que exista plena libertad empresarial y se dejen actuar libremente a las fuerzas del mercado, que no son otra cosa que el conjunto de las decisiones de las personas que desean comprar o vender algo. Mientras más personas participen, mejor, porque esto genera una competencia más intensa, lo cual favorece a la mayoría, porque eso tiende a un abaratamiento de los bienes y servicios. En caso de intervenir fuerzas ajenas al mercado, se producirán entonces ciertas distorsiones. Por ejemplo, si el gobierno decide obligar a los productores de arroz a venderlo a un precio que deje pérdidas, nadie querrá producirlo, lo cual ocasionaría escasez y su precio aumentaría. Pero si el precio del arroz es determinado por las fuerzas del mercado, los productores podrán ganar dinero. Y si hay muchos productores, estos deberán competir unos con otros, para tratar de vender al precio más bajo, pero sin perder dinero. Entonces, la producción au-

1028 BASAGOITI, José María, op. cit., p.18.

1029 PÉDAMON, Michel, op. cit., pp. 101-102.

menta, hasta que la oferta cubra totalmente la demanda. Es así como las fuerzas del mercado inciden en los precios¹⁰³⁰.

La competencia es la expresión de una libertad, previamente reconocida por el derecho, de entrar al mercado para competir con otros y captar una clientela. Los actores económicos encuentran una garantía constitucional en el sistema jurídico para desarrollar con plena libertad sus actividades económicas o mercantiles. La libre competencia es algo que se considera natural, consustancial al sistema capitalista, que vive y se defiende por sí misma. Sin embargo, ha sido preciso construir la teoría de la competencia desleal para frenar las prácticas abusivas de los comerciantes en el desempeño de sus actividades competitivas.

El tratado de Roma del 25 de marzo de 1957 es el que da inicio al derecho comunitario de la competencia. El origen de la libre competencia lo encontramos en las teorías económicas liberales y no en la tradición jurídica. El objetivo primero del tratado de Roma es la creación de un mercado común, primer paso de una integración política, que implica la supresión de obstáculos a los intercambios económicos entre los estados miembros. Reglas nuevas imponen la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales¹⁰³¹.

A pesar de que ha transcurrido un buen tiempo desde que se suscribió el tratado de Roma, es un hecho innegable que el fenómeno de la globalización ha debilitado las fronteras para abrirle paso a la libre circulación de capitales. Son numerosos los acuerdos bilaterales y multilaterales que se han suscrito con el propósito de crear zonas de libre intercambio, lo cual ha obli-

1030 *¿Qué es la libre empresa?*, op. cit., p. 5.

1031 FRISON-ROCHE, Marie-Anne et PAYET, Marie-Stéphane, op. cit., p. 7.

gado a los Estados a establecer reglas de juego claras en torno a la libre competencia.

Ha sido la obligación de establecer reglas diáfanas lo que ha hecho posible el proceso de internacionalización del derecho de la competencia o concurrencia, como también se le denomina. El derecho comunitario constituye un orden jurídico integrado a los derechos de los diferentes Estados miembros. No se superpone a los derechos de los Estados, pues más bien constituye, con las demás reglas internas, este derecho. Su efecto directo y primacía garantizan esta integración. En algunos países como Francia, se aplica el efecto acumulativo tanto del derecho interno como del comunitario cuando las malas prácticas mercantiles vulneran simultáneamente una norma nacional y otra comunitaria. En estos casos se exponen las personas físicas o morales a dos sanciones distintas por el mismo hecho, en virtud del repetido efecto acumulativo¹⁰³².

Es fácil observar que el derecho de la competencia desborda las fronteras del derecho comercial interno y se ramifica en otras áreas, pues al intentar establecer reglas justas para los mercados, se extiende al ámbito internacional. Le corresponde entonces a los Estados velar, respetar y garantizar la libre competencia, en vista de que la misma constituye la base sobre la cual se desarrolla el comercio. Asimismo, le corresponde sancionar la competencia desleal fundamentada en prácticas anticompetitivas, que pretenden impedir, restringir o falsear el libre juego de la oferta y la demanda.

Se pueden presentar diversos casos, los más comunes son: a) El abuso de la posición dominante, y b) Los acuerdos. En el primer caso, esto es, el abuso de la posición dominante, se

1032 FRISON-ROCHE, Marie-Anne et PAYET, Marie-Stéphane, op. cit., pp. 14-17.

presenta cuando una o varias empresas que tienen una posición privilegiada en el mercado adoptan prácticas desleales para reforzarla y preservar así su hegemonía. En el segundo caso, varias empresas se ponen de acuerdo, con el propósito de eliminar o restringir la competencia de terceros para adueñarse del mercado¹⁰³³. Sin embargo, resulta ser igual, puesto que se persigue el mismo objetivo, que no es otro que distorsionar las reglas de juego para monopolizar un sector de la economía.

Entonces, en estas situaciones, lo que se sanciona no es la posición privilegiada o dominante de una empresa, lo cual es posible en función de su eficiencia, sino el abuso en que eventualmente puedan incurrir para evitar la competencia, en la cual la rivalidad es libre y se refiere a la confrontación de los agentes económicos en la búsqueda y conservación de una clientela. Ahora bien, el hecho de que la rivalidad entre las empresas sea libre, no significa en modo alguno que todos los medios sean lícitos o permitidos.

Es por ello que la competencia económica debe sustentarse en preceptos éticos claros y no en factores meramente económicos, desprovistos de un mínimo de reglas. El derecho procura lo justo, mientras la economía, lo que es útil. Tanto el legislador como el juez se han encargado de elaborar dichas reglas para procurar cierto grado de lealtad entre las empresas, en su incesante búsqueda y conquista de importantes segmentos del mercado. De ahí que se haya trazado un marco conceptual que les impone una serie de obligaciones en lo referente a la competencia económica.

En efecto, la teoría de la competencia desleal fue concebida por la jurisprudencia francesa a finales del siglo XIX, sobre

1033 FRISON-ROCHE, Marie-Anne et PAYET, Marie-Stéphane, *op. cit.*, p. 147.

el fundamento de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, que consignan los preceptos de la responsabilidad civil. Esta acción le permite a cualquier persona, física o moral, obtener reparación por el perjuicio sufrido con ocasión de las prácticas desleales desplegadas o ejecutadas por su competidor.

Es preciso observar que las reglas elaboradas con el objetivo de sancionar la competencia desleal no han sido concebidas con base en un diseño económico determinado, es decir, para proteger a ciertos actores económicos; más bien han sido construidas para imponerle límites a la libertad de los competidores, los cuales son independientes a la libertad del mercado.

En principio, toda competencia genera un daño a uno o varios competidores que podrían experimentar una reducción considerable de su clientela, con ocasión de haberse instalado un negocio que ofrezca los mismos bienes y servicios. Se trata de una situación inevitable en un sistema de economía abierta, donde prevalece la libertad de mercado. “El simple hecho objetivo de desviar la clientela de otra empresa, no constituye una falta, porque la competencia es libre (...)”¹⁰³⁴. Le corresponde al juez determinar, en la eventualidad de un conflicto judicial, si se han adoptado prácticas comerciales o actuaciones competitivas aceptables. Debe demostrarse una falta para justificar la reparación del perjuicio generado por la práctica anticompetitiva.

En Francia se consigna pena de prisión de cuatro años, y multa de setenta y cinco mil euros para las personas físicas que, de manera personal, fraudulenta y determinante incurran en prácticas comerciales desleales o anticompetitivas¹⁰³⁵.

1034 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 396.

1035 Código de Comercio francés, artículo L. 420-6.

Se trata de un delito residual, que prevé una infracción penal, que opera bajo una ordenanza dictada el primero de diciembre de 1986. Lo usual en estos casos, en la mayoría de los países que conforman la Comunidad Europea, es imponerles a los infractores una sanción pecuniaria a través de una multa administrativa.

En el país cuya legislación hemos adoptado, también en el terreno civil las prácticas contrarias a la libre competencia generan consecuencias; se advierte incluso que le corresponde a los tribunales de comercio y los de gran instancia conocer de estos casos. Claro, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden al juez administrativo, quien puede intervenir igualmente dentro de los límites de su competencia¹⁰³⁶.

Por consiguiente, en el supuesto de que una empresa alcance mayor eficiencia por haber adoptado medidas competitivas más hábiles y desplace a otra, no significa que esta última tiene derecho a demandar reparación por daños y perjuicios, pues en este caso es lícito y encuentra su justificación en una realidad económica que en cierto modo, desborda el ámbito jurídico: el libre mercado. “(...). A veces, el progreso de una empresa se realiza a expensas de otras. Si estas iniciativas conducen a la desaparición de una empresa existente, nadie puede quejarse de aquel que ha triunfado por haber suplantado a su rival. Es la lógica del liberalismo, una lógica que puede ser cruel para los asalariados”¹⁰³⁷.

La libertad de empresa ha propiciado en la práctica el predominio de las grandes corporaciones, las cuales se encuentran en mejores condiciones de competir y ofertar a más bajos precios

1036 Código de Comercio francés, artículo L. 420-7.

1037 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 396.

determinados bienes y servicios. La dolorosa realidad, al menos en países de escasos recursos económicos como el nuestro, es que numerosos negocios, tanto medianos como pequeños, han colapsado por su imposibilidad de competir con los grandes establecimientos comerciales. Resulta preocupante que en aras de la libertad de empresa y de comercio, se tienda a fomentar oligopolios que, por su enorme capacidad económica, pueden darse el lujo de apropiarse de grandes segmentos del mercado.

En nuestro medio, esta situación ha generado quiebras masivas de innumerables empresas, lo que se traduce en mayor desempleo, marginalidad social e incremento de la criminalidad. Debemos manifestar que la debilidad institucional propia de sociedades de escaso desarrollo económico y social como la nuestra, fomenta hirientes desigualdades sociales. Por otra parte, el Estado no recauda los recursos suficientes para conjurar las crecientes necesidades de un grupo cada vez más numeroso de personas que se ven privadas de satisfacer sus necesidades más elementales.

La concentración de riquezas en pocas manos y la expatriación de capitales han contribuido en gran medida a frenar nuestro desarrollo productivo. En nombre de la libertad se han cometido y todavía se cometen numerosos atropellos, en desmedro de las grandes mayorías. No en vano se esgrime la tesis de que la democracia es un lujo de países ricos. Sin embargo, otros sostienen que es el menos malo de los sistemas creados por el hombre, dado que siempre existe la esperanza de mejorar para aquellos que han nacido en un medio adverso.

En definitiva, la libertad de empresa tiene un lado claro y otro oscuro. Nos hemos sentido en el deber de señalar algunos de los desequilibrios que genera esta libertad sobre la cual se sustenta el sistema capitalista.

Conclusiones

Se ha examinado el fondo de comercio partiendo de dos derechos consagrados en los artículos 50 y 51 de la Constitución dominicana: la propiedad y la libertad de empresa. Este enfoque induce a pensar que en vista de su naturaleza incorporal podría ser incluido en el artículo 52 de nuestra Carta Sustantiva que reconoce la propiedad de obras artísticas, literarias, científicas, así como de ciertas invenciones entre las que se encuentran las marcas y otros signos distintivos.

Los derechos consignados en el artículo 52 de la Ley Fundamental son análogos al fondo de comercio, en razón de que constituyen el producto del esfuerzo, innovación y creatividad del intelecto humano. Más todavía, si los derechos sobre las marcas, emblemas y demás signos distintivos forman parte del fondo y se estudian con ocasión de este último, ¿por qué razón no incluir en el texto constitucional su protección y reconocimiento, si en definitiva es el resultado del ingenio humano, al igual que las obras científicas, literarias y artísticas? Es por esta razón que no sería exagerado proponer la incorporación del fondo de comercio o la expresión “derechos de clientela” en el repetido artículo 52. Así se evitaría interpretar si esta figura jurídica encaja en la parte *in fine* de dicho texto cuando señala: “(...) y demás producciones del intelecto humano por el tiempo, en la forma y con las limitaciones que establezca la ley”.

Claro, se podría objetar que resulta cuesta arriba incorporar en el texto constitucional una figura jurídica que apenas se reconoce, en una que otra disposición legal aislada, como punto comercial. Sin embargo, la imperdonable desidia del legislador ordinario no debe ser óbice para que el legislador constituyente le otorgue jerarquía constitucional, sea bajo la denominación de

fondo de comercio, derechos de clientela o punto comercial, a una realidad que se manifiesta diariamente en nuestro país.

En la práctica comercial se transfieren constantemente fondos de comercio y puntos comerciales que, aunque son conceptos diferentes, debido a que en nuestro medio el punto se asocia esencialmente a la ubicación del establecimiento y la clientela que es atraída por dicho emplazamiento o localización; en cambio, el fondo, como se ha visto, es un concepto más amplio, que abarca otros elementos de naturaleza corporal e incorporal. Pero se puede resumir afirmando que consiste en el valor agregado que el esfuerzo y creatividad del comerciante le proporciona al conjunto de elementos que conforman el negocio.

Oportuno es indicar que en determinadas ocasiones, cuando se realiza el traspaso de un fondo o punto comercial, estas operaciones no tributan, porque se efectúan de manera informal, a menos que se trate de establecimientos organizados, constituidos como empresas o compañías en las que necesariamente deben transferirse las acciones. Pero en una economía informal como la nuestra, donde una gran cantidad de los negocios nace y se desarrolla al margen de la formalidad antes indicada, el Estado deja de percibir una considerable cantidad de recursos por concepto de impuestos.

Pero independientemente de razones fiscales, el fondo de comercio es una entidad que surge como consecuencia del esfuerzo e ingenio del ser humano, al igual que cualquier otro derecho de propiedad intelectual, razón por la cual debe ser objeto de reconocimiento y protección, tanto a nivel constitucional como adjetivo. Es un medio que contribuye con el desarrollo individual de la persona y, a su vez, aumenta la riqueza social, debido a que genera dinamismo en la economía y

empleos. Resulta cuestionable que algunos elementos o partes del fondo se encuentren debidamente reconocidos por la norma sustantiva, y no el conjunto que se agrupa con el propósito de atraer y conservar la clientela.

En conclusión, podría afirmarse que entre nosotros, las partes revisten mayor importancia que el todo, si tomamos en consideración que las primeras se encuentran debidamente reconocidas y protegidas por el texto constitucional, mientras que la universalidad es virtualmente ignorada. Aun cuando el fondo es una entidad distinta de los elementos que la componen, no por ello reviste menor importancia, puesto que la clientela le es inherente. De modo, pues, se impone el reconocimiento de los denominados derechos de clientela, al igual que otros análogos que deben su origen a la iniciativa, el sacrificio y creatividad del ser humano.

CAPÍTULO VI

EL PUNTO COMERCIAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

En el presente capítulo se hará un breve recorrido, tanto legislativo como jurisprudencial, del fondo de comercio o punto comercial en República Dominicana, examinando cada decisión judicial o disposición legal que de un modo u otro se refiera al tema. Así se podrá evaluar la evolución de esta figura jurídica, cuya trascendencia en el país de origen de nuestra legislación nadie discute. Aunque el legislador dominicano le ha otorgado tímidamente un tratamiento preferencial a los alquileres de carácter comercial, su esfuerzo ha sido estéril, en razón de que ha descuidado elaborar un estatuto claro y preciso para proteger al comerciante que desarrolla su punto comercial en un local arrendado.

Mientras que en Francia se articuló un régimen especial que impropiaemente se denomina “propiedad comercial”, el cual le permite al comerciante arrendatario renovar su contrato de alquiler cuantas veces resulte necesario para la supervivencia de su negocio, reconociéndole, en caso de negativa del propietario, una indemnización por evicción, entre nosotros no se ha estructurado nada semejante. Por el contrario, el comerciante que

desarrolla su fondo o negocio en un inmueble alquilado puede ser desalojado sin ninguna consideración, al término del contrato, situación de la que suele aprovecharse el propietario o un competidor, sea para instalar un fondo idéntico o simplemente para sacar del mercado al inquilino.

Los abusos que se generan por la ausencia de reglas claras, a lo cual habría que añadir la apatía de los jueces dominicanos cuando les ha tocado juzgar sobre el tema, son realmente alarmantes. El caso más revelador de dicha indiferencia se observa en una decisión de 2012, dictada por nuestra Suprema Corte de Justicia, en la que se admitió la existencia del fondo de comercio, pero sin amparar al comerciante arrendatario. Se trata de una lastimosa sentencia, que pone de manifiesto la incapacidad de la judicatura dominicana para sentar bases más justas en las relaciones entre particulares.

Por otra parte, estudiaremos algunas sentencias recientes dictadas por la Corte de Casación francesa, en las que se analizan algunos aspectos del fondo de comercio; incluso, una decisión que se ha obtenido del Tribunal Supremo español, que trata sobre el tema. El propósito es poner de manifiesto el contraste entre las sentencias que dictan los tribunales foráneos y los dominicanos sobre el mismo asunto, en fechas muy próximas, para que se observe nuestro atraso conceptual sobre este aspecto de fundamental importancia en la vida de los negocios.

Por último, se examinarán brevemente los anteproyectos de Código de Comercio de 1984 y de 2000, en los que se incluyeron apartados especiales dedicados al fondo de comercio. Desafortunadamente, ambas iniciativas han permanecido rezagadas y no han sido sancionadas por las cámaras legislativas. Aunque la primera (1984) se muestra más firme, en el sentido

de ofrecerle mayor protección al comerciante arrendatario, la segunda (2000) es más amplia en términos generales, y sigue con mayor fidelidad los criterios desarrollados por la legislación francesa. Urge una renovación en materia comercial en nuestro país y, por supuesto, el fondo de comercio debe ser enfocado con especial interés por su innegable trascendencia en la actividad mercantil.

Situación actual del punto comercial en la República Dominicana

En nuestro país, a pesar de que nos encontramos en vías de desarrollo, el fondo de comercio no ha entrado de lleno en la legislación civil y comercial dominicana. No quiere esto decir que se ignore en absoluto, pues su modalidad más señalada se conoce entre nosotros con el nombre de punto comercial, el cual es concebido como una realidad económica. De manera que más que referirnos al fondo de comercio, utilizamos la expresión de punto comercial, entendida como el valor que se le otorga a la ubicación del establecimiento o local comercial. Aunque se trata de un concepto más limitado que el fondo de comercio, igualmente resulta determinante para la retención de la clientela. Es por tal motivo que en nuestro medio el punto comercial se encuentra asociado fundamentalmente con el lugar o emplazamiento en que se encuentra el negocio.

Sin embargo, el concepto de fondo de comercio va más allá del lugar o asiento en que se encuentre, aunque la doctrina francesa no deja de admitir que en determinados casos, como por ejemplo, cuando se refiere a una clientela de barrio, la ubicación es determinante. Más claramente, “cuando se trata de un fondo con una clientela de barrio, la jurisprudencia ha podido

decidir que la mera cesión del derecho al arrendamiento es en realidad una cesión del fondo”¹⁰³⁸.

Los dominicanos asumimos el punto comercial como un patrimonio cuyo valor resulta del tiempo y otros factores empleados por su propietario en la adquisición y conservación de una clientela. No pocos industriales y comerciantes venden sus negocios a terceros interesados en el valor comercial que representa el local del negocio que ha venido ocupando durante largos años; en estos casos, más que el producto fabricado o el nombre comercial, lo que vende el propietario del establecimiento es su ubicación. Como es lógico pensar, con la ubicación se vende también la clientela forjada por el propietario.

Hasta ahora, el legislador dominicano no se ha preocupado por reglamentar u otorgarle un estatuto jurídico al punto comercial, el cual se desenvuelve de forma desorganizada en nuestro medio económico. No es esta una excepción de los hombres llamados a dotarnos de una legislación moderna y coherente, porque si algo nos caracteriza es la apatía en ajustarnos a las exigencias que imponen los nuevos tiempos y los obligados avances que ellos reclaman. En numerosas ocasiones, los problemas que se suscitan con ocasión de la negociación del punto comercial se resuelven (cuando pueden ser resueltos), gracias a la buena voluntad, tolerancia y permeabilidad de los interesados. No obstante, frente a una legislación con tantas limitaciones como la nuestra, conviene recordar que es una cuestión de hecho, cuya creciente importancia económica demanda ya especial atención.

Conviene señalar, además, que el punto comercial supone casi siempre la existencia de un local, y son muy contados los casos en que su propietario, esto es, el titular de un punto de

1038 RIPERT, Georges, op. cit., p. 334.

comercio, es también el propietario del inmueble. Para expresarlo con mayor sencillez, diríamos que la venta de un punto comercial por quien no es dueño del inmueble que ocupa su negocio, exige de su parte el derecho a ceder el local alquilado, que en la inmensa mayoría de los casos le está contractualmente prohibido.

Contrariamente a lo que suponen muchos abogados dominicanos, nuestra legislación no debería individualizarse en exceso, ni apartarse demasiado de la legislación francesa. Necesariamente debemos recurrir —y recurrimos con frecuencia— a sus innovaciones, a las soluciones jurídicas de sus actividades técnicas, industriales y comerciales en la medida en que estas se han incorporado también a nuestro pequeño mundo socioeconómico.

A lo largo de nuestro estudio, nos hemos percatado de que el punto comercial en República Dominicana opera de manera informal. En este sentido, no es lo mismo un salón de belleza que una tienda dedicada a la venta de ropa, o un restaurante. El salón de belleza, por ejemplo, tiene características muy particulares. Su éxito no depende únicamente de la ubicación o posicionamiento en el mercado, sino también de sus empleados. Es decir, usualmente el cliente del salón de belleza establece un estrecho vínculo personal con el peluquero, la manicurista y hasta con la más humilde empleada que le lava el cabello, lo que hace posible que al momento de que un cliente se acerque un negocio de esta naturaleza, más que por el establecimiento mismo, lo haga por el empleado que normalmente le presta sus servicios.

En este tipo de actividad, aunque una parte de la clientela acude ocasionalmente al establecimiento, su principal fuente de sustento radica en los consumidores fijos, ya que usualmen-

te estos asisten varias veces cada semana, generándose así una cercana relación entre cliente y empleado, independientemente de la política del negocio. En nuestro país se estila que cuando alguien compra un establecimiento con estas características, el nuevo propietario exige contractualmente que se incluya el personal, lo que resulta lógico, debido a que si el empleado se muda a otro salón, el cliente tiene una fuerte tendencia a seguirlo. Es fácil advertir aquí cierta fragilidad o complejidad para determinar los elementos esenciales del punto comercial.

En sentido general, el valor del punto comercial se determina de conformidad con la facturación del negocio y el cálculo que el adquirente ha efectuado, sobre la base de lo que podría ser su retorno de inversión. De modo que su valor se cuantifica tomando en consideración múltiples factores de naturaleza económica, a los que se añade naturalmente el factor especulativo, el cual deviene como resultado del esfuerzo del comerciante vendedor.

En el caso de un restaurante, además de la ubicación, el nombre y otros aspectos, resulta ser la oferta gastronómica uno de los elementos fundamentales cuando de atraer clientela se trata. Pues, ha sido nuestra experiencia que cuando, por una razón u otra, la clientela acude a un establecimiento de esta índole, y el sabor de la comida varía sustancialmente o el menú es modificado, ya sea por la ausencia del chef o por otra causa, es normal que el adquirente del punto comercial exija al propietario las recetas que por años el restaurante ha ofrecido a sus clientes, así como la permanencia de determinados empleados.

En cuanto a las tiendas de ropa, electrodomésticos y efectos mobiliarios, estas fortalecen su punto comercial básicamente sobre la base de su ubicación y los precios. En nuestro país, arterias comerciales como la avenida Duarte, la Mella y el mercado de

Villa Consuelo¹⁰³⁹, entre otros, pueden abaratar las mercancías porque generan un gran volumen de ventas, en razón de que se abastecen de mercancías que adquieren a bajo costo, lo que les permite poder presentar al público mejores ofertas. De esta forma se ha posibilitado, con el tiempo, que el cliente, por muy distante que se encuentre de estos establecimientos, acuda a los mismos con el fin de obtener mejores precios. Y es precisamente a esa localización o ubicación particular del local a lo que esencialmente denominamos punto comercial, a lo que se suman, por supuesto, otros factores adicionales, como el nombre comercial, la enseña y el trabajo desplegado por el comerciante, entre otros.

Cuando la marca es el factor determinante en un punto comercial, es su posicionamiento en el mercado lo que determina el valor del fondo. Si la calidad del producto decae, se reflejará en una disminución del valor de la marca y, por supuesto, también de las ventas. Tal como nos enseña la doctrina francesa, el factor que sea determinante para atraer a la clientela resultará el elemento fundamental del fondo, el cual difiere de un negocio a otro¹⁰⁴⁰. Un ejemplo paradigmático en nuestro país resulta ser la marca “Presidente”, con que se conoce la principal cerveza nacional. La misma ha sido considerada durante décadas como un símbolo de identidad nacional y, al ser vendida recientemente a otra empresa, la sociedad adquiriente, a pesar de ser dueña de otra marca del mismo producto ha conservado, por conveniencia, la marca “Presidente”.

1039 Estas arterias se encuentran en la ciudad de Santo Domingo, y constituyen espacios similares a la Gran Vía en España o la 5ta Avenida de Nueva York, con la diferencia de que a las locales en su mayoría asiste un público de menor poder adquisitivo.

1040 Guyénot, al referirse a la clientela, señala que esta existe “en la medida en que es atraída y conservada por uno o varios elementos del fondo que pueden ser los signos distintivos (nombre comercial, marcas...) que revelan al comprador el mantenimiento de la calidad de los productos o de los servicios, signos que distinguen al fondo de los otros fondos de la competencia”, GUYÉNOT, Jean, op. cit., p. 314.

En definitiva, para la existencia de un fondo de comercio, no necesariamente se requiere de un local. Es el caso del negocio del transporte y de los vendedores ambulantes¹⁰⁴¹ como los proveedores de frutas, frituras, entre otros, los cuales se creen con derechos sobre las zonas públicas en que ejercen sus actividades. Hasta los que limpian cristales de vehículos, en las calles de nuestro país, consideran que poseen una especie de derecho sobre el punto y la zona en que se encuentran, en función del tiempo que llevan en esos espacios públicos y entienden que nadie puede interferir en sus actividades.

El mercado informal debe ser organizado por las autoridades municipales por las constantes molestias e incomodidades que le generan al público. Pues resulta difícil transitar por determinadas aceras y avenidas de nuestro país sin ser abordado por comerciantes que ocupan la vía pública o por pedigüeños que se abalanzan sobre los transeúntes. En algunos municipios, en el interior del país, se han tomado ciertas medidas en este sentido, al punto de crear especies de carritos para los vendedores, los cuales se ubican en ciertos espacios públicos cercanos a los parques de los pueblos, y durante la noche son guardados en áreas periféricas, con el fin de no entorpecer el tránsito y el entorno visual de estas pequeñas ciudades¹⁰⁴².

El punto comercial en el contexto jurídico dominicano

A pesar de que desde 1845, el diputado por Puerto Plata, Heneken, abogaba por una protección al comerciante que no

1041 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 85.

1042 Tal es el caso del municipio de Sabaneta, provincia Santiago Rodríguez, ubicada al noroeste de la República Dominicana.

era propietario del inmueble que ocupaba su negocio¹⁰⁴³, no menos cierto es que todavía en la actualidad ese mismo comerciante se encuentra desprovisto de la necesaria protección legal que ampare sus derechos adquiridos.

En la revisión bibliográfica hemos encontrado que la primera vez que aparece referido el punto comercial en nuestro país es en la Ley No. 1758, del 10 de julio de 1948, que modificó el artículo 1736 del Código Civil de la República Dominicana, pero con la denominación de “establecimiento comercial”. El único propósito de esta norma era otorgarle un plazo mayor para el desahucio al inquilino que estuviese ocupando el inmueble con fines comerciales. Es decir, ya en aquel entonces el legislador empezaba a tomar ciertas medidas para diferenciar los alquileres comerciales de aquellos que estaban destinados para las viviendas¹⁰⁴⁴.

Para favorecer a los inquilinos que estuviesen explotando un “establecimiento comercial” en el inmueble arrendado, el legislador dispuso, en provecho del comerciante arrendatario, un plazo de ciento ochenta (180) días para que se le notificara el desalojo previamente. El propietario debía notificarle dicho desalojo al arrendatario con un plazo anticipado de aproximadamente unos seis meses, si este último se encontraba explotando un negocio determinado. En caso contrario, el plazo se reducía a (90) días. La referida Ley No. 1758 de 1948, que todavía se encuentra vigente entre nosotros, dispone de apenas dos artículos que prescriben:

1043 MENA, Gustavo y ESCOBAR, Quirico. *Operaciones del Fondo de Comercio*. Tesis para optar por el título de Magíster en Derecho Empresarial y Legislación Económica, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo, República Dominicana, 1995, p. 12.

1044 Ley No. 1758 del 10 de julio de 1948, Gaceta Oficial 6816 del 14 de julio de 1948.

Se modifica el artículo 1736 del Código Civil para que rija del siguiente modo: Si se ha efectuado el arrendamiento verbalmente, no podrá una de las partes desahuciar a la otra sin notificarle el desalojo con una anticipación de ciento ochenta días, si la casa estuviere ocupada con algún establecimiento comercial o de industria fabril, y de noventa días si no estuviere en este caso¹⁰⁴⁵.

Los plazos de desahucio que estén corriendo al día de publicarse la presente ley quedarán prolongados a su término por noventa días en el primer caso previsto en el artículo anterior; y por treinta días en el segundo caso¹⁰⁴⁶.

Resulta claro, pues, que la intención era otorgar un plazo más prolongado a aquellos inquilinos que estuviesen explotando un punto comercial, para que tuviesen la oportunidad de reorganizar sus negocios y eventualmente reinstalarlos en otro lugar. Por tanto, es con ocasión de diferenciar los alquileres comerciales de los de cualquier otra naturaleza, que surge por vez primera en nuestro país el primer destello para proteger el punto comercial. Desafortunadamente, esta iniciativa no continuó evolucionando y, por el contrario, se estancó, mientras que en Francia siguió desarrollándose, hasta el extremo de que hoy el fondo de comercio goza de una fuerte protección legal en aquel país. No obstante, en numerosas decisiones dictadas por nuestra Suprema Corte de Justicia observamos que la referida Ley No. 1758 es invocada en los procesos de desalojo¹⁰⁴⁷.

Lo que se ha visto hasta ahora es que los tribunales dominicanos se han mostrado renuentes a valorar en su justa medida

1045 Artículo 1, Ley No. 1758 del 10 de julio de 1948, Gaceta Oficial No. 6816 del 14 de julio de 1948.

1046 Artículo 2 (Transitorio), Ley No. 1758 del 10 de julio de 1948, Gaceta Oficial No. 6816 del 14 de julio de 1948.

1047 Sentencia del 30 de septiembre de 1998; sentencia del 04 de noviembre de 1998; sentencia del 10 de julio de 2002 y la sentencia del 03 de junio de 2009.

el fondo de comercio o incluso a lo que nos hemos dado en llamar punto comercial. Así se ha evidenciado en las sentencias dictadas en 1953¹⁰⁴⁸, 1973¹⁰⁴⁹, 1974¹⁰⁵⁰ y 1984¹⁰⁵¹, por citar algunos ejemplos, en las que solamente se hace una vaga referencia a esta importante institución.

En la sentencia del 22 de junio de 1953, por ejemplo, nuestro más alto tribunal abordó de forma superficial el fondo de comercio y algunos de sus elementos constitutivos, al actuar como Corte de Casación con motivo de una declaratoria de quiebra de un comerciante en la que se discutía una simulación por el traslado de un establecimiento comercial. La Suprema Corte de Justicia expresó, en una de sus motivaciones, lo siguiente:

Considerando que la Corte a qua estableció en hecho que el demandante en reivindicación sostenía la posesión “regular y legítima” del colmado en cuestión; que si él figuraba como dueño lo era solo en apariencia, puesto que el verdadero dueño lo era el quebrado; que, consecuentemente, al negarle el ánimo domine, la detentación del colmado no le daba derecho a invocar el artículo 2279 del Código Civil, aplicable exclusivamente a la posesión que reúna las condiciones requeridas por el artículo 2229 del referido Código; que, además, el referido artículo 2279 no se aplica a los fondos de comercio, los cuales comprenden, no tan solo objetos materiales y mercancías, sino también la clientela y el nombre comercial, cuya tradición manual es imposible¹⁰⁵².

1048 Boletín Judicial No. 515, 23 de junio de 1953.

1049 Boletín Judicial No. 752, 13 de julio de 1973.

1050 Boletín Judicial No. 760, 29 de marzo de 1974.

1051 Boletín Judicial No. 884, 13 de julio de 1984.

1052 Sentencia del 22 de junio de 1953, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 515, de junio de 1953, p. 1084.

Como se puede apreciar, hace más de sesenta años que nuestro supremo tribunal de justicia utilizó la expresión “fondo de comercio” con ocasión de un litigio relativo a la posesión de un establecimiento comercial. Más todavía, adoptó el mismo criterio que la legislación francesa previamente había establecido, en el sentido de que el artículo 2279 del Código Civil no aplica para los fondos de comercio, en vista de que se trata de una figura que no solamente abarca objetos corporales, sino también muebles incorporeales o intangibles de capital importancia¹⁰⁵³. Fue la primera sentencia en la que se abordó, aunque sea someramente, el fondo de comercio.

Veinte años más tarde, el 13 de julio de 1973, con ocasión de un litigio sobre un arrendamiento, la Suprema Corte de Justicia apenas se limitó a casar una sentencia con base en que el fallo impugnado lesionó el derecho de defensa del apelante, debido a que “(...) era importante en la litis planteada tener en cuenta los alegatos del demandado con respecto a la aplicación que en su caso debía dársele al Decreto No. 4807 de 1959, el cual debe ser interpretado de acuerdo con el propósito de interés social que se persiguió al dictarlo, que fue resolver un problema habitacional, lo que situaba al tribunal frente al deber de decidir si debe extenderse o no a las casas que son arrendadas para negocios (...)”¹⁰⁵⁴.

En aquella oportunidad, la Suprema Corte de Justicia casó una sentencia dictada por la Cámara Civil y Comercial de la

1053 Más claramente, el citado artículo del Código Civil dominicano, consigna que “en materia de muebles, la posesión vale título; sin embargo, el que haya perdido o a quien le haya sido robada alguna cosa, puede reivindicarla durante tres años, contados desde el día de la pérdida o del robo, de aquel en cuyo poder lo encuentre, salvo el recurso que este tiene contra aquel de quien la hubo”.

1054 Sentencia del 13 de julio de 1973, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 752, de julio de 1973, p. 1903.

Primera Circunscripción del Distrito Nacional, en un caso que se discutía el desalojo de otro establecimiento comercial, fundamentándose en el siguiente razonamiento:

Considerando, que obviamente en el fallo impugnado debió resolverse sobre la medida solicitada, en la cual ambas partes estuvieron de acuerdo; que al no hacerlo y decidir el fondo sin haber oído sobre el mismo al hoy recurrente en casación se incurrió en el citado fallo en los vicios denunciados, ya que era importante en la litis planteada tener en cuenta los alegatos del demandado con respecto a la aplicación que en su caso debía dársele al Decreto No. 4807 de 1959, el cual debe ser interpretado de acuerdo con el propósito de interés social que se persiguió al dictarlo, que fue resolver un problema habitacional, lo que situaba al tribunal frente al deber de decidir si debe extenderse o no a las casas que son arrendadas para negocios, las previsiones del citado Decreto que excepcionalmente dan al propietario el derecho a solicitar la entrega de la misma (poniendo fin al contrato), por el hecho de que él o sus familiares decidan habitar la casa, o si por el contrario deben interpretarse sus disposiciones en el sentido de que los propietarios solo pueden pedir el inmueble cuando lo sea para fines de reparación, reedificación o nueva construcción, a que se refieren los artículos 4 y 5 del Decreto ya mencionado (...)¹⁰⁵⁵.

En la decisión antes indicada, la Suprema Corte de Justicia debió interpretar los alcances del Decreto No. 4807 de 1959, en lugar de limitarse a censurar la sentencia impugnada por carecer de base legal. En otros términos, debió señalar en su fallo si el decreto se extendía a los alquileres comerciales para orientar al tribunal de envío o, mejor aun, para imponerle su criterio en ese sentido.

1055 Sentencia del 13 de julio de 1973, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 752, de julio de 1973, p. 1903.

Nuevamente se perdió otra gran oportunidad para sentar las bases de un esquema normativo orientado a proteger a los comerciantes arrendatarios. Fue una decisión tímida, insuficiente, aunque hasta cierto punto correcta, puesto que finalmente casó la sentencia impugnada. Bien pudo en aquel momento, el máximo tribunal de la justicia ordinaria, haber realizado por sí mismo la interpretación para extenderles a los comerciantes arrendatarios los beneficios del Decreto No. 4807, sobre todo porque veinticinco años antes ya el legislador había votado la Ley No. 1758 de 1948 que, como hemos señalado anteriormente, modificó el artículo 1736 del Código Civil con el propósito de concederle un plazo más extenso a los comerciantes que explotaban sus negocios en inmuebles alquilados.

El 29 de marzo de 1974, nuestra Suprema Corte de Justicia se pronunció con otra sentencia en materia de tierras en la que se discutía la indemnización de un comerciante que demandó a la Corporación Dominicana de Electricidad por un incendio alegadamente causado por la empresa proveedora de electricidad. La reclamación del comerciante comprendía el valor del punto comercial. En efecto, en esta decisión la Suprema Corte de Justicia anuló la sentencia impugnada por insuficiencia de motivos, en razón de que entendió que las razones expresadas para acordar la indemnización debieron ser más precisas. Se menciona de manera tangencial, en la repetida decisión, el punto comercial, pero sin abordar aspectos intrínsecos de esta importante figura jurídica¹⁰⁵⁶.

Finalmente, en una sentencia del 13 de julio de 1984 se vuelve a mencionar superficialmente el punto comercial, con

1056 Sentencia del 29 de marzo de 1974, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 760, de marzo de 1974, pp. 878-879.

ocasión de un proceso judicial en el que una persona le había cedido a otra un negocio ubicado en un local arrendado. Se produjo el desalojo de la subarrendataria del inmueble y adquirente del punto comercial, razón por la cual el cedente la demandó en reparación de daños y perjuicios¹⁰⁵⁷. La demanda fue rechazada tanto en el primer grado de jurisdicción como en el segundo, con base en la motivación que exponemos a continuación:

Considerando, que el examen de la sentencia impugnada pone de manifiesto que la Corte a qua para rechazar la demanda expuso lo siguiente: “Que siendo un hecho cierto y no controvertido, sino por el contrario es admitido por las partes de que el ahora recurrente arrendó un bar, esto es, los muebles, el punto comercial o punto de comercio, así como equipos y artículos propios de este tipo de negocio a la intimada pero que el local no era propio, sino le fue arrendado a él por su propietario y que solo por su falta de pago de las mensualidades, que estaban a su cargo, por ser el inquilino, es que se produce la demanda en desalojo la cual se efectuó contra él en su indicada calidad, es claro que la intimada no ha cometido ninguna falta, sino que por el contrario, el único en falta lo es el demandante, no habiéndose planeado siquiera que la intimada le adeudaba suma alguna, sino que no obstante ser evidente que ella cumplió con sus obligaciones, él no cumplía con las suyas, que por todo ello se hace evidente que los perjuicios o daños que se hayan ocasionado no son más que la consecuencia lógica de la propia falta del recurrente y de la cual este no se puede prevaler; que en consecuencia al ser claro que la intimada no cometió ningún tipo de falta o hecho que causaren daños al reclamante, procede rechazar su reclamación, y como consecuencia la confirmación de la sentencia¹⁰⁵⁸.

1057 Sentencia del 13 de julio de 1984, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 884, de julio de 1984, p. 1765 y s.

1058 Sentencia del 13 de julio de 1984, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 884, de julio de 1984, pp. 1767-1768.

Aunque la decisión antes señalada tampoco aborda directamente la esencia misma del fondo de comercio, al menos toca en cierta medida el aspecto relativo al arrendamiento. En el caso de la especie, la subarrendataria fue desalojada porque el inquilino no pagaba al propietario del inmueble el precio convenido por concepto de alquiler; a pesar de ello, demandó a la subinquilina en daños y perjuicios por las supuestas pérdidas que le causó el desalojo. La Suprema Corte de Justicia le rechazó su demanda en virtud de la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*¹⁰⁵⁹.

En cuanto a la legislación dominicana sobre el tema, encontramos que en el Decreto No. 4807 sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios, del 16 de mayo de 1959, al que nos hemos referido en más de una ocasión, se aborda el establecimiento comercial, disponiendo lo siguiente:

*Cuando a diligencias del propietario o por virtud de orden de autoridad competente, el desahucio se ha obtenido con el propósito de una nueva construcción, reconstrucción o reparación de un inmueble, y este estuviera ocupado por algún establecimiento comercial o de industria fabril, amparado por una patente de desde cinco años o más con anterioridad al desalojo, el inquilino tendrá la preferencia de volver a ocupar dicho inmueble si dentro del plazo de treinta días, a contar de la fecha en que el propietario le notifique por acto de alguacil que va a proceder a la nueva construcción, reconstrucción o reparación, le manifiesta en la misma fecha al propietario su propósito de volver a ocupar el inmueble por un alquiler que no excederá del uno por ciento del valor adquirido por el inmueble por efecto de la nueva construcción, reconstrucción o reparación*¹⁰⁶⁰.

1059 Nadie puede prevalecerse de su propia falta.

1060 Artículo 5, párrafo a) del Decreto No. 4807 sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios en la República Dominicana, del 16 de mayo de 1959, Gaceta Oficial No. 8364 del 16 de mayo de 1959.

En el texto antes señalado se nota que en 1959, la legislación dominicana empezaba lentamente a otorgarle prioridad a los “establecimientos comerciales”, con ocasión de volver a ocupar el inmueble reparado o reconstruido por el propietario. No olvidemos que a la sazón, en Francia ya se había comenzado a desarrollar el fondo de comercio aproximadamente cincuenta años antes de que este entrase en vigencia en la República Dominicana.

El referido decreto se orienta a concederle mayor importancia a los inquilinos que desarrollen negocios en los inmuebles arrendados, al otorgarles, en estos casos, la posibilidad de volver a ocupar el inmueble reparado o reconstruido por el propietario. Dicho de otro modo, a pesar de haberse concebido la referida norma reglamentaria con el propósito de proteger a los inquilinos en sentido general, dado el déficit habitacional que prevalecía en aquel entonces, lo cierto es que hizo especial énfasis para proteger los arrendamientos comerciales.

Por otra parte, cuando se observan las normas relativas al arrendamiento, se ve claramente que las mismas se encuentran dispersas. El Código Civil de la República Dominicana constituye el marco general de nuestro derecho positivo, el cual regula los contratos de arrendamiento desde el artículo 1708 hasta el 1762. Conviene considerar que es en el artículo 1736 del referido código y en el Decreto No. 48-07, del 16 de mayo de 1959, que se intenta, sin mayor repercusión, diferenciar el alquiler comercial del destinado para viviendas. Además, el artículo 1737 del Código Civil había perdido vigencia, con ocasión de una interpretación de la Suprema Corte de Justicia que, aplicando el Decreto No. 4807 de 1959, había sentado el criterio de que la llegada del término no suponía la terminación del contrato de arrendamiento¹⁰⁶¹.

1061 Cas. civ. No. 1, 14 mayo 2003, Boletín Judicial No. 1110, de mayo de 2003, pp. 101-110.

Esa interpretación fue desechada con una reciente decisión del mismo tribunal, que fijó la llegada del término como una de las causas de resiliación del contrato de alquiler¹⁰⁶².

Los primeros destellos del fondo de comercio habían surgido con ocasión del legislador intentar diferenciar los alquileres de viviendas de los de índole comercial. En tanto que es para el 2 de mayo de 1972 cuando se vota en nuestro país la Ley No. 407 para regular la venta de gasolina, aceite y otros lubricantes donde se registra por primera vez, en su artículo 6, párrafo II, la expresión “punto comercial”, al apuntar:

Párrafo I.- Si el Mayorista se niega a suministrar al detallista la gasolina, diesel oil, aceites y demás lubricantes, este requerirá al Mayorista por acto de alguacil el suministro de los mismos. Si en el término de tres (3) días contados a partir de la fecha de notificación, el mayorista no accede al requerimiento, el Detallista quedará en libertad de adquirir los productos indicados de cualquier suministrador. Párrafo II.- En estos mismos casos, cuando luego de expirar el término estipulado en el contrato, el Mayorista manifieste su deseo de no continuar el mismo, el Detallista tendrá el derecho a percibir una indemnización equivalente al valor del punto comercial¹⁰⁶³.

En esta disposición es que el legislador dominicano incorpora formalmente la expresión “punto comercial”, que es como acostumbramos a llamarle a lo que en otros países se conoce como fondo de comercio, *goodwill*, establecimiento mercantil, entre otras tantas denominaciones. La intención no era otra que la de proteger

1062 Sentencia dictada el 3 de diciembre de 2008 por la Primera Sala de la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1177, de diciembre de 2008.

1063 “Ley No. 407 que regula la venta de gasolina, *diesel oil*, aceites, lubricantes y otros productos similares”. Gaceta Oficial No. 9281 del 15 de octubre de 1972.

al que vende gasolina al detalle, de aquellos mayoristas que tienen el control del negocio de los combustibles en nuestro país. De ese modo, se dictó finalmente una ley que tiende a proteger el punto comercial en este sector de la economía. Su valor radica en que resulta ser una disposición legal, que incorpora formalmente en nuestra legislación la expresión “punto comercial”.

No obstante, en relación a los inquilinos que desarrollan puntos comerciales en locales alquilados no se ha votado todavía ninguna ley ni se ha dictado disposición reglamentaria alguna que proteja al comerciante arrendatario. Pero además, ninguna decisión jurisprudencial ha hecho el intento por conjurar esta situación, que genera tantas iniquidades en nuestro pequeño medio socioeconómico. Aunque el punto comercial aparece implícitamente en la Ley General de Salud No. 42-01, consignando que “las farmacias se establecerán en una distancia no menor de 500 metros, pudiendo la SESPAS -Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social¹⁰⁶⁴- disponer de menos distancia en caso de concentración poblacional en edificios de varios niveles o plazas comerciales; sin embargo, para las farmacias existentes que tengan menos distancia no se aplica la presente disposición”¹⁰⁶⁵.

Esta distancia mínima, la cual también se exige para los establecimientos que expenden combustibles, es una protección prescrita por el legislador para proteger esta categoría de negocios especializados, medida que suele vulnerarse en la práctica. En numerosas ocasiones vemos que no se cumple con la distancia dispuesta por ley, e incluso nos encontramos con establecimientos de esta naturaleza ubicados uno frente al otro.

1064 Ahora Ministerio de Salud Pública (MSP).

1065 Sección II “De los establecimientos farmacéuticos”, artículo 103, Párrafo VI, Ley General de Salud No. 42-01, Gaceta Oficial No. 10075 del 10 de marzo de 2001.

Al finalizar la década de 1984, el Congreso de la República Dominicana votó la Ley No. 17-88, del 5 de febrero de 1988, de Impuesto sobre la Vivienda Suntuaria y los Solares Urbanos no Edificados, en la que se determina el monto del impuesto a pagar en función del valor de los inmuebles. Dicha ley prescribe que “la modificación del estatus de una vivienda o punto comercial debe ser autorizada por la Secretaría de Estado de Industria y Comercio, la cual expedirá una certificación a solicitud del propietario, para depositarla en la Dirección General de Catastro, a los fines de excepción de este impuesto. Cuando sea realizada la ampliación, remodelación, decoración para uso comercial, la certificación de que se trata debe ser expedida por el ayuntamiento correspondiente. Esas certificaciones estarán exentas del pago de Impuesto sobre Documentos”¹⁰⁶⁶.

En esta disposición legal, a pesar de que se enuncia el punto comercial, se hace únicamente con fines fiscales. De este modo es que nos encontramos, tanto en esta como en otras normas, con la expresión de “punto comercial” o “establecimiento comercial”. Sin embargo, en ninguno de los casos se aborda con fundamento este aspecto tan importante del derecho comercial. Ni siquiera desde el punto de vista jurisprudencial se ha logrado sentar precedente alguno. Asombra la superficialidad y desinterés mostrado por legisladores y jueces al abordar este importante tema en nuestro país.

Cabe destacar la decisión jurisprudencial dictada en 2012¹⁰⁶⁷, con ocasión de haberse desamparado a un comerciante arrendatario que fue desalojado por los adquirientes de un in-

1066 Artículo 5, Ley No. 17-88 del 5 de febrero de 1988. Gaceta Oficial No. 7904 del 29 de octubre de 1955.

1067 Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.

mueble. En la referida decisión, como se verá a continuación, la Suprema Corte de Justicia no le prestó la debida importancia, a pesar de habersele presentado una oportunidad de oro para consagrar definitivamente la debida protección que merece el comerciante arrendatario. Sin embargo, esta última merece especial atención, no solamente por ser la más reciente, sino porque el objeto de la contestación es fundamentalmente el reconocimiento del fondo de comercio.

En esta decisión nuestro más alto tribunal de justicia desconoció el punto comercial del señor Salvador Khoury, comerciante que había adquirido mediante un contrato de compraventa, un fondo de comercio. Posteriormente, al producirse el deceso del vendedor de dicho fondo, sus herederos vendieron el inmueble en el que se encontraba el mismo a terceros, quienes procedieron de inmediato a desalojar al propietario del fondo que, a su vez, era también inquilino del inmueble (Salvador Khoury), sin tomar en consideración el tiempo que este tenía explotando su negocio de manera legítima e ininterrumpida.

Tanto en el primer grado de jurisdicción como en apelación, el adquirente del inmueble donde se encuentra ubicado el fondo obtuvo ganancia de causa y, luego, la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, le rechazó el recurso, con base en el argumento de que los últimos adquirentes del inmueble en el que funciona el fondo son terceros ajenos al contrato inicial suscrito entre el propietario del inmueble y el adquirente del fondo o punto comercial.

Más claramente, al propietario del fondo de comercio no se le reconoció en ninguna de las instancias su derecho sobre el arrendamiento, no obstante haber alegado que el desalojo efectuado por los compradores del inmueble tenía como propósito

aprovecharse de su clientela que, según señaló, fue forjada luego de dos decenios de sacrificios. Veamos:

Considerando, que el recurrente sostiene como fundamento del medio anterior, en síntesis, que la parte demandada pretendió erróneamente, y lo logró, desviar el objeto de la demanda, fundándose en sostener para ello, que la venta de un punto comercial o fondo de comercio no transmite el derecho de usufructo al comprador, cuando el objeto de la demanda, no es la pretensión de la extensión del usufructo al comprador del punto comercial, sino la reparación debida del precio pagado por el adquirente del punto, más el valor adquirido por el mismo, con todos sus elementos; que mantuvo y expandió una clientela durante dos decenios, clientela que ha sido aprovechada por los señores Cabrera y Guaba, después de obtener la recuperación, por vía del desalojo, del local objeto de explotación comercial. En otros términos, los recurridos se han beneficiado de un fondo ya creado, usufructuando una clientela establecida y sin realizar mayores esfuerzos, pagos o retribuciones en contraprestación por adquirir un elemento, que como la clientela, debe merecer protección jurídica; que asimismo, desarrolla los elementos de la demanda en enriquecimiento sin causa, los cuales aduce se reúnen en el caso que nos ocupa¹⁰⁶⁸.

Este “considerando” expresa que la intención de los que adquirieron el inmueble en el que operaba el fondo o negocio era la de apropiarse del mismo sin indemnizar al propietario del fondo. Más todavía, la propia Suprema Corte de Justicia admite en sus motivaciones que se trata de hechos que no son controvertidos. Por tal motivo, expondremos lo expresado por el alto tribunal:

Considerando, que en la decisión impugnada se establece, entre otras cosas, lo siguiente: “(...) Que constituye un hecho no

1068 Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.

controvertido que el recurrente ocupó por varias décadas un local comercial ubicado en la esquina formada por las calles del Sol y 30 de Marzo No. 17, donde tenía instalado un negocio de venta de ropas denominado “Tienda Khoury” el cual fue arrendado al finado Pedro Ramón Espaillat Julia; (...) Que a diferencia de la legislación de origen, donde la naturaleza jurídica del punto comercial se encuentra regulada por leyes especiales, así como la transferencia del mismo, en lo concerniente a nuestra legislación, la venta de un punto de comercio en principio no está regulado por la ley, por consiguiente la venta de un punto comercial constituye un contrato innominado, el cual está sometido a la reglamentación general de los contratos; que en tal virtud, si bien es cierto que el recurrente en su calidad de inquilino adquirió por compra el punto comercial y fomentó el mismo, dicho contrato no produce efecto sino respecto de las partes contratantes, no puede perjudicar a tercero ni le aprovechan, sino en el caso previsto en el artículo 1121 del Código Civil, tal y como lo establece el artículo 1156 (sic) del Código Civil, respecto del efecto de las convenciones respecto a los terceros (sic)¹⁰⁶⁹.

Lo antes transcrito pone de relieve dos aspectos sumamente importantes: a) Que ciertamente, no se discutió el hecho de que el recurrente en casación (Salvador Khoury) había desarrollado un fondo de comercio o punto comercial en un local alquilado; y b) Que la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, optó por aplicar en este caso de naturaleza comercial una disposición de carácter civil prescrita por el artículo 1165 del Código Civil que se refiere a la relatividad de las convenciones.

En consecuencia, se deduce que los compradores del inmueble donde se encontraba ubicado el fondo tenían la inten-

1069 Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.

ción de desalojar sin pagar indemnización alguna al propietario de dicho fondo. Cabe suponer, por tanto, que esto influyó decisivamente para adquirir el inmueble a un precio menor, en vista de que tendrían que invertir una suma más o menos considerable para el desalojo. Basados en ese cálculo, se asume que los adquirientes hicieron una buena inversión, ya que pagarían menos por el inmueble y, a su vez, compraron un fondo con una clientela forjada por otro.

En efecto, el propietario del punto comercial fue desalojado y perdió su esfuerzo de varias décadas sin recibir ningún tipo de indemnización. Los jueces, en lugar de hacer uso de cierto juicio hermenéutico, optaron por aplicar sin reparo los principios del Código Civil en materia contractual. Bien pudieron aprovechar la ocasión para sentar un criterio jurisprudencial orientado a la protección del punto comercial, concediéndole una justa compensación al recurrente.

Sin vulnerar los principios contractuales establecidos en la legislación ordinaria, pudieron, en el caso de la especie, dadas las excepcionales particularidades del mismo, apartarse de las disposiciones sobre la relatividad de las convenciones e imponer una indemnización a los compradores del inmueble, quienes presumiblemente lo adquirieron a sabiendas de que allí operaba un fondo de comercio desde hacía muchos años.

Las circunstancias del caso inducen a pensar que estos últimos adquirientes compraron el local con el propósito de establecer un negocio similar al previamente existente, o simplemente continuar con el mismo. En otros términos, todo apunta que no les interesaba adecuarlo como vivienda u oficina. Su propósito, de conformidad con lo argumentado por el propietario del fondo, era captar ese capital intangible, denominado fondo de comercio, sin tener que ofrecer prestación

alguna. Expondremos, a continuación, otro de los defectuosos razonamientos de nuestra Suprema Corte de Justicia:

Considerando, que en esa línea discursiva se impone destacar, que si bien el fondo de comercio, llamado comúnmente en la praxis “punto comercial”, como también se le denomina en la sentencia hoy impugnada, en nuestro país acusa un verdadero déficit legislativo para su reglamentación y su organización, que comprenda su naturaleza y los elementos que lo constituyen, no es menos verdadero, que la jurisprudencia ha ido perfilando paulatinamente lo que sería una especie de construcción aproximada de lo que podría entenderse por fondo de comercio, y es así como ha sido juzgado que el fondo de comercio no solo comprende objetos materiales y mercancías, sino también la clientela y el nombre comercial, cuya tradición manual es imposible. En ese orden de ideas, es oportuno dejar sentado, que el fondo de comercio es el conjunto de bienes muebles, corporales e incorporales destinados a la explotación de una actividad de índole esencialmente comercial, en la cual se tiene como elemento fundamental y característico la retención de la clientela que es asidua y está vinculada a ese fondo de comercio, y que se ha ido formando en el curso de la actividad comercial desarrollada por el propietario y fomentador de dicho fondo, a través de estrategias de mercadeo propias de la actividad comercial, que permitan el mantenimiento de la misma, siendo en consecuencia la clientela, un elemento indispensable para la existencia de un fondo de comercio. Ante la ausencia de un régimen legal que tipifique en nuestro derecho esta figura jurídica de orden comercial, el fondo de comercio, forzosamente debe incluirse dentro de los contratos innominados, como bien lo estableció la corte a-qua; por consiguiente, su regulación en el estado actual de nuestro derecho se rige por las reglas del derecho común, en lo que respecta a la fuerza del vínculo obligatorio y la relatividad de los efectos de los contratos¹⁰⁷⁰.

1070 Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.

Es fácil observar que la motivación antes transcrita reconoce la existencia del fondo de comercio, que había sido adquirido por el recurrente (Salvador Khoury) de manos del finado Pedro Ramón Espaillat. Asimismo, se admite que existe un déficit legislativo sobre este tema en nuestro país, pero se optó finalmente por desamparar al propietario del fondo, aplicando el principio de la relatividad de las convenciones. Dicho precepto se encuentra previsto, como bien expresáramos anteriormente, en el artículo 1165 de nuestro Código Civil, el cual reza del siguiente modo: “Los contratos no producen efecto sino respecto de las partes contratantes; no perjudican a terceros ni le aprovechan, sino en el caso previsto en el artículo 1121”¹⁰⁷¹. Este texto fue el que le sirvió de fundamento a nuestro más encumbrado tribunal de la justicia ordinaria para justificar que el contrato de arrendamiento era ajeno a los que adquirieron el inmueble con posterioridad.

Nadie discute que en nuestro país el contrato que recae sobre la venta de un fondo de comercio es innominado, puesto que no se encuentra regulado de manera expresa en ningún texto legal. Por tanto, es lógico suponer que no esté reglamentado si no existe en términos legales, pero lo que no resulta convincente es la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia para aplicar el efecto relativo de las convenciones.

Si bien es verdad que en la especie se trata de un contrato innominado, no menos cierto es que el efecto relativo de las convenciones no debió aplicarse, en virtud de que los últimos adquirientes del inmueble conocían de la existencia previa de un contrato de alquiler y del punto comercial. Precisamente, uno de los alegatos del propietario del fondo y recurrente en

1071 Código Civil de la República Dominicana.

casación, es que los adquirentes del inmueble se han aprovechado de la clientela fomentada por él durante varias décadas de dedicación a la actividad comercial. Estos argumentos nos llevan a la conclusión de que los recurridos estaban conscientes de la existencia del fondo.

En esta desafortunada decisión, la Suprema Corte de Justicia, para demostrar que no desconocía la figura jurídica del fondo de comercio, y a la vez justificar la imposibilidad de protegerlo, expresa lo siguiente:

Considerando, que resulta conveniente señalar que el fondo de comercio comprende el conjunto de derechos y bienes muebles, como la clientela, el renombre, derecho a la locación, nombre comercial, enseña, patente de invención, marca de fábrica, materias primas, mercaderías, entre otras, pertenecientes a un comerciante y que le permiten la realización de sus operaciones comerciales¹⁰⁷².

Resulta incomprensible que se desarrollen argumentos sobre el fondo y se admita el derecho al arrendamiento del local comercial como uno de los elementos que corresponden al comerciante, para luego despacharse con una regla del derecho común que no debió aplicarse al caso concreto. Lo cierto es que carecemos de un estatuto especial sobre los alquileres comerciales, distinto a como acontece en Francia, para proteger al comerciante arrendatario. Sin embargo, ello no es óbice para que la jurisprudencia, como fuente de derecho, supla esas deficiencias para orientar y estimular al legislador a la aprobación de leyes con el propósito de alcanzar una mejor convivencia social.

1072 Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.

Si en definitiva se iba a incurrir en un error de esta naturaleza, hubiese sido preferible que la Suprema Corte de Justicia se hubiese limitado a un frío análisis jurídico en el terreno del derecho civil, sin mencionar el fondo de comercio. De este modo, dicha sentencia pudo haberse justificado con base en el desconocimiento de esta figura jurídica, en lugar de admitir la existencia de un fondo de comercio, para más adelante ampararse en la ausencia de reglas y desalojar arbitrariamente al propietario del mismo. En función de lo anterior, nos permitimos reproducir lo siguiente:

Considerando, que de lo anterior se colige, que el contrato de venta del punto comercial intervenido entre el hoy recurrente y el finado Pedro Ramón Espaillat Julia, no es oponible a los recurridos, quienes adquirieron el inmueble de que se trata de manos de los herederos de su fenecido propietario, esto en virtud de la relatividad de los contratos establecida en el artículo 1165 del Código Civil, conforme al cual un contrato no puede afectar a un tercero que no ha sido parte en el mismo, ya que los efectos jurídicos de este se circunscriben únicamente a los derechos y obligaciones de quienes lo suscribieron¹⁰⁷³.

La finalidad esencial del juez es impartir justicia, aun en ausencia de normas claras, que en el caso de la especie se traduce en la inexistencia de leyes que protejan al comerciante arrendatario. Por eso, la Suprema Corte de Justicia debió guiarse por el criterio de la legislación francesa, que tanta influencia ejerce en nuestro ordenamiento jurídico, para amparar así al comerciante que llevaba más de dos décadas explotando legítimamente su fondo de comercio o punto comercial. Se pudo, en este caso concreto, haber sentado un

1073 Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.

magnífico precedente, al tiempo de aprovechar la oportunidad para enviar un mensaje al legislador ordinario.

Por el contrario, la Suprema Corte de Justicia, al fallar como lo hizo, ratificó una injusticia que se comete constantemente en nuestro país. A riesgo de parecer reiterativos, nos permitimos extraer las siguientes conclusiones de esta sentencia:

1. Los hechos de la causa son elocuentes, partiendo de los alegatos del recurrente, quien se queja del aprovechamiento de los recurridos de sus esfuerzos mercantiles. Uno de sus argumentos es que: “(...) los recurridos se han beneficiado de un fondo ya creado, usufructuando una clientela establecida y sin realizar mayores esfuerzos, pagos o retribuciones en contraprestación por adquirir un elemento, que como la clientela, debe merecer protección jurídica”¹⁰⁷⁴. Obviamente, nadie adquiere un inmueble sin haberlo visto y sin una previa investigación sobre su situación jurídica.
2. Los recurridos se valieron de una carencia legislativa, al adquirir un inmueble en el que ya operaba un fondo de comercio con el aparente propósito de desalojarlo, basándose en que el inquilino del fondo es un tercero con el cual no tienen ningún vínculo contractual.
3. Esta situación se da con mucha frecuencia entre nosotros, en razón de que el legislador jamás se ha ocupado de adoptar medidas con el propósito de proteger el punto comercial. Todavía seguimos anclados

1074 Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.

en el siglo XIX, época en la que se redactaron los códigos napoleónicos, y la prueba más elocuente la encontramos en que aun privilegiamos la propiedad inmobiliaria sobre la mobiliaria.

4. Se han dado casos en los que se producen ejecuciones inmobiliarias con ocasión de haberse trabado embargos sobre los inmuebles del deudor, encontrándose los mismos ocupados por comerciantes arrendatarios, que han forjado con su esfuerzo un punto comercial, quienes son desalojados sin ninguna consideración por el embargante. Estas arbitrariedades, así como otras tantas, ocurren con alarmante frecuencia en nuestro país, producto de la escasa atención que ha merecido esta figura jurídica por parte del legislador.
5. La Suprema Corte de Justicia, no obstante reconocer, definir y precisar los elementos del fondo de comercio, termina en su sentencia concluyendo que no puede aplicarlo porque, según afirma, “nuestro país acusa un verdadero déficit legislativo para su reglamentación y su organización”. Se trata de un razonamiento defectuoso, toda vez que en su calidad de intérprete bien pudo discernir de un modo distinto a como finalmente lo hizo, sobre todo porque conocía esta figura jurídica de incuestionable importancia.
6. Así las cosas, si estaba advertida de la existencia del fondo de comercio, debió, por vía de una correcta y adecuada interpretación, sentar un precedente jurisprudencial socialmente útil; no limitarse a la aplicación del repetido artículo 1165 del Código Civil, considerando como terceros a los adquirentes del inmueble, desco-

nociendo así una realidad socioeconómica que afecta a millares de pequeños y medianos comerciantes en todo el territorio nacional.

7. Lo cierto es que carecemos de un sistema de registro y publicidad para los fondos de comercio o puntos comerciales, pero dicha deficiencia no es obstáculo para que los tribunales dominicanos comiencen a otorgarle importancia a una institución jurídica que nació hace más de cien años en el país que nos legó sus códigos. Ningún negocio, salvo que sea ilícito, opera en la clandestinidad. De ahí que resulta fácil advertir, para el comprador de un inmueble, la existencia de un punto comercial.
8. La Suprema Corte de Justicia, en ocasiones haciendo uso de un exceso de ingenio, incluso vulnerando normas adjetivas, que no es el caso de la especie, ha llegado, por vía de interpretación, a incorporar y reglamentar recursos en nuestra legislación positiva. Nada le impedía, en este supuesto, reconocer la injusta situación que padece una gran cantidad de comerciantes que no son propietarios de los locales en que operan.
9. No se justifica, tal como se desprende de la propia sentencia, que haciendo gala de sus conocimientos sobre la figura jurídica del fondo de comercio, que se cobije en una ausencia de previsión legal para desamparar a la persona que explotaba el punto comercial. Constituye una ineludible responsabilidad de los jueces suplir las deficiencias del legislador en aquellos casos que así lo ameriten.
10. Corresponde a los llamados a impartir justicia, sin importar su jerarquía dentro de la organización judicial, corregir los vicios, conjurar las injusticias y suplir las

fallas del sistema, sin refugiarse en las lagunas que puedan advertirse en la legislación. Una de las principales fuentes del derecho es precisamente la jurisprudencia, cuya misión es suplir las deficiencias del legislador. Es penoso que todavía, en pleno siglo XXI, nuestro país no cuente con normas legales adecuadas para regular el fondo de comercio o el punto comercial. Los jueces se encuentran en la obligación de edificar los cimientos de una sociedad más justa, al margen de las lagunas que puedan existir en la legislación.

Decisiones recientes de altos tribunales en relación al fondo de comercio

Los tímidos destellos de luz sobre el fondo de comercio se perciben en nuestro país a raíz de tratar de diferenciar los alquileres de viviendas de los comerciales, tratando de otorgarle preferencia a estos últimos, lo que todavía no hemos alcanzado. Sin embargo, en Francia hace más de medio siglo que se inició un movimiento legislativo para proteger a los comerciantes arrendatarios que desarrollaban sus negocios en locales alquilados. Tanto es así, que en una decisión reciente de la Corte de Casación francesa, se reafirmó una vez más el criterio de que el comerciante arrendatario puede ceder válidamente su derecho de alquiler al adquirente del fondo¹⁰⁷⁵.

Ese mismo año, la Suprema Corte de Justicia dominicana desamparó al propietario de un fondo de comercio, con el argumento de que se trata de un contrato que no ha sido regulado por el legislador dominicano, como bien analizáramos anterior-

1075 Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, Audiencia Pública del 04 de diciembre de 2012, Expediente No. 11-24814, no publicada en el Boletín Judicial.

mente¹⁰⁷⁶. En cambio, la Corte de Casación francesa dictó una interesante decisión en la que señala dos aspectos sumamente relevantes: a) La importancia de la clientela es indiferente; basta su existencia y que la cifra de negocios no sea insignificante para que se preserve la existencia del fondo; y b) Que el comerciante arrendatario puede ceder su derecho al alquiler, al margen del volumen de ventas del negocio¹⁰⁷⁷.

Lo antes expuesto con relación al caso francés se refiere a una sociedad comercial que, a su vez, era titular de un arrendamiento comercial que procedió a la venta de su fondo a otra entidad. Los arrendadores o propietarios del inmueble pretendían que se anulara la cesión del fondo de comercio, en vista de que la sociedad vendedora del mismo había cesado sus actividades meses antes de efectuarse la venta y, por tanto, consideraban que se trataba de una operación encubierta, mediante la cual se transfería el derecho del arrendamiento sin autorización de los propietarios, bajo la modalidad de una venta. Todo ello originó que los propietarios demandaran la anulación de dicha operación. De manera que la Corte de Casación francesa, en la sentencia del 04 de diciembre de 2012, anuló la decisión objeto del recurso¹⁰⁷⁸, puesto que la disminución de las ventas no significa en modo alguno un cese de operaciones. Basta con que el volumen de las mismas no sea insignificante para que se considere en funcionamiento el fondo de comercio.

1076 Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.

1077 Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, Audiencia Pública del 04 de diciembre de 2012, Expediente No. 11-24814, no publicada en el Boletín Judicial.

1078 La misma había sido dictada por la Corte de Apelación de Reims el 12 de julio de 2011.

Por otra parte, la Corte de Casación francesa dictó otra interesante decisión en la que anuló una sentencia de la Corte de Apelación de Toulouse del 20 de octubre de 2010, puesto que esta última había pronunciado la nulidad de una promesa de venta, en vista de que la misma carecía de objeto, por la ausencia de explotación por parte del vendedor. La corte de apelación partió del supuesto de que cuando cesa la actividad de explotación del propietario del fondo, en esa misma medida desaparece dicho fondo¹⁰⁷⁹.

Sin embargo, la Corte de Casación sentó el criterio de que se violó el artículo L. 141-5 del Código de Comercio¹⁰⁸⁰, en razón de que únicamente la cesación de la actividad de explotación constituye causa de desaparición del fondo, si la misma comporta la pérdida de la clientela. La existencia del fondo se preserva en la medida que pueda conservar este importante elemento del fondo. Ese fue el razonamiento utilizado por la Corte de Casación para admitir la validez de una promesa de venta, aun cuando el vendedor había cesado su explotación al momento de haberse suscrito la misma¹⁰⁸¹. Ciertamente, resulta coherente el fallo dictado por el alto tribunal, toda vez que un fondo no existe únicamente por su explotación, sino por la clientela que pueda vincularse a dicho fondo.

Asimismo, la Corte de Casación francesa rechazó un recurso interpuesto por una sociedad comercial que había adquirido un

1079 Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, Audiencia Pública del 17 de enero de 2012, expediente No. 11-10468, no publicada en el Boletín Judicial.

1080 Dicho artículo consigna, entre otras cosas, que “el crédito privilegiado del vendedor de un fondo de comercio solo existirá si se hubiera consignado la venta en escritura pública o en un documento privado, debidamente registrado, y hubiera sido inscrita en un registro público situado en la secretaría del Tribunal de Comercio en cuya circunscripción se explotara dicho fondo de comercio (...)”.

1081 Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, Audiencia Pública del 17 de enero de 2012, expediente No. 11-10468, no publicada en el Boletín Judicial.

fondo de comercio dedicado a vender crepes. El caso es el siguiente: la compañía CJ Way se había comprometido, bajo ciertas condiciones suspensivas, a comprar un negocio dedicado a vender crepes que pertenecía a la empresa Adelyne. En el contrato se había previsto una cláusula indemnizatoria, para el supuesto de que una de las partes renunciara a la venta. En efecto, la sociedad compradora CJ Way decidió finalmente no adquirir el fondo, alegando que la vendedora (Adelyne) le había ocultado una notificación que había recibido de la Prefectura de París para controlar el nivel de calor en la cocina. Según la compradora (CJ Way), esto le imposibilitaba la explotación de un restaurante de tipo tradicional, como era su propósito, y alegó una falta de información precontractual. En cambio, la Corte de Casación rechazó los argumentos de CJ Way, fundamentándose en que esta nunca le informó a la vendedora (Adelyne) su intención de modificar la actividad del fondo para explotar un restaurante tradicional, razón por la cual no constituye reticencia dolosa la información omitida. En consecuencia, fue rechazado el recurso de casación incoado por la compradora cuya finalidad era anular el contrato suscrito¹⁰⁸².

Por último, hemos encontrado una interesante decisión del Tribunal Supremo español, que dispone que la existencia de un fondo de comercio o patrimonio mercantil es la base del derecho de traspaso y, como consecuencia, la desaparición de tal fondo o patrimonio por voluntad exclusiva del comerciante, extinguiría tal derecho¹⁰⁸³. El derecho de traspaso¹⁰⁸⁴ para los españoles se corresponde, *mutatis mutandis*, a la facultad que

1082 Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, Audiencia Pública del 23 de marzo de 2011, s/e, no publicada en el Boletín Judicial.

1083 Tribunal Supremo español, Sala 1era. de lo Civil, Sentencia del 06 de octubre de 1992, expediente No. 1364/1990, no publicada en el Boletín Judicial.

1084 El derecho de traspaso se refiere a la sustitución de un arrendatario por otro.

tiene el comerciante arrendatario en Francia, que se encuentra protegido por el estatuto de los alquileres comerciales.

Al acoger un recurso de casación sobre un conflicto relativo al derecho de tanteo¹⁰⁸⁵ y traspaso de un inmueble en el que funcionaba un fondo de comercio, el Tribunal Supremo español expresó lo siguiente:

*(...) el actor recurrente cumplió con lo ordenado por ley notificando notarialmente (acta de 20 de septiembre de 1.985) al propietario las condiciones esenciales del traspaso que se proponía efectuar si no ejercitaba el notificado el derecho de tanteo, y sin que puedan establecerse que el precio comunicado y el precio consignado en el convenio del futuro posible traspaso no coincidían, pues lo único que se hacía en el segundo era separar el llamado valor estricto del local, del asignado al “fondo de comercio”, pero globalizando una suma exigible que descontado el precio de los enseres, recibido en el acto, y también notificado como valor de la maquinaria existente en el bar, era exactamente igual a la cifra comunicada al propietario (...)*¹⁰⁸⁶.

En esta decisión, el Tribunal Supremo español indica que lo importante es que el precio del llamado derecho de traspaso debe corresponderse con la información originalmente suministrada al propietario, sin que deba confundirse con el precio asignado al fondo de comercio. En efecto, esta misma decisión hace referencia a otra dictada por el mismo tribunal el 30 de marzo de 1951, la cual reza del siguiente modo:

La existencia de un fondo de comercio o patrimonio mercantil es la base del derecho de traspaso y, como consecuencia, la desaparición de tal fondo o patrimonio por voluntad exclusiva

1085 Es la facultad que tiene el arrendatario de adquirir el inmueble arrendado con preferencia a un tercero por el mismo precio que ha sido ofertado por dicho tercero.

1086 Tribunal Supremo español, Sala 1era. de lo Civil, Sentencia del 06 de octubre de 1992, expediente No. 1364/1990, no publicada en el Boletín Judicial.

*del comerciante, extinguiría tal derecho. Pero, además, todas las secuencias posteriores, desde la manifestación solemne del propietario de ejercitar el derecho de tanteo, dando así respuesta y vinculándose a la oferta del arrendatario, como la conducta posterior de este al poner a su disposición el local y dejarlo expedito, llevan a la conclusión de la errónea valoración del hecho que motivó el contrato privado en cuestión y a la de la errónea e ilógica y no razonable calificación del mismo (...)*¹⁰⁸⁷.

De conformidad con lo antes apuntado, se precisa la existencia de un fondo de comercio para poder transferir el derecho de traspaso. En caso contrario, como es lógico suponer, no podría considerarse una operación de esta naturaleza. Sin fondo no hay derecho de traspaso o posibilidad de ceder el contrato de arrendamiento.

La decisión del Tribunal Supremo se inserta en la lógica de los autores franceses, en el sentido de que la transferencia del arrendamiento comercial no debe realizarse al margen del propietario del inmueble o local, el cual debe ser informado de la operación de “traspaso” (como le llaman los españoles) o derecho de propiedad comercial (caso francés) Tanto en un sistema como en otro, la operación debe informársele al dueño del inmueble, quien podrá intervenir, según las circunstancias, en el acto de traspaso o cesión del arrendamiento, y eventualmente beneficiarse con un incremento del precio originalmente convenido.

Claro, esto no significa que se requiera obligatoriamente el consentimiento del propietario del inmueble, puesto que si su negativa a la cesión del arrendamiento resulta injustificada o

¹⁰⁸⁷ Tribunal Supremo español, Sala 1era. de lo Civil, Sentencia del 06 de octubre de 1992, expediente No. 1364/1990, no publicada en el Boletín Judicial.

infundada, puede el arrendatario consentirla libremente, e incluso ser ordenada por el tribunal correspondiente. Lo deseable es que tanto el propietario del local como el inquilino que, a su vez, subalquila el inmueble en el que explota su fondo a otro comerciante, se beneficien proporcionalmente del valor añadido generado por el fondo. De ahí que el legislador haya previsto la necesidad de que sea informado el propietario del inmueble para que este pueda aprovecharse de la transacción consentida sobre el fondo.

Así como para los españoles “la existencia de un fondo de comercio o patrimonio mercantil es la base del derecho de traspaso y, como consecuencia, la desaparición de tal fondo o patrimonio por voluntad exclusiva del comerciante, extinguiría tal derecho”¹⁰⁸⁸, la legislación francesa requiere que en el local arrendado sea explotado un negocio o fondo de comercio para que el comerciante arrendatario pueda acogerse al régimen especial de los alquileres comerciales. Para salvaguardar la explotación del locatario comerciante han elaborado el estatuto de los alquileres comerciales¹⁰⁸⁹.

En conclusión, en ambos sistemas el comerciante arrendatario goza de cierta protección para que el producto de su esfuerzo no sea aniquilado por las veleidades del propietario del inmueble, que es precisamente lo que ocurre en República Dominicana. Hemos visto que, en nuestro país, el comerciante arrendatario no goza de la más mínima protección legal y, lo que es peor todavía, el dueño le prohíbe subalquilarlo. Esta prohibición se plasma en el contrato, y

1088 Tribunal Supremo español, Sala Iera. de lo Civil, Sentencia del 06 de octubre de 1992, expediente No. 1364/1990, no publicada en el Boletín Judicial.

1089 PÉDAMON, Michel, op. cit., p. 188.

como carecemos de un estatuto especial para proteger esta categoría particular de arrendamientos, los jueces se limitan simplemente a verificar las cláusulas contractuales, las cuales desamparan generalmente al inquilino.

El fondo de comercio a partir de los Anteproyectos de Código de Comercio de 1984 y de 2000

A lo largo de nuestra investigación, hemos encontrado dos anteproyectos sobre fondo de comercio en la República Dominicana. El primero es de 1984, con una reedición en 1995, y el segundo, de 2000. El Anteproyecto de Código de Comercio de 1984, en el capítulo II, sección 1, detalla las disposiciones generales sobre fondo de comercio que van del artículo 273 al 284, de los cuales analizaremos los de mayor relevancia.

El Anteproyecto del Código de Comercio de 2000 contempla el fondo de comercio en el Libro Segundo, Sección I, que trata sobre los actos de comercio y la empresa comercial desde el artículo 455 al 456. A partir del artículo 457 se aborda la venta del fondo de comercio hasta el 479, siendo esta la Sección II. Mientras que del artículo 480 al 484 enfoca la prenda del fondo de comercio, pasando a ser la Sección III. Y, finalmente, del artículo 485 al 495 se presentan las disposiciones comunes a la venta y a la prenda del fondo, siendo esta la Sección IV. De manera que estudiaremos los artículos que más se relacionan con nuestro objeto de estudio, los cuales veremos a continuación.

En tal sentido, entendemos necesario aprovechar el esfuerzo desplegado por un grupo de juristas para la renovación de nuestro Código de Comercio, con la presentación de los Anteproyectos de 1984 y del 2000, los cuales tomaremos en cuenta, a fin de estudiar sus aportes.

El Anteproyecto de Código de Comercio de 1984

En primer lugar, el artículo 273 del anteproyecto de 1984 nos ofrece una definición sobre el fondo de comercio, distinto a como acontece en Francia, dado que allí la ley no lo hace de manera expresa. Dicho artículo es un enunciado amplio, que comprende de manera no limitativa algunos de sus principales elementos, haciendo énfasis en su aspecto principal: la clientela¹⁰⁹⁰. Los redactores de este anteproyecto, al reconocer a la clientela como su elemento fundamental, asumieron la idea de los denominados derechos de clientela expuesta por algunos autores. “Es tal –la- importancia de este elemento que –expresan- que el derecho sobre el fondo de comercio no es más que un derecho a la clientela, asegurado por ciertos elementos de explotación”¹⁰⁹¹. Conviene resaltar que el artículo 273 incluye el punto comercial como uno de los elementos constitutivos del fondo, lo que confirma que la noción de fondo de comercio es más amplia que la de punto comercial¹⁰⁹².

Por su parte, el artículo 274 refiere las diversas operaciones de que es susceptible el fondo, exigiendo que sean instrumentadas en presencia de un notario o por acto bajo firma privada.

1090 En su definición, el artículo 273 del Anteproyecto de Código de Comercio de 1984 expresa lo siguiente: “El fondo de comercio es el conjunto de los bienes mobiliarios afectados al ejercicio de una actividad comercial. Comprende obligatoriamente una clientela actual. Incluye también, si lo hubiere: a) Un punto comercial; b) El nombre comercial y los demás signos distintivos del negocio; c) Los contratos de arrendamiento; d) El mobiliario y el equipo; e) Los contratos de trabajo; f) Las mercancías, créditos y deudas; g) Las patentes de invención, marcas de fábrica, permisos, licencias, concesiones; h) Los dibujos, modelos, derechos de propiedad literaria y artística; y i) todos aquellos bienes muebles necesarios para la explotación del negocio”.

1091 Exposición de motivos del Anteproyecto de Código de Comercio de 1984, Fondo de Comercio, p. 34.

1092 Capítulo II del Fondo de Comercio, Sección 1, Disposiciones Generales, Anteproyecto de Código de Comercio de 1984, p. 65.

Dispone, además, un sistema de publicidad en el registro de comercio, en el Boletín de la Cámara Oficial de Comercio del lugar donde se encuentra ubicado el fondo y en un diario de circulación nacional¹⁰⁹³.

Este mecanismo de publicidad fue concebido con la intención de proteger a los acreedores del propietario del fondo, quienes podrán formular oposiciones que serían conocidas por el juzgado de primera instancia¹⁰⁹⁴, en atribuciones de referimiento¹⁰⁹⁵. El oponente deberá probar que se ha realizado un fraude en su perjuicio¹⁰⁹⁶.

Los locales alquilados son abordados en el artículo 279, expresando que “si el fondo de comercio opera en un local alquilado, el propietario del inmueble deberá respetar los contratos de alquiler existentes en los casos en que el fondo pase a otras manos, y no podrá variar las condiciones y el monto de los mismos, salvo las disposiciones legales sobre el inquilinato”¹⁰⁹⁷. Esta disposición le concede al comerciante arrendatario transferir su contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el previo consentimiento del propietario del inmueble.

Por otra parte, el artículo 281 consigna la atribución preferencial para el cónyuge superviviente o cualquier heredero o copropietario que haya participado en la creación y explotación de un fondo de comercio con carácter familiar.

1093 Capítulo II del Fondo de Comercio, op. cit., pp. 65-66.

1094 En el Distrito Nacional, provincia Santo Domingo y Santiago las demandas en referimientos son conocidas por la presidencia del Juzgado de Primera Instancia de estas jurisdicciones, toda vez que existe más de una sala.

1095 Sobre las oposiciones, el artículo 276 dispone lo siguiente: “La oposición deberá notificarse por acto de alguacil a las partes involucradas en el acto de que se trate. El juez de los referimientos decidirá cualquier litigio que surja con motivo de la oposición, dentro del mes de su apoderamiento.

1096 Capítulo II del Fondo de Comercio, op. cit., p. 66.

1097 Capítulo II del Fondo de Comercio, op. cit., p. 66.

Esta medida evita el fraccionamiento y dispersión del negocio, el cual constituye una unidad económica importante que se supone fuente generadora de ingresos y empleos. No obstante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 283, los bienes objeto de la atribución preferencial serán estimados conforme a su valor el día de la partición y cualquier compensación será pagada al contado¹⁰⁹⁸.

La exposición de motivos del referido anteproyecto justifica lo antes indicado del siguiente modo: “Si son varios los que demandan la atribución preferencial se le otorgará a aquel de los impetrantes que a juicio del referido tribunal tenga la mayor aptitud para administrar y conservar la unidad económica que constituye el fondo de comercio. De este modo se trata de evitar el fraccionamiento antieconómico de esa fuente de riqueza, o que la misma vaya a manos de personas que por su no vocación para el comercio o por su poco interés en el asunto, la dejen extinguir, lo que indudablemente causaría trastornos no solo a los propios herederos sino también a los trabajadores del fondo de comercio y a la comunidad en general”¹⁰⁹⁹.

Finalmente, el artículo 284 apunta a la competencia desleal, al señalar textualmente:

*Quien venda un fondo de comercio deberá abstenerse durante los tres años siguientes a la venta, de iniciar un nuevo fondo que, por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda serle competencia o desviar la clientela del fondo transmitido. La misma prohibición de concurrencia se aplicará al arrendador, pero solo el tiempo que dure el arrendamiento, sin que esta prohibición pueda exceder de tres años*¹¹⁰⁰.

1098 Capítulo II del Fondo de Comercio, op. cit., p. 67.

1099 Exposición de motivos del Anteproyecto de Código de Comercio de 1984, p. 36.

1100 Capítulo II del Fondo de Comercio, op. cit., pp. 67-68.

Sus redactores se preocuparon de proteger al adquirente del fondo de la competencia desleal por parte del vendedor, al prohibirle a este último la posibilidad de reinstalarse durante tres años.

En definitiva, el Anteproyecto de Código de Comercio de 1984 constituye el primer intento legislativo por consagrar el fondo de comercio en la República Dominicana y además, fue más audaz, al menos en cuanto a preservar la posibilidad que se le debe brindar al comerciante arrendatario para transferir sus derechos sobre el contrato de arrendamiento, que el anteproyecto elaborado posteriormente, casi veinte años después, como veremos a continuación.

Anteproyecto de Código de Comercio de 2000

Al estudiar el Anteproyecto de Código de Comercio de 2000, nos percatamos que buena parte de sus artículos resultan ser una adaptación del actual Código de Comercio francés, lo que no es de extrañar, pues como bien hemos comentado a lo largo de esta investigación, nuestro vigente código no es más que una traducción del Código de Comercio francés de 1807. En consecuencia, resultaría conveniente seguir tomando como referencia la legislación francesa, ya que nos ha servido siempre como modelo. En lo sucesivo, procuraremos dedicarle especial atención a los artículos que, a nuestro juicio, resulten de mayor relevancia.

De modo, pues, que cuando en el artículo 455 del Anteproyecto de Código de Comercio de 2000 se prescribe que “el fondo de comercio comprende un conjunto de bienes corporales e incorporeales afectados al ejercicio de una actividad comercial”¹¹⁰¹, observamos que no se ofrece una definición

1101 Artículo 455, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

del fondo comercio, tal como ocurre con el Anteproyecto de 1984. En ambos se destaca la clientela como elemento esencial, pero este último ofrece un listado más amplio, al enunciar los elementos incorporales, por un lado, y los corporales, por el otro. Cabe resaltar, además, lo relativo a los créditos y deudas del comerciante al disponer que “las acreencias y las deudas del comerciante relacionadas con el fondo de comercio, pueden ser traspasadas junto con este, por acuerdo entre las partes”¹¹⁰².

En el artículo 457 se indican las enunciaciones a cargo del vendedor del fondo, así como la sanción en caso de omisión de las mismas, las cuales podrían acarrear la nulidad de la venta¹¹⁰³. En el 458 aparece consignada la obligación de garantía a cargo del vendedor, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1644 y 1645 del Código Civil¹¹⁰⁴. También consigna el mismo texto la posibilidad de que los intermediarios sean demandados solidariamente con el vendedor del fondo, en caso de inexactitud de las enunciaciones¹¹⁰⁵. Dicha acción judicial podrá ser intentada por el comprador dentro del año de haber entrado en posesión¹¹⁰⁶.

1102 Artículo 455, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1103 Artículos 457, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1104 El artículo 16 44 del Código Civil de la República Dominicana expresa que “en los casos de los artículos 1641 y 1643, tiene el comprador la elección entre devolver la cosa y hacerse restituir el precio, o guardar la misma, y que se le devuelva una parte de dicho precio tasado por peritos”. Mientras que el artículo 1645 de dicho código apunta que “si conociese el vendedor los vicios de la cosa, está obligado además de la restitución del precio que ha recibido pro ella, a todos los daños y perjuicios que haya sufrido el comprador”.

1105 Artículos 457 y 458, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1106 Artículo 459, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

Sin embargo, al analizar otros artículos, notamos que se aborda el tema desde una óptica más amplia, en razón de que se reglamenta todo lo referente al contrato de cesión del fondo y la pignoración, además de las obligaciones que se ponen a cargo del vendedor, como la de permitirle al comprador cualquier consulta en los libros de contabilidad que comprenda los últimos tres años de actividad del negocio. La misma disposición se prevé en Francia con ocasión de la transferencia, pudiendo el comprador verificar el estado de situación de los últimos tres años¹¹⁰⁷. “El día de la cesión, el vendedor y el comprador revisan todos los libros de contabilidad que han sido llevados por el vendedor y que se refieren a los tres años anteriores a la venta o al lapso transcurrido desde su entrada en posesión del fondo, si es menos de tres años. Párrafo.- Estos libros son objeto de un inventario firmado por las partes y le corresponde a cada una de ellas un ejemplar del mismo. El vendedor debe poner estos libros a disposición del adquiriente durante tres años, a partir de la entrada en posesión del fondo por este último. Toda cláusula contraria se reputa no escrita”¹¹⁰⁸.

La iniciativa legislativa también indica, en su artículo 461, que el privilegio del vendedor recae sobre los elementos enumerados en el acto de venta y en la inscripción. En ausencia de designación, dispone que el privilegio recaiga sobre el nombre comercial, los signos distintivos, los derechos que resulten del contrato de arrendamiento, el punto comercial y la clientela. Igualmente, se establece un mecanismo para proteger a los acreedores del vendedor mediante la congelación del precio

1107 REYGROBELLET, Arnaud, op. cit., p. 548.

1108 Artículo 460, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

en manos del adquirente para -en ese lapso- cumplir con las formalidades de publicidad correspondientes y así darles oportunidad a los acreedores para que puedan formular oposición al pago del precio¹¹⁰⁹.

En el artículo 462 se dispone que la inscripción del privilegio debe efectuarse, a pena de nulidad, en los quince días de la fecha del acto de venta. Esta inscripción prima sobre toda otra inscripción hecha en el mismo plazo de quince días por cuenta del adquirente, y es oponible al reordenamiento y a la liquidación judicial, a la sucesión bajo beneficio de inventario del adquirente y a la quiebra. La acción resolutoria, establecida por el artículo 1654 del Código Civil, debe ser mencionada y reservada expresamente en la inscripción del privilegio, para producir efectos. Esta acción no puede ser ejercida en perjuicio de los terceros después de la extinción del privilegio. Dicha acción está limitada, como el privilegio, a los bienes que son objeto de la venta¹¹¹⁰.

El artículo 463 expresa que “en caso de resolución judicial o amigable de la venta, el vendedor está obligado a recuperar todos los elementos del fondo que forman parte de la venta, incluso aquellos para los cuales su privilegio y la acción resolutoria están extinguidos. Él también debe dar cuenta del precio de las mercancías, y del mobiliario y los equipos existentes al momento de retomar su posesión, según la estimación que se hace por experticio contradictorio, amigable o judicial, con la deducción de lo que le sea adeudado por el privilegio, sobre los precios respectivos de los materiales y herramientas y de las mercancías o mercaderías. El excedente, si hay, se mantiene

1109 Artículo 456, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1110 Artículo 462, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

como garantía para responder a los acreedores inscritos, y a falta de estos, a los acreedores quirografarios”¹¹¹¹.

En cambio, el artículo 464 dispone la obligación del vendedor que ejerce la acción resolutoria a notificarle a los acreedores inscritos en el domicilio por ellos elegidos en sus inscripciones, así como también la obligación de notificarles a dichos acreedores en sus domicilios, cuando se estipula en el acto de venta que a falta de pago en el plazo convenido, la misma será resuelta de pleno derecho y cuando obtiene de su comprador la resolución amistosa o amigable¹¹¹². Cuando una persona persigue la venta del fondo en pública subasta, el artículo 465 le exige la obligación de notificarle a los precedentes vendedores en sus domicilios elegidos en el acto de inscripción, con la declaración de que a falta de ellos intentar la acción resolutoria en el mes de la notificación, pierden el derecho de ejercerla contra el adjudicatario¹¹¹³.

El artículo 466 apunta que “toda venta o cesión de un fondo de comercio, consentida incluso bajo condición o bajo la forma de otro contrato, así como toda atribución de un fondo de comercio por partición o licitación, debe ser publicada a diligencia del adquirente bajo la forma de extracto o aviso dentro de los quince días de la fecha del acto, en un periódico de circulación nacional, sujeto a las disposiciones de la autoridad reguladora (...)”¹¹¹⁴.

Por su parte, el artículo 467 del anteproyecto del año 2000, al abordar la oposición al pago del precio que pueden formular

1111 Artículo 463, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1112 Artículo 464, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1113 Artículo 465, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1114 Artículo 466, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

los acreedores del precedente propietario expresa que “todo acreedor del precedente propietario, sea su acreencia exigible o no, puede notificar en el domicilio elegido, por acto de alguacil, oposición al pago del precio a más tardar dentro de los diez días siguientes a la última publicación. La oposición debe contener el monto y las causas de la acreencia y la elección de domicilio en la jurisdicción donde está ubicado el fondo, a pena de nulidad. El arrendador no puede notificar oposición por los alquileres en curso o por vencer, no obstante toda estipulación contraria. Ninguna cesión amigable o judicial de la totalidad o parte del precio es oponible a los acreedores que han hecho sus notificaciones a más tardar en el indicado plazo”¹¹¹⁵.

El artículo 468 prevé el mecanismo y condiciones en las cuales el vendedor puede obtener autorización para recibir el pago del precio, no obstante la oposición de los acreedores. Mientras, el artículo 469 establece las condiciones que debe cumplir el vendedor para recibir la autorización del juez de los referimientos señalados anteriormente¹¹¹⁶.

Además, el artículo 470 consigna que “si la oposición es formulada sin título y sin causa o es nula en la forma, y si no hay instancia pendiente sobre lo principal, el vendedor puede apoderar al juez de los referimientos, a fin de obtener la autorización de tomar su precio, a pesar de la oposición. –Asimismo, expresa que- el adquirente que paga a su vendedor sin haber sido hechas las publicaciones en las formas prescritas, o antes de la expiración del plazo de diez días paga a su vendedor, no se libera respecto de los terceros”.

1115 Artículo 467, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1116 Artículos 468 y 469, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

Otra de las características que merecen destacarse es que en los artículos 471, 472, 474 y 476 de dicho anteproyecto, se consigna la puja ulterior de la sexta parte del precio principal, para proteger a los acreedores en los casos en que se pretenda colocar en el acto de venta un precio inferior al real. Por su parte, el artículo 473 dispone los pasos que debe observar el oficial público para subastar, cuando se le deposite una suma que no debe ser inferior a la décima parte del precio de la primera puja. Mientras que el artículo 475 protege a los acreedores del propietario del fondo cuando este lo aporta a una sociedad en proceso de formación o ya constituida.

En estos últimos artículos, el Anteproyecto de Código de Comercio de 2000, a pesar de ser una iniciativa bastante ajustada a nuestra legislación de origen para incorporar el fondo de comercio entre nosotros, carece de precisión, en razón de que no distingue cuándo procede la puja ulterior de la sexta parte y de la décima parte. Por el contrario, mezcla recurrentemente ambas categorías, lo que a mi modo de ver, genera cierta confusión.

Sin embargo, en las disposiciones del Anteproyecto de 2000 se aborda con mayor extensión todo lo referente al fondo de comercio, a pesar de que se reproducen numerosos textos del Anteproyecto de 1984, tal como ocurre con los artículos 476¹¹¹⁷, 477¹¹¹⁸, 478¹¹¹⁹ y 479¹¹²⁰.

1117 El mismo no es más que una reproducción del artículo 281 del Anteproyecto de Código de Comercio de 1984, y se refiere a la atribución preferencial para el heredero o el cónyuge, como bien se analizara anteriormente.

1118 Este artículo corresponde al 282 del Anteproyecto de Código de Comercio de 1984, el cual consigna que “en caso de pluralidad de demandas, el juez decidirá tomando en cuenta la aptitud de los diferentes interesados para administrar y conservar el fondo de comercio”.

1119 Corresponde al artículo 283 del Anteproyecto de Código de Comercio de 1984, que se refiere al valor de los bienes que integran la atribución preferencial.

1120 Se relaciona con el artículo 284 del Anteproyecto de Código de Comercio de 1984 y aborda la competencia desleal.

En los artículos 480, 481, 482, 483 y 484 se aborda todo lo referente a la prenda, mereciendo especial atención lo señalado en el artículo 481, que refiere los derechos derivados del contrato de arrendamiento como susceptibles de ser otorgados en prenda. Resulta una inconsistencia proponer en el texto antes indicado tal posibilidad, puesto que en nuestro país constituye una práctica constante consignar en los contratos de alquiler una prohibición expresa que le impide al comerciante arrendatario cualquier posibilidad de subarrendar o alegar derechos sobre el punto comercial .

Es precisamente por esta razón que se impone modificar sustancialmente todo lo relativo al alquiler de locales comerciales en nuestro país, como medida previa para reglamentar los demás aspectos del fondo de comercio. En tal sentido, resulta una simple aspiración, sin ninguna repercusión efectiva, pretender, como ocurre con el Anteproyecto de 2000, que los derechos resultantes del contrato de arrendamiento puedan ser consentidos en prenda. Así, porque usualmente no se deriva ningún derecho adicional como consecuencia del arrendamiento.

En relación a lo dispuesto con el artículo 485, en caso de traslado del fondo, el propietario debe informarle a los acreedores inscritos, acreedores prendarios y al vendedor no pagado, so pena de que se hagan exigibles las acreencias de estos¹¹²¹. Por otra parte, el artículo 486 consigna que “el propietario que persigue la resiliación del arrendamiento del inmueble en el cual se explota un fondo de comercio gravado con inscripciones, debe notificar su demanda a los acreedores inscritos anteriormente, en el domicilio elegido por ellos en

1121 Artículo 485, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

sus inscripciones. La sentencia solo puede dictarse después de transcurrido un mes desde la notificación. La resiliación amigable del arrendamiento se convierte en definitiva un mes después de la notificación que ha sido hecha a los acreedores inscritos, en sus domicilios elegidos”¹¹²².

El procedimiento que tienen los acreedores para demandar la venta del fondo embargado, conjuntamente con el mobiliario, equipos y mercancías aparece señalado en el artículo 487, mientras que en el 488 se indican los plazos del que dispone el vendedor no pagado y el acreedor prendario para promover la venta del fondo que le sirven de garantía. Asimismo, el artículo 489 detalla el procedimiento a seguir en relación a lo antes expuesto¹¹²³.

El artículo 490 señala la posibilidad del tribunal apoderado de una demanda sobre una ¿acreencia? relacionada con la explotación de ordenar la venta del fondo en una única sentencia. Por su parte, el artículo 491 establece las sanciones que se presentan cuando se produce una falsa subasta. Mientras que el artículo 492 traza los plazos y procedimientos de que disponen los acreedores inscritos para vender los mobiliarios, mercancías y equipos, conjuntamente con el fondo¹¹²⁴. De conformidad con el artículo 493, “ninguna sobrepuja es admitida cuando la venta ha tenido lugar en las formas prescritas por los artículos 471, 472, 473, 487, 488, 489, 490, 492 y 495 de este Código”¹¹²⁵.

1122 Artículo 486, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1123 Artículos 487, 488 y 489, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1124 Artículos 490, 491 y 492, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1125 Artículo 493, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

El artículo 494 indica lo que debe realizar el adquirente que pretenda sustraerse de las persecuciones de los acreedores inscritos cuando la venta no ha sido efectuada en pública subasta. Finalmente, el artículo 495 estructura el procedimiento que debe seguir todo acreedor inscrito que desee promover la venta en pública subasta del fondo con exclusión del mobiliario, los equipos y las mercancías, ofreciendo aumentar una décima parte del precio principal¹¹²⁶.

Al Anteproyecto de Código de Comercio de 2000 le hace falta organización en la forma en que se exponen los temas. Un ejemplo de ello es fácil de observar si atendemos a lo consignado tanto en el artículo 473 como en el 495, al referir la puja ulterior de la décima parte del precio principal. Pero el aporte más significativo del Anteproyecto de Código de Comercio del año 2000 es que articula un procedimiento para la ejecución de la prenda y purga de las acreencias inscritas. Este mecanismo le permite al propietario adquirir financiamiento a expensas del fondo que le sirve como garantía y, a su vez, le otorga confianza a los acreedores que disponen de medios suficientes para garantizar su crédito.

En resumidas cuentas, los diversos anteproyectos de Código de Comercio que se han presentado en nuestro país han sido archivados, y todavía permanece vigente el primero, que data de principios del siglo XIX¹¹²⁷. Solamente por medio de la aprobación de algunas leyes, como por ejemplo, la relativa a las sociedades comerciales, se ha ido modificando este texto envejecido, que no ha merecido la debida atención del legisla-

1126 Artículos 494 y 495, Anteproyecto de Código de Comercio de 2000. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/12801321/Anteproyecto-Codigo-de-Comercio>.

1127 Una adaptación del Código de Comercio francés de 1807.

dor ordinario. Esa es una de las razones por las cuales hemos arrastrado ciertas deficiencias en nuestra legislación comercial.

Conclusiones

Se ha visto cómo, en diferentes etapas, se ha tratado de diferenciar, al menos desde el punto de vista del arrendamiento, los alquileres comerciales de los destinados para las viviendas. Pero el esfuerzo desplegado en ese sentido ha sido insuficiente, en razón de que no existe ni por asomo protección para la inmensa mayoría de comerciantes que explotan su punto comercial en locales arrendados. A diferencia de lo que ocurre en Francia, entre nosotros prevalece lo que las partes acuerden contractualmente y, por lo general, el propietario consigna una cláusula en su provecho, en la que el arrendatario se compromete a renunciar anticipadamente a los derechos sobre el punto comercial que eventualmente pudiese desarrollar.

Dicho de otro modo, se le prohíbe contractualmente al inquilino invocar derechos sobre el punto comercial y, dado que carecemos de un estatuto especializado, que contemple situaciones como estas, los jueces se limitan a aplicar los términos que han sido convenidos. La reciente sentencia dictada en el 2012 por nuestra Suprema Corte de Justicia constituye un elocuente ejemplo de hasta dónde llega la miopía judicial cuando se impone adoptar decisiones trascendentes, sobre todo en un tema que ha sido ampliamente desarrollado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesa.

No cabe la menor duda de que la legislación comercial dominicana resulta anacrónica, en razón de que todavía nos rige el antiguo Código de Comercio francés de 1807. Y aunque se

han aprobado leyes importantes, como la que reorganiza el tema referente a las sociedades comerciales, se impone una reforma global en esta y otras materias, para ofrecer respuestas adecuadas a las complejas relaciones del presente. No se concibe que en pleno siglo XXI todavía nos encontremos bajo la égida de una legislación que supera dos siglos de existencia y que ha sido profundamente modificada en Francia. Ciertamente, hemos permanecido estancados, y el legislador dominicano ha sido incapaz de dotarnos de normas adecuadas, que posibiliten una mejor convivencia social.

Para adecuar nuestra legislación a esta etapa de modernidad que estamos viviendo, tampoco hace falta innovar demasiado. Basta con observar el rumbo asumido por el país que nos legó sus códigos, para determinar los puntos que debemos asimilar y en cuáles aspectos conviene discrepar. Se impone una profunda revisión, no solamente de la legislación comercial dominicana, sino en sentido general. Y en lo que toca al fondo de comercio, estamos plenamente convencidos de que al instante de incorporarlo de manera formal en nuestro cuerpo de leyes, las operaciones que sobre él se consientan serán más transparentes, beneficiándose así tanto las partes como el fisco, que podrá percibir impuestos por concepto de transferencia de numerosos establecimientos informales.

De manera, pues, que tomando como punto de partida el esfuerzo desplegado por connotados juristas nacionales, contenido en los anteproyectos de Código de Comercio de 1984 y de 2000, bien podríamos, sin mayores dilaciones, comenzar por otorgarle categoría legislativa a esta importante figura jurídica, para más adelante, en una próxima reforma a nuestra Carta Sustantiva, también otorgarle jerarquía constitucional.

Conclusiones generales

Poco después de haberse proclamado la independencia de la República Dominicana,¹¹²⁸ hacia 1845, el diputado Heneken por la provincia de Puerta Plata, se había pronunciado sobre la necesidad de proteger al comerciante arrendatario que desarrolla su negocio en un local alquilado. A finales del siglo XIX, en tiempos del presidente Ulises Heureaux (Lilís), se ordenó una traducción y adecuación de los códigos franceses que nos regían desde la ocupación haitiana (1822-1844) Dentro de esos documentos se encontraba el Código de Comercio francés de 1807, el cual no contemplaba en absoluto la figura del fondo de comercio¹¹²⁹.

En la década de 1940 empiezan a surgir en nuestro país los primeros intentos por diferenciar los alquileres comerciales de los destinados para las viviendas, utilizando para ello las denominaciones de establecimiento o punto comercial. Así queda reflejado en algunas decisiones de nuestra Suprema Corte de Justicia y otras disposiciones como el Decreto No. 4807 sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios del 16 de mayo de 1959. No es hasta 1984 que un grupo de juristas realiza el primer intento por dotarnos de un Código de Comercio moderno, que se ajuste a las exigencias de los nuevos tiempos, pero esa iniciativa fracasó, debido a la desidia del legislador ordinario. El Anteproyecto de 1984 dedicaba varios artículos para reconocer formalmente el fondo de comercio en nuestro cuerpo de leyes, aunque abordando tímidamente lo concerniente al arrendamiento de los locales comerciales.

Veinte años después, se somete otro Anteproyecto de Código de Comercio (2000), teniendo como modelo buena parte de los

1128 El 27 de Febrero de 1844.

1129 Dicho código aun se mantiene vigente en nuestro medio.

artículos tanto del Anteproyecto de 1984 como del actual Código de Comercio francés. Esta iniciativa tampoco dedicaba especial atención al arrendamiento de los locales comerciales, a pesar de que su estructura era más amplia y completa, al referirse a otros aspectos del fondo, en comparación con el Anteproyecto anterior.

Sin embargo, aunque se han realizado fallidos intentos, en la República Dominicana nos encontramos ante una situación de evidente atraso en materia comercial, pues contamos con una legislación anacrónica. Por tanto, nos hemos limitado a estudiar la evolución histórica, concepto y naturaleza jurídica del fondo de comercio, a fin de poder entender qué es el fondo, así como los elementos que lo conforman y sus operaciones comerciales. No obstante, a pesar de que algunos autores colocan el arrendamiento de locales comerciales dentro de los elementos incorporales del fondo de comercio, hemos preferido dedicarle un capítulo especial, por ser un componente esencial de nuestro objeto de estudio. Asimismo, hemos examinado el fondo como resultado de dos derechos fundamentales: la propiedad y la libertad de empresa, dado el evidente desarrollo que ha experimentado el derecho constitucional en nuestro país.

Continuando con el arrendamiento de los establecimientos comerciales, se debe recalcar hasta el cansancio las constantes iniquidades que se presentan en la práctica, en perjuicio del comerciante arrendatario, razón por la cual proponemos las siguientes medidas:

1. Derogar el citado Decreto No. 4807 de 1959¹¹³⁰ y modificar sustancialmente las disposiciones que sobre el tema consagra el Código Civil de la República Dominicana. Se

1130 El artículo 3 del Decreto No. 4807 fue declarado inconstitucional con ocasión de la Sentencia TC/0174/14, del 11 de agosto de 2014.

hace necesario, además, tomar en cuenta la modificación de nuestro Código de Comercio, considerando el Anteproyecto de 2000. De nada sirve reconocer legalmente el fondo si se omite una serie de disposiciones tendentes a regular el arrendamiento. La mayoría de negocios que operan en nuestro país tienen su asiento en locales alquilados, mientras una minoría funciona en locales propios, dado el alto costo de los inmuebles.

2. Asimismo, deben reputarse no escritas las cláusulas limitativas en materia de arrendamiento comercial y las que consignent la prohibición del inquilino de invocar derechos sobre el punto comercial. Esto lo sugerimos en virtud de que cuando en nuestro país se alquila un local para uso comercial, siempre el propietario del inmueble le impone al inquilino, en el contrato de arrendamiento, una cláusula en la que se le obliga a renunciar o a no invocar la propiedad del punto comercial. Se trata de una cláusula de estilo, que aparece en todos los contratos de esta naturaleza. Si a esto le añadimos la reticencia de nuestra jurisprudencia para proteger el punto comercial, tal como hemos visto en el transcurso de este trabajo, debemos concluir que se impone una reforma legislativa que armonice el derecho de propiedad con el fondo de comercio.

Si bien es verdad que el artículo 51 de la Constitución dominicana reconoce y garantiza el derecho de propiedad como fundamental, no menos cierto es que el mismo también supone obligaciones para su titular, y tiene una función social. A pesar del carácter absoluto que le imprimieron los redactores del Código Civil al derecho de propiedad, la tendencia en todas las naciones civilizadas es hacia la socialización de

dicho derecho, corriente a la que no escapa la República Dominicana. En ese sentido, el fondo de comercio supone un justo equilibrio entre el derecho del propietario del inmueble y el que tiene el comerciante arrendatario que acredita su fondo con grandes sacrificios personales.

3. Otro de los aspectos que hemos tomado en consideración ha sido que la Constitución únicamente garantiza indemnización para el propietario del inmueble que ha sido declarado de utilidad pública o de interés social. No se toma en cuenta la situación del comerciante arrendatario para estos fines, razón por la cual proponemos que se indemnice igualmente al propietario del punto comercial, cuando el inmueble sea expropiado por causa de utilidad pública o interés social. Lo mismo sugerimos en aquellos casos en que se proceda a la venta judicial o en pública subasta del inmueble.
4. Asimismo, urge crear un sistema de registro y publicidad para determinar la cantidad de establecimientos comerciales que operan en nuestro país. Incluso, lo recomendable sería volver al sistema de patentes. De este modo, la Dirección General de Impuestos Internos podría fiscalizar un gran número de transacciones que diariamente se realiza, al margen de todo control impositivo, acreditar la existencia de los fondos de comercio, tasar su valor en caso de indemnización y expedir las patentes. Resulta que medianos y pequeños negocios son transferidos sin mayores formalidades, a diferencia de las grandes empresas comerciales, que tributan con ocasión de cualquier transferencia, en razón de que se encuentran registradas como sociedades por acciones en las Cámaras de Comercio y Producción. Sugerimos que

estas últimas sean registradas igualmente en la Dirección General de Impuestos Internos.

La inquietud surge debido a que el fisco deja de percibir enormes cantidades de dinero, en vista de que alrededor de un 58 % de los sectores económicos de nuestro país opera en la más estricta informalidad, como bien indicamos anteriormente. Frente a la situación actual de la República Dominicana, en el marco de las reformas fiscales que promueve el Estado, el fisco debe buscar un mecanismo para ampliar la base imponible, a fin de que se reparta de forma equitativa la carga tributaria entre los ciudadanos, ya que las más de las veces, la balanza tiende a inclinarse sobre la clase media. Una de las medidas para equilibrar la carga tributaria, fundamentalmente en los sectores productivos, sería incorporando a la formalidad un gran número de negocios que funciona al margen de la supervisión del Estado. Así, se podría aligerar la pesada carga que actualmente recae sobre una minoría.

5. Para lograr el cumplimiento de nuestra propuesta, la Dirección General de Impuestos Internos debe abrir un registro y encargarse de expedir las licencias o permisos correspondientes a los establecimientos comerciales. Para esta labor se requiere de un cuerpo de inspectores bien formados, que se encarguen de supervisar si efectivamente existe un fondo de comercio, y atribuirle un valor aproximado a cada uno, de conformidad con criterios objetivos que podrían consignarse en una resolución que se dicte para tales fines. Una vez realizado un levantamiento minucioso a escala nacional, este cuerpo de inspectores podrá encargarse de fiscalizar sus operaciones y cobrar impuestos con ocasión de la transferencia de las patentes otorgadas.

6. En cuanto al arrendamiento de los locales comerciales, sugerimos que el Congreso Nacional debe votar cuanto antes una ley que reglamente minuciosamente el arrendamiento de los locales comerciales, inspirándose en el modelo francés, que dispone un mínimo de dos años, cuando se alquila por vez primera un local comercial, y en caso de renovación, por un período de nueve años. El propietario debe tener la potestad de revisar el precio del arrendamiento cada tres años, sobre todo en un medio como el nuestro, en el que se produce una progresiva devaluación del peso dominicano. De igual modo, somos del criterio de que el comerciante arrendatario puede, en ese mismo período trienal, solicitar la rescisión del contrato.
7. Para que el arrendamiento de un inmueble registrado sea válido y surta sus efectos legales normales, deberá sujetarse a la formalidad del registro. Si se trata de un inmueble no registrado, la validez del arrendamiento debería estar subordinada a la fecha cierta del acto que lo contiene, conforme a las reglas establecidas en el artículo 1328 del Código Civil. En aquellos casos en que se ha estipulado un contrato de nueve (9) o más años, el locatario que no desee permanecer en el local alquilado deberá notificar al propietario, por acto de alguacil o carta certificada, con seis (6) meses de anticipación, su voluntad de rescindirlo. En caso de contrato verbal de alquiler, o de un contrato reconducido, la notificación puede ser dada en cualquier momento, por acto de alguacil o mediante declaración escrita provista de fecha cierta.

Asimismo, el propietario del inmueble comercial que haya decidido ponerle fin al contrato de arrendamiento, debería estar obligado a notificarle al locatario con seis (6) meses de

anticipación a la expiración del período de nueve (9) años, su voluntad de resiliarlo. En este caso, la renovación debería ser acordada si ambas partes así lo aceptan, y no tendría el propietario ninguna obligación de indemnizar al inquilino por causa de evicción. En ausencia de esta notificación o de la firma de un nuevo contrato por nueve (9) años, el arrendamiento debería prorrogarse por tiempo indeterminado, pero en el entendido de que en el curso de esta reconducción, la notificación a cargo del propietario pueda darse por acto extrajudicial en cualquier momento.

Cuando el inmueble arrendado forme parte de la comunidad legal de bienes, debe requerirse la firma de ambos cónyuges para la validez del contrato. Si el inmueble arrendado es propio de uno de los cónyuges, por haber sido adquirido antes del matrimonio o por cualquier otra causa, no debería requerirse la firma de su consorte. Cuando en el contrato de arrendamiento se consigne la actividad que sería ejercida por el locatario, debería este último tener la potestad de modificar su actividad comercial original, siempre y cuando se lo notifique por escrito al propietario del inmueble. El propietario debe tener la facultad de oponerse, en un plazo de 15 días a partir de haber recibido la notificación, pero deberá justificar el perjuicio que el cambio de actividad pueda generarle. Le correspondería al juez de primera instancia determinar la pertinencia de los motivos invocados por el propietario.

8. Deberían derogarse los artículos 1736 y 1737 del Código Civil, para que el arrendamiento de locales comerciales surta sus efectos de conformidad con una nueva ley que sería votada, la cual debe disponer la forma y plazos para que se opere la resiliación de esta clase de contratos. La norma

debe consagrar que el arrendamiento escrito cuya resiliación no sea conforme a la forma y plazos contemplados, mantendrá su validez por la tácita reconducción más allá del término fijado en el contrato.

9. El arrendador podría negarse a renovar, a su vencimiento, el contrato consentido en provecho de su locatario. Sin embargo, debería, excepto que justifique un motivo legítimo contra el locatario o que el inmueble requiera ser parcial o totalmente demolido, por lo ruinoso de su estado, pagar al locatario una indemnización que guarde proporción con el perjuicio causado por la falta de renovación. También podrá negarse a dicha renovación si el arrendatario cesa en la explotación del negocio sin una justificación seria y legítima, pero en este caso, deberá ponerlo en mora por acto extrajudicial, para otorgarle un mes, y si no responde, podrá el arrendador dar por terminado el contrato sin incurrir en ninguna responsabilidad.

En caso de reconstrucción por el propietario o su causahabiente, el locatario debe tener derecho de prioridad sobre el inmueble o local en que tenía establecido su negocio, siempre que antes de abandonarlo notifique por escrito, provisto de fecha cierta, su voluntad de ocuparlo nuevamente, después de realizadas las reparaciones correspondientes. El propietario o arrendador debería ser pasible de daños y perjuicios, si no cumple con lo estipulado. Cuando procediese indemnización por evicción que tenga su causa en la negativa injustificada para renovar el contrato de alquiler por parte del propietario o por cualquier otro motivo imputable al arrendador, no procedería ser desalojado el inquilino hasta tanto se le haya compensado.

10. El arrendatario debería tener la posibilidad de exigir la renovación del arrendamiento únicamente si ha cumplido con todas las estipulaciones consignadas en el contrato inicial. En caso de desavenencia sobre lo anteriormente indicado, le correspondería al juzgado de primera instancia del lugar donde se encuentre ubicado el fondo, determinar si el arrendatario ha honrado razonablemente sus obligaciones. Si el tribunal determina que el arrendatario ha cumplido sus obligaciones contractuales, procederá a concederle autorización para la renovación del contrato de alquiler. La decisión que sea dictada debería ser definitiva y no susceptible de recurso ordinario o extraordinario. En aquellos casos en que el propietario del inmueble arrendado sea un menor no emancipado, no podría el arrendatario exigirle indemnización por evicción, si el contrato expira al momento en que el menor adquiera mayoría de edad y se niegue a renovarlo.
11. Resulta fundamental consignar legalmente la posibilidad del arrendatario de ceder su arrendamiento en provecho de un tercero, situación esta que jurídicamente lo desliga del arrendador y convierte al cesionario en arrendatario, con relación a este último. Además, debe señalarse expresamente la nulidad de los convenios o acuerdos, sea cual fuere la forma que revistan, en virtud de los cuales se le prohíba o coarte al arrendatario la cesión, ya sea a título oneroso o a título gratuito de su contrato de arrendamiento sobre el inmueble o local donde se encuentra establecido su negocio o industria.
12. Debe establecerse que el propietario del inmueble tiene derecho de impugnar judicialmente la cesión consentida por

el arrendatario, siempre que esta sea contraria al orden público o a las buenas costumbres. Además, debe consignarse la posibilidad de que el propietario asienta la sublocación, al igual que en el esquema francés, la cual necesariamente debería ser formalizada por escrito y con firmas de las partes debidamente legalizadas por un notario público. Asimismo, el propietario debe percibir un incremento de la diferencia que resulte entre el precio del arrendamiento inicial y el de la sublocación. Dicho aumento debería ser fijado por acuerdo entre las partes, al momento de consentirse la sublocación. El propietario del inmueble no debería perder el derecho de demandar la modificación del contrato, si como consecuencia de la depreciación de la moneda u otras circunstancias que el juez apreciará soberanamente, se hace necesaria la fijación de un nuevo precio de alquiler. La competencia jurisdiccional para dirimir las contestaciones que puedan surgir con ocasión de la aplicación e interpretación de esta clase de asuntos debería corresponderle al juzgado de primera instancia del lugar en que se encuentre el inmueble.

BIBLIOGRAFÍA

- Anteproyecto del Código de Comercio. Santo Domingo. ONAP. 1984.
- BARRET, Olivier, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, Paris, LGDF, 2001.
- BASAGOITI, José María, *El futuro de la libre empresa*, Estados Unidos, Avance Editorial, 1975.
- BAUMBACH y HEFERMEHL, *Warenzeichengesetz und internationale Wettbewerbs- und Zeichenrecht*, Munich. S/e. 1979.
- BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L. Tomo I y II, 1989.
- BERTORA, Héctor R., *Llave de negocio*, Buenos Aires, Oresme, 1956.
- BIAGGI LAMA, Juan Alfredo, *Manual de Derecho Comercial*, Santo Domingo, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Tomo I, 2009.
- BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1971.
- CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico*. Traducido por Aquiles Horacio Guaglianone, Buenos Aires, Depalma, S/a.
- CHAVANNE, Albert et J. J. BURST, Jean-Jacques, *Droit de la Propriété Industrielle*, Paris, Dalloz, 5^e Édition, 1998.

- COLOMBET, Claude, *Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 1976.
- COURET, Alain et BARBIÉRI, Jean Jacques, *Droit commercial*, Paris, Dalloz, 13 e. Édition, 1996.
- CURY, Jottin, *Estudios Críticos*, Santo Domingo, Editora Corripio, 2000.
- DECOCQ, George, *Droit Commercial*, Paris, Dalloz, 4e Édition, 2009.
- DEKEUWER DÉFOSSEZ, F. *Droit commercial*, Paris, Montchrestien, 1990.
- DELPECH, Xavier, *Fonds de commerce*, Paris, Dalloz, 2011.
- DUPOUX, Jean et HELAL, Joseph, *Le Fonds de Commerce, Régimes juridique et fiscal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1re. Édition, 1981.
- ESPINAL HERNÁNDEZ, Edwin, *Legislación sobre Propiedad Intelectual* (anotada, concordada y comentada), Santo Domingo, Editora Judicial, S.A. 2009.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Manual de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977.
- FERNÁNDEZ, Raymundo, *Código de Comercio comentado*, Buenos Aires, Compañía Impresora, Tomo II, 1946.
- FONTAINE, M., CAVALERIE, R. et HASSENFORDER, J. A. *Dictionnaire de droit*, Paris, 2 Édition, 2000.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne et PAYET, Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1re. Édition, 2006.
- GICQUEL, Jean et GICQUEL Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien- Lextenso, 26 Édition, 2012.
- GONZÁLEZ-TREVIJADO, Pedro y ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (Dir.), *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, Madrid, La Ley, 1era. Edición, Tomo II, Comentario Sistemático, 2012.
- GUILLIEN, Raymond et VINCENT, Jean, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, Édition 16, 2007.

- GUYÉNOT, Jean, *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, Volumen I, 1975.
- GUYON, Yves, *Droit des affaires*, Paris, Economica, Tome I, 8e Édition, 2003.
- HALPERÍN, *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Volumen I, 2000.
- HOUIN, Roger et PÉDAMON, Michel, *Droit commercial, actes de commerce et activité commerciale et concurrence*, Paris, Dalloz, 8e. Édition, 1985.
- DE JUGLART, Michel et IPPOLITO, Benjamin, *Cours de Droit Commercial*, Paris, Éditions Montchrestien, 1974.
- LE GALL, Jean-Pierre et RUELLAN, Caroline, *Droit commercial, notions generals*, Paris, Dalloz, 14 e Édition, 2008.
- LELOUP, Jean-Marie, “La place de la clientèle aujourd’hui”, *Gazette Du Palais*, Dimanche 31 mai au jeudi 4 junio, 2009.
- LEMEUNIER, F., *Fonds de commerce*, Paris, Delmas, 17 Édition, 2007.
- LEON, Henri y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Segunda, Volumen IV, 1978.
- M. E. PANCRAZI, J. Mestre, *Droit comercial*, Paris, LGDF, 25 Édition, 2001.
- MONTERO, Justiniano, *Curso sobre el Control de Desalojo en la República Dominicana*, Santo Domingo, Edición Digital (versión pdf facilitada por el propio autor), 2012.
- MORENO, Breuer, *Tratado de marcas de fábricas y de comercio*, Buenos Aires, S/e, 1946.
- PAZ-ARES, Cándido y ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro, “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios homenaje a Luis Diez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas. Tomo IV. 2003.
- PEDAMON, Michel, *Droit comercial*, Paris, Dalloz, 2 Édition, 2000.
- ¿Qué es la libre empresa? Santo Domingo, Acción Empresarial, Folleto para la difusión, 2000.

- RÉAU, Roger et RONDEPIERRE, Jean *Le Petit Dictionnaire de Droit*, Paris, Dalloz, 1951.
- REINHARD, Yves, *Droit Commercial*, Paris, Éditions Litec, 1993.
- REYGROBELLET, Arnaud, *Fonds de commerce*, Paris, Dalloz, 2005.
- RIPA ALBERDI, Vicente I., *Transmisión de los establecimientos comerciales*, La Plata, S/e, 1974.
- RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, Tomo I, 1954 .
- RIPERT, Georges, VOGEL Louis et ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, Paris, L. G. D. J., Tomo I, 18 edition, 2001.
- RODIÉRE, René et HOUIN, Roger, *Droit Commercial*, Paris, Dalloz, 6e Édition, 2001.
- SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, Buenos Aires, Tea, 1957.
- STARCK, Boris, *Droit Civil Introduction*, Paris, Librairies Techniques, 1972.
- TAMAMES, Ramón, *Diccionario de Economía*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- TAVERAS, José Luis, “El régimen jurídico del fondo de comercio”, *Estudios Jurídicos*, Volumen VII, Número I, Enero–abril, 1997.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Derecho de la empresa*, Buenos Aires, Depalma, 1971.
- ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Fondo de Comercio*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000.

Legislación

- Código Civil de la República Dominicana. Editorial Tiempo, S.A. Santo Domingo, 1990.
- Constitución dominicana, Gaceta Oficial No. 10561 del 26 de enero de 2010.

- Decreto 4807 sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios del 16 de mayo de 1959, Gaceta Oficial No. 8364 del 29 de mayo de 1959.
- Decreto No. 599-01 que establece el Reglamento de la Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10206 del 01 de junio de 2001.
- Reglamento No. 362-01 de la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10076 del 14 de marzo de 2001.
- Ley No. 1758 del 10 de julio de 1948, Gaceta Oficial No. 6816 del 14 de julio de 1948.
- Ley No. 4314 del 22 de octubre de 1955, y sus modificaciones, que regula la prestación, aplicación y devolución de los valores exigidos en los depósitos por los dueños de casas a sus inquilinos. (Modificada por la Ley No. 17-88 del 5 de febrero de 1988, Gaceta Oficial No. 7904 del 29 de octubre de 1955.
- Ley No. 407 que regula la venta de gasolina, *diesel oil*, aceites, lubricantes y otros productos similares. Gaceta Oficial No. 9281 del 15 de octubre de 1972.
- Ley No. 20-00 sobre Propiedad Industrial en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10044 del 08 de mayo del 2000.
- Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10056 del 21 de agosto del 2000.
- Ley General de Salud No. 42-01, Gaceta Oficial No. 10075 del 10 de marzo del 2001.
- Reglamento No. 362-01 de la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor en la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 10076 del 14 de marzo del 2001.
- Ley No. 424-06 De implementación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA), Gaceta Oficial No. 10393 del 22 de diciembre de 2006.

Jurisprudencia dominicana

- Sentencia del 22 de junio de 1953, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 515, de junio de 1953.
- Sentencia del 13 de julio de 1973, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 752, de julio de 1973.
- Sentencia del 29 de marzo de 1974, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 760, de marzo de 1974.
- Sentencia del 13 de julio de 1984, Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 884, de julio de 1984.
- Sentencia del 29 de diciembre de 1995, Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1045, diciembre de 1997.
- Sentencia del 18 de enero de 1998, dictada por la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1047, febrero de 1998.
- Sentencia del 12 de mayo de 1999, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1062, de mayo de 1999.
- Sentencia del 10 de enero de 2001, dictada por la Cámara Civil Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1082, de enero de 2001.
- Sentencia del 23 de marzo de 2006, dictada por la 10ma. Sala Penal del Juzgado de 1ª Instancia del Distrito Nacional, en atribuciones de Sexto Tribunal Liquidador, no publicada en boletín.
- Sentencia del 21 de diciembre de 2007, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana, no publicada en boletín.

- Sentencia del 17 de julio de 2007. 1era. Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de 1era. Instancia del Distrito Nacional, República Dominicana, no publicada en boletín.
- Sentencia del 18 de julio de 2007, Tercer Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, República Dominicana, no publicada en boletín.
- Sentencia del 03 de diciembre de 2008, dictada por la Primera Sala de la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1177, de diciembre de 2008.
- Sentencia del 29 de febrero de 2012, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Boletín Judicial No. 1215, de febrero de 2012.
- Sentencia TC/0088/12, dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana el 15 de diciembre de 2012.
- Sentencia TC/0267/13, dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana el 19 de diciembre de 2013.
- Sentencia TC/0174/14, dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana el 11 de agosto de 2014.

Jurisprudencia extranjera

- Tribunal Supremo español, Sala 1era. de lo Civil, Sentencia No. 844/92, Audiencia Pública del 06 de octubre de 1992, Expediente No. 1364/1990, no publicada en el Boletín Judicial.
- Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, Audiencia Pública del 23 de marzo de 2011, S/e, no publicada en el Boletín Judicial.
- Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, Audiencia Pública del 04 de diciembre de 2012, Expediente No. 11-24814, no publicada en el Boletín Judicial.
- Corte de Casación francesa, Cámara Comercial, Audiencia Pública del 17 de enero de 2012, Expediente No. 11-10468, no publicada en el Boletín Judicial
- Cass. Req. 14 juin 1926, non publié au bulletin.

- Cass. Req. 7 mai 1935, non publié au bulletin.
- Cass. civ. 21 juill. 1937; Limoges, 26 de nov. de 1990, non publié au bulletin.
- CA Lyon, 29 janv., 1951, D. 1951, jur.
- Cass. com., 9 mars, 1953, non publié au bulletin.
- Cass. com., 29 mai 1953, non publié au bulletin.
- Cass. com. 8 juin 1955, non publié au bulletin.
- Cass. com., 2 juin 1958, Bulletin civ. III, no. 219, JCP 1958 II, 11501.
- Cass. com. 13 mars. 1962, non publié au bulletin.
- Cass. com., 20 mai 1962. Bulletin civ. III, No. 290.
- CA Bordeaux, 12 nov. de 1963, non publié au bulletin.
- Cass, com, 19 févr. 1963, Bulletin civ. III, No. 110-Cass. civ. 2 oct. 2002, Bulletin civ. III, No. 192.
- Cass. com. 7 déc. 1965, non publié au bulletin.
- Cass. com., 12 juill. 1966, JCP G 1967, II 15131.
- Cass. civ. 5 juin. 1970, non publié au bulletin.
- Cass. com., 17 mai 1971, Bulletin civ. IV, No. 133.
- Cass. com., 3 oct. 1972, Bulletin civ. IV, No. 230.
- Cass. com., 27 févr., 1973, Bulletin Civ., IV, Nos. 101 et 102.
- Cass. civ. 10 juin 1976 –non publié au bulletin.
- Cass. com., 3 oct. 1978, Bulletin 1980, IV, No. 208.
- Cass. civ. 9 janv. 1979, pourvoi No. 78-70006, Bulletin No. 1977, III, No. 54, (REJET).
- Cass. civ. 13 févr. 1980, non publié au bulletin.
- Cass. com. 23 mars. 1981, pourvoi No. 79-15147, Bulletin des arrets Cour de Cassation Chambre Commercial No. 156.
- Cass. 3 civ., 10 juin 1981, Bulletin Civ., III, No. 118; Gaz. Pal. 1982, 1, jur.

- Cass. com 4 mai 1982, non publié au bulletin.
- Cass. com. 6 déc. 1982, pourvoi No. 81-14422, Bulletin 1970, IV, No. 92.
- Cass. com. 12 mars 1985, pourvoi No. 84-17163, Bulletin 1985, IV, No. 95.
- Cass. com. 26 janv. 1993, pourvoi No. 91-11285, Bulletin 1993, IV, No. 33.
- Cass. com., 16 févr. 1993, pourvoi No. 90-19979, Bulletin. 1993, IV, No. 58.
- CA Paris, 31 mars 1994, D. 1994.
- Cass. com. 21 mars 1995, pourvoi No. 93-18462, non publié au bulletin.
- Cass. com. 10 févr. 1998, Bulletin civ. IV, No. 71.
- Cass. com. 30 juin 1998, pourvoi No. 96-19160, Bulletin 1998, IV, No. 214.
- Cass. com. 20 oct. 1998 –non publié aun bulletin
- Cass. com. 23 mars 1999, Bulletin civ. IV, No. 71.
- Cass. com., 23 mars., 1999, Bulletin civ. IV, No. 72.
- Cass. com. 15 janv. 2002, Bulletin. civ. IV, No. 11.
- Cass. 3e. civ. 27 mars 2002, pourvoi No. 00-20732, Bulletin 2002, III, No. 77.
- Cass. com. 22 oct. 2002, pourvoi No. 00-12914, Bulletin 2002, IV, No. 152.
- Cass. civ. 19 mars 2003, pourvoi No. 01-17679, Bulletin 2003, III, No. 66.
- Cass. civ. 5 févr. 2003, pourvoi No. 01-16672, Bulletin 2003, III, No. 25.
- Cass. com., 27 de mai 2003, No. 00-19.355, REV. Loyers, 2003.
- Cas. civ. No. 1, 14 mayo 2003, Boletín Judicial No. 1110, de mayo de 2003.

- Cas. civ. No. 1, 14 mayo 2003, Boletín Judicial No. 1110, de mayo de 2003.
- Cas. civ. No. 1, 14 mayo 2003, Boletín Judicial No. 1110, de mayo de 2003.
- Cass. civ. 19 janv. 2005, pourvoi No. 03-15283, Bulletin 2005, III, No. 10.
- Cas. civ. No. 5, 9 marzo 2005, Boletín Judicial No.1132, de marzo de 2005.
- Sentencia C-189/06, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, el 15 de marzo de 2006.
- Sentencia C-830/10, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, el 20 de octubre de 2010.
- Sentencia 89/2017, dictada por el Tribunal Constitucional de España, el 04 de julio de 2017. BOE No. 171 del 19 de julio de 2017.

Bibliografía digital

- ARRIETA GARCÍA, María, *Panorámica Europea del Fondo de Comercio*, En: <http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/0042/03010042.htm>
- BLARY-CLÉMENT, Edith “Cours Droit Commercial: Théorie générale, En:<http://ricimm.free.fr/cours%20UNJF/cours%20au%20choix/droit%20commercial/th%20orie%20g%20n%20rale/4.%20Le%20fonds%20de%20commerce.pdf>.
- Código Civil francés, En: <http://es.scribd.com/doc/20568571/Codigo-Civil-Frances-Traducido>
- Código de Comercio de la República Dominicana, En: http://www.camarasanpedro.org/Codigo_Comercio.pdf
- Código de Comercio francés, En: <http://es.scribd.com/doc/52248746/Codigo-de-Comercio-Francia-en-espanol>
- Constitución española de 1978, En: http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf

Constitución francesa de 1958, En: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

GALLIZO LARRAZ, José Luís. *El Fondo de Comercio en las Normas Internacionales de Contabilidad*, En: <http://ciberconta.unizar.es/leccion/cf010/>

Tesis consultadas

ALDUEY Mercedes, Fior D'aliza. "Impacto de la Competencia Desleal en las Estrategias Mercadológicas", tesis para optar por el título de Licenciada en Mercadeo, Universidad APEC, Santo Domingo, República Dominicana, 2003.

GARCÍA, Jeannette, "La Venta del Fondo de Comercio". Tesis para optar por el título de Magíster en derecho Empresarial y Legislación Económica, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo, República Dominicana, 1996.

LUGO, Zaida Elisa, "Anteproyecto de Ley sobre Registro y Protección de Marcas y Nombres Comerciales", Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo, República Dominicana, 1992.

MENA, Gustavo y ESCOBAR, Quirico, "Operaciones del Fondo de Comercio", Tesis para optar por el título de Magíster en Derecho Empresarial y Legislación Económica. Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo, República Dominicana, 1995.

Esta edición de *Apuntes para la incorporación del Fondo de Comercio en RD* del Mag. Jottin Cury hijo, consta de dos mil (2,000) ejemplares, se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2018 en los talleres gráficos de Serigraf, Santo Domingo, República Dominicana.
