

---

J A I M E A L B E R T O A R R U B L A P A U C A R

*Magistrado de la Corte Suprema de Justicia*

CONTRATOS MERCANTILES

TOMO III

CONTRATOS CONTEMPORÁNEOS

1ª edición 2005

BIBLIOTECA JURIDICA



## ÍNDICE GENERAL

<b>Introducción</b>	
<b>Los nuevos retos del derecho mercantil</b> .....	29
<b>Responsabilidad contractual: Temas contemporáneos</b> .....	41
Tendencias de la responsabilidad contractual .....	41
1. Introducción .....	41
2. La problemática en torno a la responsabilidad contractual .....	43
2.1. Ámbito de la responsabilidad contractual .....	43
2.2. El redimensionamiento del deber de buena fe .....	44
2.3. Responsabilidad y exoneración .....	48
2.4. Tesis objetivas y subjetivas de la responsabilidad .....	49
3. Las nuevas tendencias. Análisis desde una perspectiva económica .....	50
4. La situación en Colombia .....	53
<b>Responsabilidad de los administradores</b> .....	57
1. Introducción .....	57
1.1. El régimen general del Código Civil y el Código de Comercio .....	57
1.2. La finalidad de la reforma introducida en la Ley 222 de 1995 .....	57
1.3. Otras disposiciones que se refieren al régimen de responsabilidad de los administradores .....	58
1.4. Sociedades financieras y aseguradoras .....	58

1.5. Sociedades dedicadas al mercado público de valores .....	58
1.6. Las empresas de servicios públicos .....	59
2. La responsabilidad de los administradores a partir de la Ley 222 de 1995 .....	60
3. Los administradores de las empresas .....	61
4. Los deberes de los administradores .....	61
5. El régimen de responsabilidad de los administradores .....	65
5.1. Se trata de una responsabilidad personal .....	66
5.2. Se trata de una responsabilidad patrimonial .....	66
5.3. Se trata de una responsabilidad solidaria .....	67
5.4. Deben concurrir los elementos de toda responsabilidad civil .....	67
5.4.1. Un hecho contrario a derecho .....	68
5.4.2. Una imputación .....	68
5.4.3. Un daño .....	71
5.4.4. Un nexo causal entre el hecho y el daño .....	71
5.5. Las eximentes de responsabilidad .....	72
6. Las acciones de responsabilidad civil .....	73
7. Jurisprudencia .....	74
<b>El abuso de la personalidad jurídica .....</b>	<b>77</b>
1. Introducción .....	77
2. La formulación de la teoría del derecho .....	78
3. La función económica .....	81
4. Diferencia con las figuras afines .....	82
5. La situación en Colombia .....	83

6. La aplicación de la teoría del <i>Disregard</i> a las sociedades en general y otros entes con personalidad jurídica en el derecho colombiano .....	85
7. Los supuestos para el abuso de la responsabilidad jurídica .....	89
8. La jurisprudencia colombiana .....	90
9. Jurisprudencia relacionada con el abuso de la personalidad jurídica .....	95

### **Contrato de fiducia mercantil**

<b>La fiducia mercantil: un instrumento de confianza .....</b>	<b>103</b>
1. Introducción .....	103
2. Antecedentes .....	104
2.1. En el Derecho romano .....	104
2.1.1. Fideicomiso .....	104
2.1.2. El pacto de fiducia .....	105
2.1.2.1. Fiducia de garantía (fiducia <i>cum creditore contracta</i> ) .....	105
2.1.2.2. Encargo en confianza (fiducia <i>cum amico contracto</i> ) .....	106
2.2. El “ <i>Trust</i> ” anglosajón .....	107
2.2.1. El sistema legal inglés .....	107
2.2.2. El origen del “ <i>Trust</i> ” .....	109
2.2.3. Naturaleza jurídica del “ <i>Trust</i> ” .....	111
2.2.4. Distintas clases de “ <i>Trust</i> ” .....	112
2.3. Diferencias entre el negocio fiduciario de origen romano y el “ <i>Trust</i> ” anglosajón .....	113
2.4. Evolución del fideicomiso de origen romano .....	114

2.5. El fideicomiso en América Latina y en Colombia .....	116
3. Función económica .....	116
4. Las partes intervinientes .....	117
5. El patrimonio autónomo .....	118
6. La naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria .....	122
6.1. Teoría de la propiedad modal .....	122
6.2. Teoría del mandato irrevocable .....	123
6.3. Teoría del patrimonio de afectación .....	123
7. Concepto de contrato de fiducia mercantil .....	125
7.1. Características .....	126
8. Los efectos del contrato de fiducia mercantil .....	128
8.1. Obligaciones del fiduciante .....	128
8.1.1. Pago de honorarios y gastos al fiduciario .....	128
8.1.2. Entrega de los bienes fideicometidos .....	128
8.2. Obligaciones de la fiduciaria .....	129
8.2.1. El deber de cuidado y pericia .....	129
8.2.2. La obligación de representación .....	129
8.2.3. Obligación de transferencia de los bienes objeto del contrato a su terminación .....	130
8.2.4. Indelegabilidad .....	130
8.2.5. Deber de lealtad e imparcialidad .....	130
8.2.6. Deber de información .....	131
8.2.7. Deber de secreto .....	131
8.2.8. Deber de llevar y rendir cuentas .....	131

8.2.9. Deber de buena fe .....	132
9. La terminación del contrato .....	132
10. Destinación de los bienes a la terminación del contrato .....	134
11. La fiducia y la insolvencia .....	134
<i>A. Concurso del fiduciante</i> .....	134
<i>B. Concurso del fiduciario</i> .....	135
12. La responsabilidad en el contrato de fiducia .....	135
12.1. La responsabilidad de la fiduciaria .....	136
12.1.1. El período precontractual .....	137
12.1.2. El período contractual .....	138
12.2. Concepto general .....	138
13. Naturaleza de las obligaciones de la fiduciaria .....	138
14. Algunas de las diferentes obligaciones de la fiduciaria y el examen de la responsabilidad .....	141
<i>a. El deber de cuidado y pericia</i> .....	141
<i>b. La obligación de representación</i> .....	145
<i>c. Obligación de transferencia de los bienes objeto del         contrato a su terminación</i> .....	146
<i>d. Indelegabilidad</i> .....	148
15. Extinción de responsabilidad .....	149
15.1. La participación de los interesados .....	149
15.2. Cláusulas eximentes de responsabilidad .....	150
16. Algunas de las diferentes posibilidades de utilización del instrumento jurídico conocido como contrato de fiducia mercantil .....	151

16.1. La fiducia inmobiliaria .....	151
16.1.1. Función económica .....	152
16.1.2. Descripción de la operación .....	153
16.1.3. Otras aplicaciones de la fiducia inmobiliaria .....	154
16.2. Fiducia de garantía .....	156
16.2.1. Antecedentes .....	156
16.2.2. Concepto .....	157
16.2.3. Función económica .....	157
16.2.4. Clases de fiducia en garantía.....	158
16.2.5. Mecanismos instrumentales .....	159
16.2.6. Problemática de la fiducia en garantía .....	159
16.3. Fiducia pública .....	160
16.3.1. Introducción .....	160
16.3.2. Clasificación de la fiducia pública .....	160
16.3.3. Régimen de la fiducia pública .....	161
16.4. Fiducia de inversión .....	162
16.4.1. Destinación de los recursos entregados .....	163
16.4.2. Clases de obligación .....	164
17. El fideicomiso y la actuación procesal .....	165
17.1. El patrimonio autónomo como parte procesal .....	165
18. Conclusiones .....	173
<b>La titularización de activos y sus instrumentos contractuales</b> .....	<b>175</b>
1. Introducción .....	175

2. Concepto .....	176
3. Función económica.....	177
3.1. Ventajas para el empresario .....	177
3.2. Ventajas para el inversionista .....	178
4. Partes que intervienen en el proceso de titularización .....	178
4.1. El originador .....	179
4.2. El agente de manejo.....	179
4.3. La administradora .....	179
4.4. La colocadora .....	180
5. Instrumentos para la titularización .....	180
5.1. Los contratos de fiducia mercantil irrevocables .....	180
5.1.1. Las entidades estatales y la titularización .....	180
5.2. La constitución de fondos de valores .....	181
5.3. Unidades de participación de fondos especiales .....	182
6. Descripción de la operación .....	182
7. Los instrumentos financieros .....	183
7.1. Clases de instrumentos .....	184
7.1.1. Títulos corporativos o de participación .....	184
7.1.2. Títulos de contenido crediticio .....	185
7.1.3. Títulos mixtos .....	185
7.2. Requisitos para los títulos valores .....	185
8. Bienes o activos movilizables .....	185
9. Los mecanismos de seguridad en el proceso de titularización .....	187

9.1. Los riesgos .....	187
9.1.1. Riesgos de crédito .....	187
9.1.2. Riesgos de prepago .....	187
9.1.3. Otros riesgos .....	187
9.2. Mecanismos de cobertura .....	188
9.2.1. Mecanismos internos de seguridad o apoyo crediticio .....	188
9.2.2. Mecanismos externos de seguridad .....	188
10. De la titularización inmobiliaria .....	188
10.1. Clases de titularización inmobiliaria .....	188
10.2. Titularización de inmuebles .....	189
10.2.1. Requisitos para la titularización de un inmueble .....	189
10.3. Titularización de proyectos de construcción .....	190
10.3.1. Concepto .....	190
10.3.2. Requisitos para la titularización de un proyecto de construcción .....	190
10.4. Emisión de títulos de contenido crediticio con garantía inmobiliaria .....	191
10.5. Fondos inmobiliarios .....	192
10.5.1. Requisitos .....	192
11. Titularización de obras de infraestructura y servicios públicos .....	193
11.1. Financiación de obras de infraestructura y prestación de servicios públicos .....	193
11.1.1. Concepto .....	193

11.1.2. Requisitos .....	193
11.2. Financiación de obras públicas de infraestructura vial .....	194
11.3. Fondos de obras de infraestructura y de servicios públicos .....	194
12. Titularización de productos agropecuarios o agroindustriales .....	194
12.1. Concepto .....	194
12.2. Requisitos .....	195
13. Agentes de manejo en los procesos de titularización inmobiliaria .....	195
14. Conclusiones .....	195
<b>El pacto arbitral</b> .....	197
1. Introducción .....	197
1.1. Fundamentos constitucionales y legales .....	197
2. Función económica .....	201
3. La estabilidad jurídica, la globalización y la competitividad .....	202
4. El arbitraje .....	205
4.1. La naturaleza jurídica del arbitraje .....	205
4.2. El pacto arbitral .....	210
4.2.1. <i>La cláusula compromisoria</i> .....	211
4.2.2. <i>El compromiso, o pactum cum promittere</i> .....	212
4.2.3. Los requisitos del pacto arbitral .....	212
4.2.4. El objeto del pacto arbitral .....	214
4.2.5. La materia transigible .....	215
4.2.6. El contenido del pacto arbitral .....	222

4.2.6.1. Número de árbitros .....	222
4.2.6.2. Designación de árbitros .....	223
4.2.6.3. Designación del centro de arbitraje .....	226
a) <i>Reglas de procedimiento aplicable para la solución del conflicto</i> .....	227
b) <i>Duración del proceso</i> .....	236
c) <i>Si es en conciencia o en derecho</i> .....	237
4.3. La clasificación del arbitraje .....	237
4.3.1. Arbitraje en derecho, arbitraje en conciencia y técnico .....	237
4.3.1.1. El arbitraje en <i>derecho</i> .....	237
4.3.1.2. El arbitraje en <i>conciencia</i> .....	237
4.3.1.3. El arbitraje <i>técnico</i> .....	240
4.3.2. Arbitraje independiente, institucional o legal .....	242
4.3.3. Arbitraje interno y arbitraje internacional .....	243
4.3.4. Arbitraje voluntario y obligatorio .....	245
4.4. Las vicisitudes del pacto arbitral .....	252
4.4.1. La inexistencia del pacto arbitral .....	252
4.4.2. La nulidad del pacto arbitral .....	253
4.4.2.1. La nulidad parcial .....	254
4.4.2.2. La declaración oficiosa de la nulidad .....	255
4.4.2.3. La purga de la nulidad absoluta .....	261
4.4.3. La ineficacia parcial o total de la cláusula compromisoria por violar normas imperativas .....	264
4.4.3.1. El centro de arbitraje y la definición de competencia .....	266

4.4.3.2. La competencia del centro de arbitraje; un motivo de choque entre la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia y la Honorable Corte Constitucional .....	267
4.4.3.3. Deber de resolver los recursos por parte de las autoridades de los centros de arbitramento y conciliación .....	269
4.4.3.4. El alcance que se da a una cláusula contractual, como la compromisoria, no es examinable por tutela .....	271
4.4.3.5. La Corte advierte que los directores de los centros cumplen funciones públicas, independientemente de que sea administrativas o jurisdiccionales .....	272
4.4.3.6. La decisión de la H. Corte Constitucional de 28 de noviembre de 2002 .....	273
4.4.4. La frustración del pacto arbitral .....	274
4.5. El pacto arbitral y el contrato con las entidades públicas .....	274
4.5.1. Ideas generales .....	274
4.5.2. El principio de la innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas .....	275
4.5.3. El principio de indisponibilidad de la legalidad en los actos administrativos .....	276
4.5.4. La justicia contencioso administrativa, como la única competente para conocer de la legalidad de los actos administrativos y el principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y competencia .....	277
4.5.5. Alcances y límites de la justicia arbitral en la Ley 80 de 1993 .....	282
5. Jurisprudencia .....	286
6. Conclusiones .....	293

<b>La contratación electrónica</b> .....	295
1. Introducción general .....	295
1.1. El comercio electrónico .....	295
1.2. Los instrumentos del comercio electrónico .....	297
2. Clases de comercio electrónico .....	299
3. Principios generales del comercio electrónico .....	299
3.1. Equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales .....	300
3.2. Neutralidad tecnológica de las normas reguladoras del comercio electrónico .....	301
3.3. No se altera el derecho preexistente de las obligaciones y contratos .....	301
3.4. Principio de la buena fe .....	302
3.5. Principio de la libertad contractual o de pacto .....	303
4. Elementos conceptuales del comercio electrónico .....	304
4.1. Elementos objetivos .....	304
4.1.1. El mensaje de datos .....	304
4.1.2. La norma técnica de estructuración .....	305
4.1.3. La firma digital. ....	305
4.1.4. Sistema de información. ....	305
4.1.5. Redes e interconexión de redes (Internet). ....	305
4.1.6. Intercambio electrónico de datos (EDI) .....	305
4.2. Elementos subjetivos .....	306
4.2.1. El iniciador .....	306
4.2.2. El destinatario .....	306

4.2.3. Los intermediarios .....	306
4.2.4. Entidad de certificación .....	306
5. La contratación mercantil en el entorno electrónico .....	307
5.1. El contrato mercantil en su dimensión electrónica .....	307
5.2. Declaración de voluntad emitida electrónicamente .....	308
5.3. La representación electrónica .....	311
5.4. El acuso de recibo y la confirmación .....	312
5.5. La perfección del contrato .....	313
5.5.1. El momento preciso de la formación del negocio .....	315
5.5.2. La legislación aplicable para el momento de la perfección del contrato electrónico .....	316
5.5.3. La formación del contrato por el <i>click wrapping</i> .....	317
5.5.4. La atribución de la declaración de voluntad .....	318
5.6. Lugar de la perfección del contrato .....	319
5.7. El contenido del contrato .....	320
5.8. El cumplimiento electrónico de las obligaciones contractuales .....	321
5.8.1. La transferencia electrónica de fondos .....	321
5.8.2. La compensación .....	321
5.9. La prueba del contrato celebrado por computadoras .....	321
6. Los contratos del entorno electrónico .....	322
6.1. Introducción .....	324
6.2. Aspectos de un contrato informático .....	325
6.2.1. Los contratantes .....	325
6.2.2. Función económica .....	325



6.3.2.7. De comodato .....	340
6.3.2.8. Contrato de depósito .....	340
6.3.2.9. Transporte de mercancías .....	341
6.3.2.10. Contrato para la obtención de un nombre de dominio .....	342
6.3.2.10.1. Nombre de dominio .....	342
6.3.2.10.2. Las partes contratantes .....	344
6.3.2.10.3. Vicisitudes de la contratación de nombre de dominio .....	345
6.3.2.11. Contrato de publicidad .....	346
6.3.2.11.1. Partes contratantes .....	347
6.3.2.11.2. Clases de publicidad .....	347
6.3.2.11.3. Anuncios pull .....	347
6.3.2.11.4. Webs .....	348
6.3.2.11.5. Anuncios push .....	348
6.3.2.11.6. Publicidad desleal e ilícita .....	348
6.3.2.12. El contrato de escrow .....	351
6.3.2.13. Contrato de acceso al internet .....	352
7. Solución de conflictos en la red .....	352
7.1. Arbitraje en la red .....	352
7.2. Los conflictos sobre nombres de dominio .....	353
8. La protección del consumidor en la contratación electrónica .....	355
9. Conclusiones .....	357

<b>Contratos para la transferencia de tecnología o de Know How .....</b>	<b>359</b>
1. Introducción.....	359
1.1. En la órbita del Derecho Público .....	359
1.2. En la órbita del Derecho Privado .....	362
2. Función económica.....	363
3. La tecnología como objeto de tráfico .....	364
4. Naturaleza jurídica de la tecnología.....	367
5. Clasificación de los instrumentos para la tecnología .....	369
5.1. Contratos para la cesión y licencia simple .....	371
5.1.1. Contratos para la cesión de derechos de propiedad industrial .....	372
5.1.2. Contratos para la cesión de <i>know-how</i> .....	373
5.1.3. Contratos de licencia de derechos de propiedad industrial.....	373
5.1.4. Contratos de licencia del <i>know-how</i> .....	374
5.2. Contratos para la cesión y licencia mixta .....	375
5.3. Contratos para la cesión y licencia recíproca .....	375
5.4. La transmisión de derechos de propiedad industrial y <i>know-how</i> en el marco de otros contratos.....	375
6. Los contratos de patentes y licencias en la legislación colombiana .....	376
A. <i>Acuerdo Bolivariano</i> .....	376
B. <i>La Convención de Washington</i> .....	377
C. <i>La Convención de París</i> .....	377
D. <i>Acuerdo de Cartagena y Decisión 24 de Lima</i> .....	377

<i>E. La decisión N° 291 de 1991, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena</i> .....	378
<i>F. El Decreto N° 259 de 1992</i> .....	379
6.1. Patentes .....	380
6.2. Licencia de explotación .....	381
6.2.1. Licencias obligatorias .....	382
7. Contratos para la transferencia de tecnología .....	382
7.1. Concepto .....	382
7.2. Función económica .....	384
7.3. Características .....	386
7.4. Naturaleza jurídica .....	387
7.5. Diferencia con figuras afines .....	388
7.5.1. <i>Con la venta</i> .....	388
7.5.2. <i>Con el arrendamiento de obra o de servicios</i> .....	391
7.5.3. <i>Contratos de adiestramiento, asesoramiento o aprendizaje</i> .....	392
7.6. Efectos del contrato. Las prestaciones de las partes .....	392
7.6.1. Del cedente, dador o licenciante de tecnología .....	392
<i>a) Prestación de transferencia</i> .....	392
<i>b) Obligación de garantizar eficacia técnica</i> .....	393
<i>c) Obligación de saneamiento</i> .....	393
<i>d) Obligación de garantizar la inexistencia de impedimento legal</i> .....	394
<i>e) Obligación de información</i> .....	394
<i>f) Obligación de exclusividad</i> .....	394

7.6.2. Del cesionario o receptor de tecnología .....	395
a) <i>Obligación de pagar el precio</i> .....	395
b) <i>Obligación de secreto</i> .....	395
c) <i>Prohibición de ceder la tecnología</i> .....	396
d) <i>Obligación de restitución</i> .....	397
e) <i>Obligación de reconocer derechos         sobre las mejoras</i> .....	397
f) <i>Prohibición de usar la tecnología</i> .....	397
g) <i>Obligación de ejercicio</i> .....	397
7.7. Protección legal de la tecnología .....	399
7.8. La terminación del contrato .....	403
8. La transmisión de derechos de propiedad industrial y <i>Know - Now</i> en el marco de otros contratos .....	404
8.1. Contrato de ingeniería o engineering .....	404
8.1.1. Concepto .....	404
8.1.2. Función económica .....	404
8.1.3. Naturaleza jurídica .....	405
8.2 Contrato de comercialización o mercadeo <i>Merchandising</i> .....	405
8.2.1. Concepto .....	405
8.2.2. Función económica .....	406
8.2.3. Naturaleza jurídica .....	406
8.3. Contrato de franquicia o <i>franchising</i> .....	407
8.3.1. Concepto .....	407
8.3.2. Función económica .....	408
8.3.3. Naturaleza jurídica .....	408

<b>Contratos de distribución</b> .....	409
1. Introducción .....	409
1.1. La distribución como fenómeno económico .....	409
1.2. La distribución como fenómeno jurídico .....	410
2. Los llamados contratos de distribución .....	414
2.1. Planteamiento del problema .....	414
2.2. Los contratos de distribución en el derecho comparado .....	414
2.3. Los caracteres del contrato de distribución .....	418
2.4. El contrato de distribución en el derecho colombiano .....	419
3. Jurisprudencia relacionada con la distribución .....	420
<b>Conclusión</b> .....	438