

ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ

LECCIONES DE DERECHO COMERCIAL

TERCERA EDICION
1989

BIBLIOTECA JURIDICA  DIKE

CONTENIDO GENERAL

Página

PRIMERA PARTE TEMAS GENERALES VARIOS

CAPITULO PRIMERO

LA COSTUMBRE MERCANTIL Y LA JERARQUIA DE LAS FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL

I	Concepto y elementos de la costumbre mercantil	11
II	Diversas clasificaciones de la costumbre	14
III	Costumbres contra legem, secundum legem y praeter legem . .	14
	1. Costumbre Contra Legem	14
	2. Costumbre Secundum Legem	16
	3. Costumbre Praeter Legem	16
IV	Costumbres nacionales, locales, generales, extranjeras e Internacionales	
	1. Costumbre Local	17
	2. Costumbre Nacional	18
	3. Costumbre Especial y General	18
	4. Costumbre Extranjera	18
	5. Costumbre Internacional	19
V	Costumbres Imperativas y Supletivas	20
VI	Costumbres Normativas e Interpretativas	21
VII	La Costumbre y la Moral Cristiana	21

VIII La Costumbre y la Jerarquía de las fuentes de Derecho Mercantil	23
1. Ley Comercial Imperativa	24
2. Ley Comercial Dispositiva	25
3. Contratos mercantiles válidamente celebrados.	25
4. Ley Comercial Supletiva	26
5. Costumbre comercial supletiva colombiana.	26
6. Legislación Civil	27
7. Costumbre mercantil internacional, Tratados no ratificados y principios generales del Derecho Comercial	28

CAPITULO SEGUNDO

LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL MEDIANTE CERTIFICACION DE LAS CAMARAS DE COMERCIO

Introducción	29
I El objeto de la prueba de la costumbre mercantil	30
II Juicios de valor sobre la costumbre que no incumben a quien la prueba	34
III La forma de probar la costumbre	36
IV La recopilación y certificación de las costumbres mercantiles	40
V Las competencias internas para investigar, recopilar y certificar.	42
VI La naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio	44
VII La naturaleza privada de las certificaciones.	47
VIII La naturaleza probatoria de las certificaciones privadas.	49
IX El valor probatorio de las certificaciones sobre costumbres.	55
X Recopilación, conclusiones y recomendaciones.	57

CAPITULO TERCERO

LOS CONCEPTOS DE EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO EN EL CODIGO DE COMERCIO

I El establecimiento de comercio.	61
II La Empresa	63
III Salvedades cualitativas a la noción de empresa	65
IV Salvedades cuantitativas a la noción de empresa	67
V Naturaleza civil o mercantil del arrendamiento	68
1. Fábricas.	69
2. Bodegas.	69

3. Oficinas y Consultorios	70
4. Expendios Agropecuarios	70
5. Talleres de Arte	71
6. Actividades Oficiales	71
7. Actividades Eclesiásticas	72
8. Actividades no lucrativas	72

CAPITULO CUARTO

LOS CONCEPTOS DE EMPRESA Y SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL CODIGO MERCANTIL Y EN EL CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

Evaluación general de la parte inicial del Código	75
---	----

Sección Primera

La Inutilidad de la noción de empresa en el Derecho Comercial

I Introducción	78
II Ausencia de una noción doctrinal de universal aceptación.	79
III Ausencia de claridad acerca de la naturaleza jurídica de la empresa.	84
IV La empresa no es sólo una noción confusa sino inútil	86
V La empresa no puede ser el fundamento científico del derecho mercantil	87
VI La noción de empresario no es sustancialmente diferente de la de comerciante	88
VII La empresa no es noción útil y adecuada para personificar las unidades de explotación económica	91
VIII Los conceptos de empresario y hacienda hacen inútil el de empresa.	93
IX La actuación de la empresa no justifica la presencia de normas especiales sobre obligaciones y contratos	94
X La empresa como acto de comercio adicional es noción no sólo inútil sino inconveniente	97
XI La empresa en el Código de Comercio colombiano	98
XII Conclusiones.	100

Sección Segunda

El necesario reconocimiento de la sociedad unipersonal

I Introducción	102
II Concepto y realidad de la sociedad unipersonal.	103
III Diversas variedades de sociedades unipersonales	104

IV	Valoración ética de la sociedad unipersonal.	105
V	La sociedad unipersonal y el concepto de contrato	107
VI	Conclusiones.	109
VII	Los diferentes caminos hacia la sociedad unipersonal	110
VIII	La sociedad unipersonal en el derecho positivo colombiano . .	112

CAPITULO QUINTO

EL CONTROL DE LEGALIDAD EN EL REGISTRO PUBLICO A CARGO DE LAS CAMARAS DE COMERCIO

I	Inexistencia del control como principio general	115
II	Conveniencia del control de legalidad en el registro mercantil	119
III	Casos expresos de control de legalidad	122
IV	El registro de nombres iguales.	123
V	Control de legalidad externa de las escrituras de constitución de sociedades.	124
VI	El control de la legalidad de las escrituras de reforma	125
VII	El control de los nombramientos y revocaciones de los administradores y revisores fiscales de sociedades comerciales	125
VIII	El control de las escrituras de cesión de cuotas de sociedades de responsabilidad limitada.	126
IX	Alcance del control de legalidad autorizado a las Cámaras de Comercio.	126
X	Casos no expresos de control de legalidad	134
XI	Casos específicos de control de legalidad con fundamento en la ineficacia.	135
XII	Casos concretos de control de legalidad con fundamento en la inexistencia	136

CAPITULO SEXTO

LA ACTIVIDAD COMERCIAL DE LA INDUSTRIA

I	Las dos formas de competencia ilegal	137
II	Contenido y vigencia de la Ley 155 de 1959.	138
III	Las empresas industriales pueden ejercer actividades de distribución.	141
IV	Las empresas industriales deben respetar los contratos de distribución.	143
V	La no obligatoriedad del precio de distribución.	144
VI	La distribución por personas vinculadas a la empresa produc- tora.	146

SEGUNDA PARTE SOCIEDADES COMERCIALES

CAPITULO PRIMERO

DOS TEMAS PROCESALES EN MATERIA DE SOCIEDADES COMERCIALES

I	El derecho de exclusión del socio	151
II	El derecho de impugnación de las decisiones de las asambleas de accionistas o juntas de socios	154

CAPITULO SEGUNDO

PROPUESTAS PARA ALGUNAS REFORMAS BASICAS DE LA LEGISLACION COLOMBIANA SOBRE SOCIEDADES

I	Planteamiento general	161
II	Los grupos de subordinación	163
	1. Aceptación de la organización grupal	163
	2. Adopción de un concepto amplio de control.	163
	3. La protección del interés social	164
	4. La excepcional situación de los grupos de derecho	165
	5. La indispensable publicidad de los grupos de subordinación	166
	6. La protección de los acreedores de las sociedades controladas	166
	7. La protección de los accionistas minoritarios o externos.	167
III	Los grupos de colaboración	168
	1. Las agrupaciones de colaboración	168
	2. Las uniones transitorias de empresas	171
IV	La extensión de la quiebra	173
	1. Extensión de la quiebra por control desviado	174
	2. La extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible	176
	3. La extensión de la quiebra por simulación.	176
V	La sociedad unipersonal	180
VI	La postergación de créditos	183
	1. Sociedad y préstamo con participación de utilidades.	183
	2. La postergación de créditos.	185
	3. La postergación de créditos en derecho colombiano	187
VII	Escisión.	187
VIII	El derecho de receso	190
	1. Fusión.	191

2.	Escisión	192
3.	Traslado del domicilio al exterior	192
4.	Cambio fundamental del objeto social	192
5.	Retiro de las acciones del mercado bursátil	193
6.	Accionistas o socios de compañías subordinadas	193
IX	Conclusiones y propuestas	196
1.	La regulación de los conglomerados sociales	196
2.	Los grupos de subordinación	196
3.	Los grupos de colaboración	196
4.	La extensión de la quiebra	196
5.	La sociedad unipersonal	197
6.	La postergación de créditos	197
7.	La escisión	197
8.	El receso	198

TERCERA PARTE OBLIGACIONES MERCANTILES

CAPITULO PRIMERO

LAS ANOMALIAS DEL NEGOCIO JURIDICO

I	La ineficacia	201
II	La inexistencia	203
III	La nulidad	205
	1. Las nulidades generales absolutas o relativas	205
	2. La nulidad parcial	206
	3. La nulidad individual	207
IV	La inoponibilidad	209

CAPITULO SEGUNDO

LA CONVERSION DEL NEGOCIO JURIDICO

I	Concepto legal y origen	211
II	Fundamento jurídico de la conversión	212
III	Depuración de la conversión	213
IV	Conversión auténtica	216
V	Alcance limitado de la conversión	217

CAPITULO TERCERO**EL ABUSO DEL DERECHO**

I	Controversia sobre la justificación de la teoría	219
II	Evolución	220
III	Las dos concepciones del abuso de los derechos	221
IV	Crítica de la tesis socialista	222
V	Crítica de la tesis individualista	223
VI	Selección de la tesis correcta	223

CAPITULO CUARTO**LA CESION DEL CONTRATO**

I	En qué consiste la cesión del contrato	227
II	La cesión según las diversas modalidades de contrato	228
III	Exigencias legales para la celebración de la cesión	229
IV	Novedad, utilidad y crítica de la cesión del contrato	229
V	Cesión y subcontratación	231
VI	Naturaleza jurídica de la cesión del contrato	231
VII	Los diferentes momentos de la cesión del contrato	232
VIII	Las formalidades del contrato de cesión	233
IX	Las formalidades atinentes a la tradición del contrato cedido	235
X	Notificación o aceptación del contratante cedido	237
XI	Diversas modalidades de la aceptación del contratante cedido	238
XII	Forma de la aceptación	239
XIII	Quién y cómo debe hacerse la notificación	239
XIV	Responsabilidad del cedente y contenido de la cesión	241
XV	Normas especiales para ciertos contratos	241

CAPITULO QUINTO**LA REPRESENTACION VOLUNTARIA**

I	Concepto	243
II	Representación y mandato	245
III	El representante y el Nuncio	246
IV	La representación indirecta	247
V	Requisitos esenciales para la eficacia de la representación	248
VI	Actuación representativa y actuación orgánica	249
VII	Las facultades del representante de origen voluntario	250
VIII	Las formalidades de la representación voluntaria	252
IX	Representación y buena fe	253

X	Deberes y derechos de la contraparte del representado	253
XI	Las representaciones anómalas	254
XII	Actuación representativa sin facultades o con exceso sobre las que fueron concedidas	255
XIII	Actuación representativa en evidente contraposición con los intereses del representado	257
XIV	Actuación representativa aparente.	258
XV	Actuación representativa incompatible	260
XVI	Actuación representativa posterior a la terminación del poder	261
XVII	Actuación representativa informal.	262

CUARTA PARTE CONTRATOS MERCANTILES

CAPITULO PRIMERO LA GESTION DE INTERESES AJENOS

Sección Primera

	Las diversas modalidades de la gestión subordinada.	268
I	Preposición y contrato de trabajo	268
II	Contrato de preposición y administración de sociedades.	270
III	Contrato de trabajo y administración de sociedades	272
IV	Contrato de trabajo y socio industrial	273

Sección Segunda

	Las diversas modalidades de la gestión autónoma	277
I	El mandato	277
II	La comisión.	281
III	El mandato frente a otros contratos de prestación de servicios	282
IV	El corretaje	283
V	Los contratos de obra y prestación de servicios.	286
VI	La asociación o cuenta en participación	288
VII	El contrato de consignación o estimatorio.	290
VIII	La agencia comercial.	292

CAPITULO SEGUNDO EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Sección Primera

	Consideraciones generales	293
--	--	------------

I	Concepto y elementos esenciales de la agencia comercial	295
II	Diversas modalidades de la agencia comercial	298
III	Relación entre la agencia comercial y otros contratos afines. .	300
IV	La doctrina de la Corte y su crítica.	303
V	Conclusiones.	307

Sección Segunda

Consideraciones específicas

I	Exclusividad	309
II	Obligación de información y promoción.	310
III	Remuneración.	310
IV	Gastos.	311
V	Terminación y compensación a favor del agente	311
	1. Primera retribución	312
	2. Segunda retribución	312
VI	Irrenunciabilidad de las compensaciones.	313
VII	Justas causas de terminación unilateral	315
VIII	Retención	315
IX	Prescripción.	316
X	Agencia de hecho	316

CAPITULO TERCERO

LA PROMESA DE CONTRATO Y LA COMPRAVENTA EN EL CODIGO CIVIL Y EN EL CODIGO DE COMERCIO

I	Promesa de contrato	319
II	Compraventa de vehículos automotores	321
III	La lesión enorme en la compraventa	324
IV	Tradición del dominio de bienes raíces	325
V	Los riesgos del cuerpo cierto vendido	326
VI	Compraventa con reserva de dominio	327
VII	Los efectos del incumplimiento del comprador.	331

CAPITULO CUARTO

VENTA COMERCIAL CON RESERVA DE DOMINIO

I	¿En qué consiste la venta con reserva de dominio?	333
II	¿Cuál es la utilidad o provecho que reporta al vendedor el pacto de reserva de dominio?	334
III	¿Cuáles son los bienes en cuya venta es permitido pactar la reserva de dominio?.	334

IV	¿Cuáles son las formalidades exigidas por la ley para la celebración de compra-ventas con pacto de reserva de dominio?	337
V	¿Qué ocurriría si el contrato de compra-venta con pacto de reserva de dominio no es registrado?	338
VI	¿Cuáles son las obligaciones especiales del comprador?	338
VII	¿Cuáles son las obligaciones especiales del vendedor?	340
VIII	¿Qué ocurre cuando el comprador incumple su obligación de pagar el precio?	340
IX	¿Qué ocurre si se intenta el embargo del bien vendido bajo reserva de dominio?	343
X	¿Cómo se procede en el caso de pago de seguros por la pérdida del bien?	343
XI	¿Cuál es la regulación legal especial cuando se trata de bienes vendidos en mercados públicos?	344

CAPITULO QUINTO

EL CONTRATO DE TRANSPORTE Y SU RELACION CON OTROS CONVENIOS

I	Concepto y elementos del contrato de transporte	345
II	Contrato de transporte y arrendamiento	347
III	Contrato de transporte y depósito	348
IV	Contrato de transporte y suministro	349
V	Contrato de transporte y mandato	351
VI	Contrato de transporte y comisión de transporte	352
VII	Contrato de transporte y seguro	355
VIII	Estipulación para otro, promesa por otro y transporte	356

CAPITULO SEXTO

LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y LA FIDUCIA MERCANTIL

Sección Primera

El Negocio Fiduciario

I	Noción preliminar	362
II	Elementos esenciales del negocio fiduciario	363
III	Concepto del negocio fiduciario	368
IV	Distinción entre negocio fiduciario y fiducia	369
V	Antecedentes romanos del negocio fiduciario	370
VI	El trust del derecho inglés	371
VII	El negocio fiduciario y la propiedad fiduciaria	372

VIII	Distinción entre el negocio fiduciario y algunos contratos nominados.	373
IX	El fideicomiso como negocio indirecto	375
X	El negocio fiduciario y el negocio simulado.	376
XI	Validez y nulidad del negocio fiduciario	379
XII	Especies diferentes de negocios fiduciarios	381
XIII	Las diferentes posibilidades de utilización práctica del negocio fiduciario.	382
XIV	Fideicomisos legales típicos.	385

Sección Segunda

La Fiducia Mercantil

I	Concepto y exigencias.	386
II	Patrimonio autónomo	388
III	La transmisión modal del derecho de propiedad	388
IV	El fideicomisario	389
V	Los derechos del fideicomisario.	390
VI	Los derechos del fiduciante.	391
VII	Los derechos de la entidad fiduciaria.	391
VIII	Obligaciones de las partes	391

Sección Tercera

Otros aspectos legales de la fiducia mercantil

I	Introducción	393
II	La explicación de la fiducia con nuestros propios instrumentos jurídicos	393
III	La verdadera naturaleza del derecho fiduciario	396
IV	La verdadera naturaleza del derecho del fideicomisario.	398
V	El patrimonio fiduciario autónomo frente a los acreedores del fiduciante	403
VI	La quiebra del patrimonio fiduciario.	407
VII	La fiducia testamentaria	409
VIII	La fiducia de garantía	411
IX	La fiducia de inversión	413
X	Conclusiones y recomendaciones.	414

QUINTA PARTE PROCEDIMIENTOS COMERCIALES

CAPITULO PRIMERO

ARBITRAMENTO, AMIGABLE COMPOSICION Y REGULACION PERICIAL

I	Introducción.....	419
II	Opciones legales para la solución privada de conflictos jurídicos.....	420
	1. Conciliación.....	421
	2. Transacción.....	422
	3. Amigable composición.....	422
	4. Arbitramento de conciencia.....	424
	5. Arbitramento en derecho.....	424
	6. Arbitraje mixto.....	424
	7. Regulación pericial.....	425
III	La constitucionalidad del arbitramento.....	426
	1. Primer fallo.....	426
	2. Segundo fallo.....	428
	3. Tercer fallo.....	429
	Comentario de las sentencias anteriores.....	429
IV	El costo del arbitramento.....	433
V	El nombramiento de árbitros y las calidades exigidas para actuar como tales	
	1. Los diversos sistemas de nombramiento.....	435
	2. Conveniencia del nombramiento total por un tercero....	439
	3. Limitaciones en la selección del tercero que ha de hacer el nombramiento.....	439
	4. Controversia acerca de la oportunidad de la designación..	440
	5. Calidades para ser árbitro.....	441
	6. Consideración de algunos casos especiales en materia de calidades exigidas o no para ser árbitro.....	443
VI	El arbitraje en conciencia.....	444
	1. Naturaleza dispositiva de la convención de arbitraje en conciencia.....	445
	2. Motivación del fallo en conciencia.....	445
	3. Fallar en conciencia no es conciliar.....	446
	4. El fallo en conciencia no excluye su fundamentación legal	446
	5. El respeto a las normas de orden público.....	447

6.	El arbitramento en conciencia en derecho laboral	448
7.	El arbitramento en conciencia en derecho comparado.	448
8.	La carencia de justificación del arbitramento en conciencia	449
VII	La cláusula compromisoria en los contratos de adhesión.	450
VIII	Arbitramento y procesos de ejecución	
1.	Planteamiento del problema	454
2.	Análisis de posibles soluciones.	455
IX	La amigable composición	
1.	Concepto.	458
2.	Transacción y amigable composición.	460
3.	Amigable composición en derecho o en conciencia	461
4.	Arbitramento y amigable composición	462
5.	Conversión y composición.	465
X	La regulación por expertos o peritos.	465
1.	La materia objeto de regulación pericial	465
2.	Origen de la regulación pericial	467
3.	Algunos casos particulares.	467
4.	El nombramiento de los peritos.	469
5.	Procedimiento relativo a la rendición y aprobación judicial del dictamen.	469