

Panamá, 5 de junio de 2002.

Licenciado

**Ernesto I. Fernández U.**

Director General del Banco Hipotecario Nacional.

E. S. D.

Señor Gerente General:

Con agrado le brindo mi parecer jurídico a su *consulta administrativa* identificada 02(2000-02)877, relacionada a la aplicación de las normas especiales del Banco Hipotecario Nacional (en lo sucesivo el Banco o simplemente el B.H.N) que al parecer restringen la posibilidad que puedan vender a las personas que actualmente arriendan locales comerciales, esos inmuebles de propiedad del Banco.

### **Cuestión previa.**

Luego de haber hablado con el Asesor Legal del Banco Hipotecario Nacional, debemos reconocer que, hoy en día la opinión del Banco está muy influenciada por el dictamen de esta casa numerado C-349 /96 de noviembre de 1996, en donde se le dio respuesta a una consulta administrativa del Banco Hipotecario Nacional. En aquella consulta se preguntó (igual que hoy) si el Banco Hipotecario Nacional estaba facultado legalmente para adjudicar y/o vender los lotes comerciales que formaban parte de un proyecto de vivienda, del mismo modo en que se realizaba la venta y/o adjudicación de los lotes para uso habitacional de tales proyectos; es decir, sin que se requiera que tal contratación esté precedida de los actos públicos establecidos en el Código Fiscal (hoy Ley de contratos públicos).

La respuesta de ésta se orientó a señalar que "en virtud de la Ley 39 de 1984, el Banco Hipotecario Nacional tiene facultad legal para adjudicar y vender lotes de uso habitacional, consagrando la finalidad de proporcionar financiamiento a programas nacionales de vivienda; pero esta Ley no regula los casos de lotes de terreno con fines comerciales incluidos en dichos proyectos, por tanto se deberá aplicar la Ley 56 de 1995 sobre contratación pública en manera supletoria y así acatar lo dispuesto para la adjudicación de terrenos estatales".

Ahora bien, creemos que en estos días cuando la legislación de derecho público está orientada sobre la concepción de la flexibilización de las rigurosas posturas y atribuciones formalistas de la Administración, a favor pues de la solución concreta de problemas de índole social y de derecho privado<sup>1</sup>; obligan a replantear la posición de esta Procuraduría, aunque con ciertas matizaciones confirmatorias de aquel dictamen C-349/96.

## **Antecedentes de hecho.**

En su "consulta" se hace una descripción de los hechos relacionados con la duda jurídica de su despacho. De esta descripción resaltan las siguientes consideraciones:

“Como es de su conocimiento la Ley #9 de 8 de noviembre de 1984 “ Por la cual se reorganiza el Banco Hipotecario Nacional” establece únicamente como finalidad de esta institución proporcionar el financiamiento o programas nacionales de vivienda que tiendan a dar efectividad al derecho que consagra el artículo 113 de la Constitución Política de la República de Panamá y a dirigir, regular y fiscalizar el Sistema Nacional de Ahorros y Préstamos de vivienda, de acuerdo con los planes nacionales de desarrollo económico y social del Estado, por lo que estamos facultados por la precipitada Ley para vender o arrendar inmuebles de utilidad comercial”.

## **La Consulta específica.**

“Puede el Banco Hipotecario Nacional, como institución autónoma sujeta a las políticas de desarrollo económico y social del Gobierno, ofrecer a aquellas personas que actualmente fungen como arrendatarios de lotes o locales comerciales, la primera opción a compra de los inmuebles que ocupan”

## **Cuestión de derecho.**

Desde nuestra perspectiva, de la consulta pareciera derivar en dos asuntos distintos, aunque íntimamente relacionados; la normativa aplicable a la disposición de bienes inmuebles gestionados por el Banco y el contexto social teniendo en cuenta al momento de la construcción de proyecto de solución habitacional y de

---

<sup>1</sup> Esto según la interpretación que del artículo 17 constitucional en el sentido de que la primaria función de los funcionarios públicos, es la de servir de conducto efecto y eficiente para la solución de los problemas de la comunidad. De otra manera el servicio público se convertiría en un aparato con la única finalidad de mantenerse y preservarse en sí mismo, loo cual es un despropósito ya que la ciudadanía no paga la planilla pública para que los agentes se sirvan así mismos de tales fondos.

vivienda. Antes de este análisis nos permitiremos transcribir algunas normas legales que dan luces al criterio jurídico de la Procuraduría de la Administración.

### **Opinión de la Procuraduría de la Administración.**

#### **Derecho aplicable.**

- De carácter constitucional.

“**Artículo 113.** El Estado establecerá una política nacional de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso.”

- De carácter legal.

- La Ley 39 de 1984.

“**Artículo 1:** El Banco Hipotecario Nacional, creado por la Ley 10 de 25 de enero de 1973, como una empresa estatal con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen interno; se regirá en adelante por las disposiciones de la presente Ley. El Banco Hipotecario estará sujeto a las políticas de desarrollo económico y social del Gobierno, a la orientación del Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Vivienda, y a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia.

“**Artículo 2:** El Banco Hipotecario Nacional tiene como finalidad proporcionar financiamiento a programas nacionales de vivienda que tiendan a dar efectividad al derecho que consagra el artículo 113 de la Constitución Política y a dirigir, regular y fiscalizar el Sistema Nacional de Ahorros y Préstamos para la vivienda, de acuerdo con los planes nacionales de desarrollo económico y social del Estado.”

“Artículo 5. Son funciones del Banco Hipotecario Nacional:

...

ch. Comprar y vender derechos hipotecarios sobre viviendas cuyo valor no excedan de Cincuenta y Cinco Mil Balboas (B/.55,000.00) que formen parte de programas o proyectos de viviendas aprobadas por la Junta Directiva del Banco;

...”

“**Artículo 27.** Cuando se trate de préstamos para la construcción de edificios regulados por el Decreto de Gabinete 217 de 1970 sobre Régimen de Propiedad Horizontal por pisos, o Departamentos, cuyos proyectos incluyen locales comerciales, los préstamos podrán otorgarse para la construcción de dichos edificios dentro de las condiciones generales que señale el reglamento, siempre que los locales comerciales no ocupen más del 20% de la superficie total edificada del respectivo inmueble, o que representen no más del 30 % del valor del edificio, según avalúo del Banco Hipotecario Nacional”.

“**Artículo 39.** El Seguro de Préstamos Hipotecarios, fomento de hipotecas Aseguradas, quedará sujeto a las siguientes reglas y limitaciones.

1. El inmueble objeto del Seguro de Préstamos Hipotecarios Fomento de Hipotecas aseguradas, debe ser de tipo habitacional aunque el uso de parte del inmueble puede ser secundariamente para fines comerciales agrícolas, industriales, o profesionales, siempre y cuando el uso principal del inmueble sea de tipo residencial, de acuerdo con el Artículo 27 de esta Ley”.

- **El Banco Hipotecario Nacional es una empresa estatal regida por la legislación bancaria.**

En el fondo de la cuestión bajo estudio habría que preguntarse si, siendo el Banco una entidad estatal que ejerce el negocio de Banca Hipotecaria, ¿debe regirse por las normas de contratación pública? Es decir que convendría saber ¿Si el Banco es una entidad regida por la legislación de derecho público?.

Ciertamente creemos que el primer paso para dilucidar la cuestión consultada, es, saber si para la venta de los inmuebles del Banco, a éste le son o no aplicables las reglas del derecho bancario especiales o lo dispuesto en la ley de contratación pública.

## El Banco Hipotecario Nacional es una empresa estatal.

Con base en lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 39 de 25 de enero de 1984<sup>2</sup>, el Banco es una empresa estatal, creado por la Ley 10 de 25 de enero de 1973 que “tiene la finalidad de proporcionar financiamiento a programas nacionales de vivienda que tiendan a dar efectividad al derecho que consagra el artículo 113 de la Constitución Política”.

De esta disposición se pueden extraer dos ideas importantes: que el Banco es una empresa, y que se dedica a la asistencia crediticia y financiera.

El hecho que sea una entidad pública de características empresariales, hace pensar en una entidad compuesta por bienes, capital, trabajo, organización y dirección. Pero de estos elementos, los tres primeros tienen una forma de aportación y gestión de nítida raigambre público-administrativa; sin embargo, los dos últimos (los elementos de la “organización” y la “dirección”) deben tener necesariamente esencialidad *ius privatista*. Es decir que, según Varangot, puede que la regulación de las relaciones obrero patronal sea de naturales administrativa, al igual que la forma de iniciación, fundación y control del capital y patrimonio empresarial; pero lo que hace ver con claridad la naturaleza empresarial de ciertas entidades

---

<sup>2</sup> Publicada en la Gaceta Oficial No. 17. 271 de 26 de enero de 1973.

públicas, es la forma de conformar las operaciones de producción y servicios que se brindan.

En el caso del B.H.N., si bien el Estado participa como agente de intervención en la economía, para proporcionar financiamiento a programas nacionales de vivienda y con ello asistir a los panameños que no cuenten con una casa o lugar donde vivir; en la Ley por la cual crea ese "Banco" (la Ley 10 de 25 de enero de 1973) dicha intervención técnicamente está regulada por la Ley y los reglamentos especiales que al efecto dicta el Estado. Y es la Ley se estructura una forma de gestión claramente empresarial, a dividir a las unidades operativas en "gerencias".

Ciertamente, las políticas crediticias del Banco la dicta el Poder Ejecutivo, y dichas políticas son directamente ejecutadas por la Junta Directiva del Banco y por la "Gerencia del Banco".

En otro orden de ideas, si bien el B.H.N., es una empresa pública dedicada al negocio de banca hipotecaria, en cuanto a su funcionamiento está regida por reglas del derecho administrativo, en el siguiente sentido:

1. Los operarios y obreros son funcionarios, por lo cual se le aplica el derecho administrativo laboral y disciplinario.
2. Le son aplicable los mecanismos de control del gasto público, como por ejemplo los controles fiscales de la Contraloría general de la República, o los controles presupuestarios del ministerio de Economía y Finanzas y la Asamblea Legislativa.

Es pues en cuanto a las operaciones bancarias propiamente tales, que al B.H.N., se le aplican las reglas de derecho privado o bancario. Esto por la simple razón de ser el B.H.N., un "Banco de carácter Oficial". O sea por realizar el negocio de Banca Hipotecaria. En este sentido el artículo 2 del Decreto - Ley N° 9 de 26 de febrero de 1998<sup>3</sup> "Por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Superintendencia de Bancos", aclara qué debe entenderse por el "negocio bancario", de la siguiente manera:

**"Artículo 2. Ejercicio del Negocio de Banca.** Sólo las personas que hayan obtenido la licencia respectiva podrán ejercer el Negocio de Banca en o desde Panamá. Igualmente,

---

<sup>3</sup> Publicado en la Gaceta Oficial 23.499 de 12 de marzo de 1998.

podrán ejercer el Negocio de Banca en Panamá las personas de derecho público a las cuales las leyes autoricen para ello”.

De las normas trascritas se puede deducir con cierta facilidad que al ser el B.H.N., una entidad de carácter bancario, en cuanto a sus operaciones técnico-bancarias, le son aplicables las normas del derecho público restablecida en la Ley 39 de 1984 y el derecho privado en cuanto existan materias no reguladas en esa ley.

Así las cosas la cartera hipotecaria del Banco Hipotecario Nacional es de naturaleza pública, pues el conjunto de derechos reales hipotecarios y anticréticos que forman la misma pertenecen a esta entidad del Estado, regida por la Ley N°39 de 1984, cuyas actividades, si bien son de naturaleza bancaria, no se encuentran reguladas por la Superintendencia de Bancos, ya que, como bien se señala en el artículo 2 de dicha Ley, el Banco Hipotecario Nacional fue creado para desarrollar el contenido programático del artículo 113 de la Constitución Política.

La estructura de la Ley 39 de 1984 está concebida para que el Banco Hipotecario Nacional ejerza las funciones propias del giro normal de sus actividades, y además, y es lo que realmente importa, para que se cumpla el cometido constitucional de proporcionar el goce del derecho social de vivienda a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso. En atención a los fines constitucionales, la vivienda financiada por el Banco, debería propender a cumplir con el fin último de ofrecer a las personas un ambiente de comodidad y seguridad domestica.

Observamos entonces, que una de las actividades propias del Banco Hipotecario Nacional en el giro normal de sus operaciones es el “comprar y vender” derechos hipotecarios sobre viviendas, y con ello procurar la formación de habitas sociales con un mínimo de bienestar y seguridad.

## **El contexto social teniendo en cuenta al momento de la construcción de proyecto de solución habitacional.**

El derecho público no puede desentenderse de una realidad: cuando se construye un edificio, dentro de los planes asistenciales urbanos o rurales de vivienda, no solo se piensa en habitaciones para pernoctar, sino además, en locales para que en ellos se presten servicios públicos mínimos, como tiendas, quioscos, lavanderías, clínicas, barberías, zapaterías, etcétera. Esto es así ya que, si bien más de ochenta por ciento de la construcción se orienta a habitaciones, es fundamental crear la infraestructura propia de servicios anejos e indispensables para una vida cómoda y convivencia social confortable. Es decir que si bien las construcciones de locales comerciales, no guardan relación con la regla general de edificaciones habitacionales, sino que rompe con la dinámica propia de su

quehacer; no se puede decir que se está en presencia de un tipo de construcción y eventual financiamiento hipotecario, contraria al entorno social y de comunidad urbano- social necesario para el desenvolvimiento del hombre de hoy en día.

Así las cosas, la construcción de infraestructuras de servicios no es un despropósito de la comunidad urbana o rural, es más bien la necesaria condición de una vida de mínimas exigencias sociales. Por ello, la venta de esas infraestructuras de servicios, debería ser concebida como elementos incorporados a la dinámica propia del giro normal de las operaciones del Banco Hipotecario Nacional. Y de este modo, le serían aplicables los literal ch) del artículo 5, los literales i) y k) del artículo 10 y otras normas de la referida Ley Orgánica.

Y es que si se construyen locales comerciales, dentro de edificaciones destinadas a soluciones de vivienda de carácter social, y luego el Banco recibe estos bienes, para su financiación; la operación principal del Banco, no es necesariamente la de financiación de edificaciones comerciales, sino la de vivienda. Esto es la finalidad principal, y por ello podría decirse que estaría conceptuada como una operación propia del giro normal de las actividades del Banco Hipotecario Nacional.

Ahora bien, si la construcción es de un complejo comercial, centro de compras, parque industrial, o multipropiedades destinadas al comercio; evidentemente que tal venta no persigue como propósito de la Legislación que regula las actuaciones del B.H.N., y por ello, entonces, esta venta adquiere otra dimensión jurídica, definiéndose la misma dentro del concepto de la venta de un bien público que debe ser reglamentado por las normas comunes de la Ley 56 de 1995 y sus modificaciones, que regula la Contratación Pública<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Específicamente, consideramos aplicable el artículo 99 de dicha Ley, subrogado por el Decreto Ley N°7 de 2 de julio de 1997, cuyo contenido nos permitimos copiar:

“Artículo 99. Disposición de Bienes.

Las dependencias del Órgano Ejecutivo y los otros órganos del Estado podrán disponer de sus bienes, mediante venta, arrendamiento o permuta de bienes, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro. Igualmente, podrán disponer de tales bienes las entidades descentralizadas que tengan patrimonio propio con respecto a sus bienes.

Salvo las excepciones establecidas en la ley, toda venta de bienes del Estado deberá estar precedida del procedimiento de selección de contratista en atención al valor real del bien, que será determinado mediante avalúo realizado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro y la Contraloría General de la República.

Cuando el valor real de los bienes no exceda la suma de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00), de acuerdo con el avalúo de que habla este artículo, el Ministerio de Hacienda y Tesoro hará la venta, lo que informará de inmediato al Presidente de la República.

Tratándose de la venta de bienes cuyo valor esté comprendido entre los doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00) y los dos millones de balboas (B/.2,000,000.00), corresponde al CONSEJO ECONOMICO NACIONAL extender la autorización para proceder a ello.

A nuestro juicio, en el tema que nos ocupa, las transacciones y derechos de disposición que otorgue el B.H.N., por formar parte de la cartera hipotecaria de ese Banco como derechos reales hipotecarios y anticréticos, en ocasión de proyectos en donde su finalidad principal sea la solución de vivienda; se rigen por la Ley 39 de 1984 y las reglamentaciones de préstamos hipotecarios<sup>5</sup>.

### **Otro asunto a tener en cuenta al momento de la venta de los locales comerciales: el derecho a la clientela.**

#### Aspectos generales.

La Constitución Política en sus artículos 44y 290 establece como principios orientadores del Estado Social de Derecho panameño la libertad de empresa, como derivado de la libertad de propiedad, y la libertad de competencia. En concordancia con lo anterior, el artículo 277 atribuye al Estado la dirección general de la economía.

De acuerdo con las normas citadas, el Estado tiene la obligación de garantizar la efectividad de los principios de libre empresa y libre competencia y por lo tanto debe adoptar las medidas necesarias para impedir su obstrucción o restricción, atendiendo a la satisfacción del interés general, de acuerdo además con el deber del Estado y todos sus agentes de asegurar la efectividad de los derechos de las personas, consagrado en la misma Constitución Política<sup>6</sup>.

Es así como, la doctrina ha definido la competencia económica como el *"ejercicio de la libertad en procura de captar la clientela, colocando en el mercado productos y servicios a precios, calidades y en condiciones contractuales diferentes a los demás participantes."* (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, todas las personas tienen el derecho de concurrir al mercado dentro de un marco de competencia en el cual cada uno de los

---

La venta de los bienes cuyo valor exceda de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00), deberá estar precedida de la autorización del Consejo de Gabinete.

Como regla general, la contraprestación por la disposición de bienes se hace mediante pago en moneda de curso legal. No obstante, excepcionalmente, podrá aceptarse por la disposición de bienes o derechos, la permuta u otro medio legalmente idóneo, previo avalúo realizado en la forma prevista en el Artículo 97.

Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados por el Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia."

<sup>5</sup> Nos referimos a la Resolución No. 2-7 de 31 de enero de 1996, dictada por la Junta Directiva del Banco, y que está publicada en la Gaceta Oficial número 23, 071 del 3 de julio de 1996.

<sup>6</sup> Ver el texto del artículo 17 constitucional.

participantes lucha por atraer el mayor número de consumidores posible y en el evento de lograrlo, sus competidores ven disminuida la demanda de las prestaciones mercantiles que ofrecen. En conclusión, si en la lucha por atraer a los consumidores se utilizan medios legales y leales, quienes resulten vencidos en virtud del libre juego de la oferta y la demanda tienen la obligación de soportar dicho efecto. A contrario sensu, cuando dentro de esa lucha los competidores se valen de medios restrictivos o desleales que distorsionan el mercado, su conducta se hace reprimible.

En desarrollo de los anteriores postulados, la doctrina ha dado la siguiente noción de competencia desleal: *"todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado"*.

Es así como, la doctrina ha explicado la razón de ser de las normas sobre competencia desleal en la necesidad de *"impedir que al competir se utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo, como ocurre cuando se permite atraer a la clientela mediante actuaciones incorrectas en el sentido de que no se basan en el esfuerzo propio del empresario ni en la calidad y ventajas de las prestaciones que ofrece"* (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, de conformidad con la prohibición general, todo acto de los participantes en el mercado en el cual se realicen los supuestos citados constituirá competencia desleal, sin que sea necesario que esté específicamente tipificado en el ordenamiento jurídico, es decir, que la enumeración de las conductas calificadas como desleales entre el artículo 70 y de la Ley de Defensa de la Competencia<sup>7</sup> es meramente enunciativa.

¿En qué consiste el derecho de clientela?

En su aceptación de origen, el derecho de clientela proviene de Francia, y más específicamente del vocablo *"achalandage"* que comprende, no sólo la clientela como conjunto de compradores más o menos habituales de un negocio, sino también —y esto es lo importante—, la aptitud o facultad del establecimiento para atraer y conservar la clientela<sup>8</sup>. Así pues no sólo ha de entenderse por tal la generosidad denominada clientela hecha o habitual, sino aquella posibilidad de clientela resumida en el conjunto de cualidades subjetivas y objetivas del fondo, y que en el ámbito económico conocemos más propiamente con el nombre de llave.

<sup>7</sup> Es la Ley 29 de 1 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas sobre Defensa de la Competencia, publicada en la Gaceta Oficial 22, 966 de 3 de febrero de 1996.

<sup>8</sup> Guyénot, J., Curso de Derecho comercial, volumen I. página 313.

Por ello Ripert ha sostenido que "El fondo de comercio es una propiedad incorporeal consistente en el derecho a la clientela..."<sup>9</sup>, criterio que parece compartir Mossa, cuando afirma que normalmente se adquiere un establecimiento para adquirir su clientela.<sup>10</sup>

En el caso de las comunidades pequeñas, como es el caso de las comunidades entorno de edificios o barriadas populares; el derecho de clientela va referido especialmente como un conjunto de personas que habitualmente concurren a un establecimiento o se vinculan comercialmente con ese local comercial.

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. Se trata de un trabajo constante y esperado de una persona que dirige un negocio, y por ello, al momento de la venta de esa empresa, se debe valorar económicamente esa clientela.

#### ¿Por qué es importante la defensa de este derecho?

Por ser sumamente importante la defensa de la clientela, los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia de derecho comercial han establecido que, constituye una acción de competencia ilícita, el "acto o medio instrumental utilizado por un empresario a fin de sustraer en beneficio propio la clientela de un competidor con lo que disminuye o niega incorrecta o deslealmente la reputación mercantil industrial ajena"<sup>11</sup>.

Ahora bien, la legislación y la doctrina, si bien coinciden en que se trata de una ilicitud de derecho penal, en el campo civil simplemente constituye una razón para la indemnizaciones pecuniarias: esto ya que el bien jurídico tutelado en el campo penal es el patrimonio; y en el ámbito privado lo son la propiedad inmaterial (clientela); y la libertad de trabajo e industria.

#### La Cláusula de no competencia.

Por otra parte se debe recordar que la importancia del derecho a la clientela tiene consecuencias en el aumento del valor del establecimiento comercial, y llega a beneficiar cuantas personas adquieran el mismo local. Esto es así ya que, se ha establecido jurisprudencialmente en Francia y en otros países, como Argentina, que la obligación de que el vendedor y anterior dueño del establecimiento, que fue la persona que levantó la clientela; de no establecerse en el entorno del

---

<sup>9</sup> Ripert., Derecho Comercial T.I., pagina 321.

<sup>10</sup> Mossa, Lorenzo., Derecho Mercantil., pagina 47 y siguientes.

<sup>11</sup> Argeri, Saúl., Diccionario de derecho comercial y de la empresa., Editorial Astrea., Argentina., 1999., pagina 114.

establecimiento vendido dedicándose a lo mismo; no es inherente a la persona del vendedor del fondo, sino que es accesoria al establecimiento cedido; en razón de esto, desde el momento en que se estipula la prohibición en el contrato de traspaso, el cesionario adquiere un derecho que se transmite a todo subadquiriente, quien dispondrá así de una acción directa en contra del primitivo vendedor.

En términos gráficos, la cuestión opera así: Si A le vende a B un fondo de comercio, y se ha establecido la cláusula de no concurrencia que le prohíbe a A restablecerse durante 10 años en la provincia donde está instalada la explotación cedida, y al cabo de 6 años, B vende a C el fondo, C podrá oponerle a A el beneficio de la cláusula original durante los restantes 4 años.

La justificación de esta jurisprudencia se fundamenta en que el valor de la clientela está determinado por el compromiso que asume el vendedor de transmitir esa clientela tal y cual se ha precisado en el contrato primitivo, o, usando la expresión del Maestro Garreau de la Mechenie, el crédito de la garantía está incorporado a la clientela y se transmite con ella. Se ha establecido, en tal sentido, que los subadquirientes sólo pueden prevalerse de la cláusula en la medida de lo que le resta en vigencia y en los términos y límites originalmente fijados.

Así las cosas, el hecho de que se sometan a la venta libre, los negocios que han arrendado a las personas que, con esfuerzo han creado una clientela; sin que se le considere el derecho a esta clientela, es tanto como despojarlos de un activo muy importante en la relaciones empresarial y comercial.

Por otra parte, si no se le toma en cuenta este indiscutido derecho, la Administración, el Banco, debería ser conciente en que debe indemnizar a ese comerciante por el derecho a la cliente, que tendrá que ceder a otras personas, y la que aprovechará sin ningún costo.

Hablando de indemnizaciones, a la luz del artículo 1325 del Código Civil, de venderse el local comercial a otra persona, y si el anterior arrendador ha realizado mejoras en ese local, la Administración, el Banco, debe indemnizar al arrendatario por tales mejoras que habrían acrecentado el valor del inmueble.

### **Conclusión.**

Desde nuestra perspectiva jurídica si se tratara de la venta de locales comerciales construidos dentro de complejo principalmente destinados a habitación y vivienda, el Banco podría transferirlo a aquellas personas que lo hayan alquilado por algún tiempo, y quieran beneficiarse de su compra. Esta venta se podría hacer con base

a los medios legales propios y regulares establecidos en la ley 39 de 1984 y sus reglamentaciones normales de la transferencia de bienes dedicados a la vivienda.

**Respuesta concreta.**

Fundamentados en las consideraciones precedentes le respondemos concretamente que, sí puede el Banco Hipotecario Nacional, como institución autónoma sujeta a las políticas de desarrollo económico y social del Gobierno, ofrecer a aquellas personas que actualmente fungen como arrendatarios de lotes o locales comerciales, la primera opción a compra de los inmuebles que ocupan.

Dr. José Juan Ceballos  
Procuradora de la Administración  
(Suplente)

JJC/15/hf.