

ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ

# LECCIONES DE DERECHO COMERCIAL

2a. edición

1987

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

## CÀPITULO 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 COMER- CIO 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 dere- cho 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 nor- mas 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 productora . . . . .	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

	<b>Las diversas modalidades de la gestión subordinada. . . . .</b>	<b>268</b>
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

	<b>Las diversas modalidades de la gestión autónoma . . . . .</b>	<b>277</b>
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

	<b>Consideraciones generales . . . . .</b>	<b>293</b>
--	--	------------

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

### ARBÍTRAMENTO, 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