

Sexta edición

Contratos empresariales

Nacionales e Internacionales

Conozca los contratos que le darán estabilidad
y rentabilidad a su negocio

ECOE
EDICIONES



Universidad del
Rosario

Colegio de
Abogados Rosaristas

Lisandro Peña Nossa

Contenido



PARTE PRIMERA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS EMPRESARIALES

Capítulo I. Obligaciones.....	1
1. Conceptos preliminares.....	1
A. Derecho objetivo, definición	1
B. Normas jurídicas	1
C. Derecho privado.....	2
D. Derecho público	2
2. Aplicación subsidiaria de las normas del Código Civil al Código de Comercio	2
3. Concepto de obligación.....	2
4. Elementos	3
A. El elemento jurídico o vínculo jurídico	3
B. El elemento subjetivo.....	4
C. El elemento objetivo (dar, hacer o no hacer algo)	4
5. Fuentes de las obligaciones	7
A. Acto jurídico	7
B. Hecho jurídico.....	8

6. Los principios generales del derecho contractual.....	8
Concepto de principio	8
1. Autonomía de la voluntad	11
A. Reseña histórica	11
B. La autonomía de la voluntad en el Derecho colombiano	12
C. La autonomía de la voluntad en el contexto internacional	15
D. Concepto	15
E. Límites a la autonomía de la voluntad	16
2. Principio de la buena fe.....	18
A. El principio de la buena fe en el C. C. y en el C. de Co. colombianos.....	19
B. La buena fe en la interpretación del contrato	21
C. La buena fe y el derecho internacional	21
D. La buena fe en los principios de Unidroit	21
E. Prueba de la buena fe	22
F. Deber de confidencialidad.....	22
3. Abuso del derecho.....	22
A. Origen	22
B. Concepto y elementos.....	24
C. Características	27
D. Naturaleza jurídica	28
3.1 Cláusulas abusivas.....	30
A. Origen	30
B. Concepto y elementos.....	32
C. Características	33
3.2 Abuso de posición dominante	34
A. Origen	34
B. Concepto y elementos.....	36
3.3 La terminación del contrato como abuso del derecho en los contratos de larga duración	39
4. Enriquecimiento sin causa.....	42
A. Origen	42
B. Concepto y elementos.....	43
C. Características	44
D. Naturaleza jurídica	45
5. Fraude a la ley.....	46
A. Origen y etimología.....	46
B. Concepto y elementos.....	47
C. Características	48
D. Naturaleza jurídica	49
6. Error Commun Hacer Derecho (<i>Error Communis Facit Jus</i>)	50
A. Origen	50
B. Concepto y elementos.....	51

7. Teoría de la imprevisión	52
A. Teoría de la imprevisión en el derecho privado.....	52
B. Teoría de la imprevisión en el derecho público	54
7. Clasificación de las obligaciones	57
A. Puras y simples	57
B. Condicionales	57
C. Obligaciones a plazo	58
D. Principales y accesorias	60
E. De sujeto simple y plural.....	60
F. Conjuntas y solidarias	61
G. Natural y civil.....	62
H. Divisibles e indivisibles	63
I. Alternativas y facultativas	63
J. De género y de cuerpo cierto.....	64
K. De medio y de resultado.....	64
L. Civiles o mercantiles.....	65
8. Efectos de las obligaciones	65
A. Responsabilidad pre-contractual, contractual y extracontractual	65
B. La responsabilidad contractual frente a obligaciones de dar, de hacer y de no hacer	68
C. La culpa contractual y la culpa extracontractual	69
D. De las obligaciones con Cláusula penal (multa)	70
E. La cláusula de no responsabilidad	73
F. La fuerza mayor y el caso fortuito.....	73
G. Problema de los riesgos.....	74
H. La mora. Obligaciones a plazo, pura y simple	75
I. Excepción del contrato no cumplido («exceptio non adimpleti contractus»)	77
J. Daños y perjuicios.....	77
9. Transmisión de las obligaciones	82
A. Cesión de créditos	82
B. Cesión de contratos	83
10. Extinción de las obligaciones.....	85
A. Pago	85
B. Dación en pago.....	91
C. Novación	91
D. La compensación.....	96
E. Remisión.....	98
F. Confusión.....	99
G. Prescripción	101
H. Transacción	103
I. Imposibilidad de ejecución.....	105
J. Muerte del deudor	107

Capítulo II. Concepto de contrato	109
1. Noción de contrato	109
A. Contrato en materia civil	110
B. Contrato en materia mercantil.....	111
2. Elementos esenciales.....	112
A. Capacidad.....	112
B. Consentimiento.....	112
C. La causa	120
D. Objeto	122
3. Clasificación de los contratos	123
A. Unilaterales	123
B. Bilaterales	123
C. Gratuitos.....	123
D. Onerosos	124
E. Conmutativos	124
F. Aleatorios	124
G. Principal	124
H. Accesorio.....	124
I. Reales	124
J. Solemnes.....	124
K. Consensuales.....	125
L. De adhesión	125
M. De libre discusión.....	127
N. Nominados.....	127
O. De ejecución instantánea	127
P. De ejecución sucesiva o tracto sucesivo.....	127
Q. Típicos	127
R. Atípicos.....	127
4. Contratos de colaboración empresarial	127
A. Introducción	127
B. Concepto	128
C. Especies de contratos asociativos.....	129
D. Contratos plurilaterales.....	129
E. Características de los contratos de colaboración	129
5. Contenido del contrato	131
A. Cláusulas esenciales	132
B. Cláusulas de la naturaleza	132
C. Cláusulas accidentales	132
6. Reglas relativas a los plazos.....	132
A. Término.....	132
B. Plazo	132
7. Prórroga de los contratos.....	133
8. Renovación de los contratos.....	133

9. Pacto de exclusividad.....	134
10. Pacto de opción	134
11. Pacto de preferencia.....	135
12. La teoría de los actos propios.....	135
A. El « <i>estoppel</i> » anglosajón	136
B. La » <i>Verwirkung</i> » alemana.....	137
13. La culpa	137
14. Daño o perjuicio.....	138
A. Concepto	138
B. Indexación.....	138
15. Acción pauliana	138
16. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contractuales ..	139
A. Ineficacia de los negocios jurídicos en el C. de Co.	139
17. Interpretación de los contratos	145
A. Concepto	145
B. Sistemas de interpretación.....	146
18. Sistema legal colombiano	147
A. Principios generales del derecho.....	148
B. Ambigüedad y lagunas	149
19. Extinción de los contratos.....	149
20. Comparativo entre contratos mercantiles y contratos administrativos.	150
 Capítulo III. Régimen jurídico de la contratación mercantil internacional	 163
1. Importancia económica de los contratos mercantiles internacionales...	163
2. « <i>Lex mercatoria</i> » o « <i>ius mercatorum</i> ». Fuente del derecho internacional	164
A. Origen.....	164
B. Existencia en la « <i>lex mercatoria</i> »	166
C. La <i>lex mercatoria</i> o <i>ius mercatorum</i> , como ordenamiento jurídico ...	166
D. Ventajas y desventajas de la <i>lex mercatoria</i>	168
E. Definición de la <i>lex mercatoria</i>	168
F. Características de la <i>lex mercatoria</i>	169
G. Aplicación práctica de la <i>lex mercatoria</i> en Colombia	170
H. Principios de la <i>lex mercatoria</i>	171
I. Fuentes de la <i>lex mercatoria</i>	172
3. Empresas corporativas.....	175
A. Empresas multinacionales	175
B. La empresa transnacional	177
4. Contratos tipo	179
5. Arbitraje y jurisprudencia arbitral	179
A. Concepto	180
B. Características.....	180
C. Naturaleza jurídica.....	181
D. El arbitraje internacional	182

E. Clases de arbitraje	183
F. Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales ..	184
6. Tratados internacionales	186
7. Derecho internacional privado.....	186
A. Concepto	187
B. Justificación.....	188
C. Objeto	188
D. Finalidad.....	189
8. Derecho mercantil internacional	189
9. Naturaleza jurídica de la contratación mercantil internacional	190
10. Régimen jurídico de la contratación mercantil internacional	190
A. El contrato internacional	191
B. Principios rectores	191
C. Regímenes de la contratación internacional	192
11. Criterios básicos para que un contrato sea considerado internacional ..	192
A. La Convención de Viena (11 de abril de 1980).....	192
B. Los principios de Unidroit.....	193
C. Criterios objetivos para determinar cuándo un contrato es internacional	194
12. Cuándo es internacional un contrato.....	195
13. La ley aplicable a los contratos internacionales y a las partes	197
A. Autonomía de la voluntad	197
B. Falta de elección de la ley o derecho aplicable	199
C. La regla «locus regit actum»	201
14. Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales	202
A. Origen	202
B. Ámbito de aplicación	203
C. Funciones	203
Capítulo IV. El pacto arbitral.....	205
1. Principio constitucional	205
2. Concepto	205
3. Requisitos del pacto arbitral	206
4. Especies del pacto arbitral	207
A. Cláusula compromisoria.....	207
B. Compromiso	208
C. Diferencias entre la cláusula compromisoria y el compromiso	208
5. Ventajas del arbitraje	209
6. Organismos internacionales para el arbitraje en el comercio internacional	210
A. La Cámara de Comercio Internacional de París.....	210
B. Organización Mundial de Comercio.....	210
C. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).....	211
D. El Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones.....	212
E. Diferencias entre la Asociación Americana de Arbitraje con Uncitral	212

PARTE SEGUNDA PRECONTRATO

Capítulo I. Promesa de contrato.....	215
1. Etimología y reseña histórica.....	215
A. En Roma.....	215
B. En Chile.....	216
C. En Colombia	217
2. Función económica.....	217
3. Concepto	218
4. Sujetos	218
5. Características.....	218
A. Consensual	218
B. Bilateral.....	219
C. Principal	220
D. Oneroso	220
E. Nominado	220
F. De libre discusión	220
G. Provisional y transitorio	220
6. Requisitos de la promesa.....	221
 Cpítulo II. Oferta y aceptación nacional e internacional	 225
1. Etimología y reseña histórica.....	225
2. Función económica.....	225
3. Concepto	226
4. Características.....	226
5. Clases de oferta	228
A. Expresa	228
B. Tácita	229
C. A persona indeterminada	229
D. Exhibición de mercancías	230
E. Agotamiento de mercancías ofrecidas públicamente	230
F. Oferta pública de prestación o premio.....	230
G. Cumplimiento de las condiciones por varias personas	231
H. Licitaciones	231
6. Irrevocabilidad de la oferta	231
7. Caducidad de la oferta	232
A. El rechazo expreso de la oferta.....	232
B. La aceptación condicional o extemporánea	232
C. La expiración del término que tiene el destinatario para aceptar o rechazar	233

D. La muerte o incapacidad del proponente cuando atendida la naturaleza de la oferta la propuesta no pueda conservar su fuerza obligatoria	233
8. Concepto de aceptación	233
9. Forma de aceptación	234
10. Plazo para la aceptación	234
11. Concepto de oferta internacional	235
12. Efectos de la oferta internacional	236
13. Retiro y revocación de la oferta internacional	236
14. Aceptación de la oferta internacional	236
15. Aceptación que modifica las condiciones de la oferta	237
16. Retiro de la aceptación	238
17. Diferencias entre oferta nacional y oferta internacional	238
18. Diferencia entre la oferta, la opción y la preferencia	239

PARTE TERCERA

DE LOS CONTRATOS TÍPICOS O REGULADOS

Capítulo I. La compraventa comercial nacional e internacional.	241
1. Etimología y reseña histórica	241
2. Función económica	242
3. Concepto	242
4. Características generales	243
A. Bilateral	243
B. Consensual o solemne	243
C. Oneroso	243
D. Principal	243
E. Nominado	243
F. De ejecución instantánea	244
5. Sujetos del contrato	244
A. Comprador	244
B. Vendedor	244
6. Requisitos para la validez del contrato	244
7. La cosa o bien	245
A. El objeto del contrato	245
B. Falta parcial de la cosa vendida	245
C. Venta de cosa presente	245
D. Venta de cosa futura	246
E. Venta de cosa ajena	246
F. Venta de un riesgo o de un álea	247
G. Susceptible de ser vendida	247
H. Que sea singular o determinada	248

8. Gastos en la compraventa	248
9. El precio	248
A. Determinación del precio por las partes.....	249
B. Determinación unilateral del precio.....	249
C. Determinación del precio por un tercero	249
D. Precio justo y precio irrisorio	250
E. Precio real.....	250
F. Precio en moneda extranjera.....	250
G. Lesión enorme en la compraventa.....	251
10. Obligaciones de las partes	255
A. Del vendedor.....	255
B. Obligaciones del comprador	266
11. Clases de compraventa	267
A. Venta a prueba o venta al gusto	267
B. Venta sobre muestras	268
C. Venta sobre muestras de calidad no determinada.....	268
D. Venta de establecimiento de comercio	269
E. Venta de automotores	270
F. Venta con reserva de dominio (arts. 951-958).....	270
12. Pactos accesorios a la compraventa	274
A. Arras	274
B. Pacto de retroventa	274
C. Pacto comisorio.....	275
D. Pacto de preferencia.....	276
E. Pacto de mejor comprador o de «adictio in diem»	276
Capítulo II. Compraventa internacional	279
1. Antecedentes.....	279
2. Función económica.....	280
3. Concepto	280
4. Perfeccionamiento del contrato	284
5. Obligaciones de las partes	285
A. Obligaciones del vendedor.....	285
B. Obligaciones del comprador	294
C. La obligación de recibir.....	296
6. Sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de las partes	296
A. Incumplimiento esencial.....	296
B. Derechos del vendedor frente al incumplimiento del comprador.....	299
7. Disposiciones comunes a las partes.....	301
A. Efectos de la resolución del contrato.....	301
B. Diferir el cumplimiento de las obligaciones del contrato.....	303
C. Exoneración de cumplir las obligaciones derivadas del contrato	303

D. Acuerdo de las partes para la modificación o extinción del contrato	304
8. Contratar el transporte y pagar un seguro.....	304
A. Contratar el transporte.....	304
B. Contratar un seguro.....	305
Capítulo III. Contrato de permuta.....	307
1. Reseña histórica	307
2. Función económica.....	308
3. Concepto	308
4. Características.....	309
A. Es bilateral	309
B. Es consensual.....	309
C. Oneroso	309
D. Conmutativo.....	309
E. Principal	310
F. Ejecución instantánea.....	310
G. Nominado	310
5. Sujetos	310
6. Obligaciones.....	310
Capítulo IV. Contrato de arrendamiento de local comercial	311
1. Etimología y reseña histórica.....	311
2. Función económica.....	312
3. Concepto	312
4. Características.....	313
A. Es bilateral	313
B. Es consensual.....	313
C. Oneroso	313
D. Conmutativo.....	313
E. De ejecución sucesiva	313
F Principal	313
G. Nominado	313
5. Sujetos	313
6. Objeto	314
7. Precio	314
8. Obligaciones y derechos del arrendador.....	314
A. Entregar la cosa arrendada	314
B. Mantener la cosa en buen estado de funcionamiento.....	315
C. Obligación de saneamiento	316
D. Derecho a obtener la restitución del local	317
9. Obligaciones y derechos del arrendatario	317
A. Uso de la cosa arrendada.....	317

B. Conservación y entrega del local comercial	318
C. Pagar el precio o renta	318
D. Renovación del contrato de arrendamiento	319
E. Derecho de preferencia	320
F. Derecho del arrendatario de subarrendar	321
G. Cesión del contrato de arrendamiento	321
H. Derecho de indemnización.....	322
I. Derecho de retención	323
Capítulo V. Contrato de transporte de cosas	325
1. Etimología y reseña histórica.....	325
2. Modalidades de transporte	326
A. Transporte terrestre	326
B. Transporte marítimo	326
C. Transporte aéreo	326
D. Transporte multimodal y combinado	326
3. Función económica.....	327
4. Concepto	327
5. Características generales	328
6. Sujetos	329
7. Obligaciones del remitente	329
8. Derechos del remitente (C. de Co., art. 1023)	330
9. Obligaciones del transportador	330
10. Responsabilidad del transportador.....	332
11. Obligaciones del destinatario	333
12. Derechos del destinatario (C. de Co., art. 1024)	333
Capítulo VI. Contrato de suministro	335
1. Etimología y reseña histórica.....	335
2. Función económica.....	335
3. Concepto	336
4. Sujetos	336
5. Características.....	336
A. Bilateral	336
B. Oneroso	336
C. Consensual	336
D. Tracto sucesivo	336
E. Principal	337
F. Nominado	337
G. Conmutativo.....	337
H. Es de libre discusión	337
I. Es de duración	337

6. Elementos esenciales	337
A. Objeto	337
B. Volumen y periodicidad de las prestaciones	338
C. El precio.....	338
7. Cláusulas especiales.....	339
A. Pacto de exclusividad.....	339
B. Cláusula de preferencia	342
8. Incumplimiento Cesión y terminación del contrato	342
9. Normas aplicables al contrato de suministro	342
Capítulo VII. Contrato de las cuentas en participación	343
1. Reseña histórica.....	343
2. Función económica.....	343
3. Concepto	344
4. Sujetos	344
5. Características.....	344
A. Consensual.....	344
B. Bilateral o plurilateral	344
C. Conmutativo.....	344
D. Principal	344
E. Típico	344
F. Tracto sucesivo.....	345
G. De colaboración	345
6. Caracteres esenciales de las cuentas en participación	345
7. Obligaciones del partícipe activo o gestor y del partícipe oculto	346
A. Del partícipe activo	346
B. Del partícipe oculto.....	346
8. Causales de terminación.....	346
9. Diferencias de las cuentas en participación y las sociedades comerciales	346
Capítulo VIII. Contrato de las cuentas en participación.....	349
1. Origen	349
2. Función económica.....	349
3. Concepto	350
4. Elementos.....	350
A. Es un acto jurídico	350
B. La realización o ejecución de una obra material.....	350
C. Remuneración	351
D. Independencia y autonomía de quien realiza la obra	351
5. Características.....	351
A. Consensual.....	352
B. Bilateral.....	352
C. Oneroso	352

D. Conmutativo.....	352
E. Principal	352
F. Nominado	352
6. Obligaciones de las partes	353
A. Del artífice	353
B. Del dueño	353
7. Riesgos de los materiales	354
Capítulo IX. Contrato de mutuo	355
1. Etimología	355
2. Reseña histórica	355
3. Función económica.....	355
4. Concepto	356
5. Características.....	356
A. Unilateral.....	356
B. Real	356
C. Gratuito	356
D. Recae sobre cosas fungibles	357
E. Principal	357
F. Nominado	357
6. Disposición de la cosa mutuada.....	357
7. Requisitos	357
8. Obligaciones de las partes	358
A. Del mutuante	358
B. Del mutuario.....	358
9. Préstamo con interés.....	360
10. Mutuo en materia mercantil.....	361
11. Onerosidad del mutuo mercantil.....	361
12. Obligaciones de las partes	362
A. Del mutuante	362
B. Del mutuario.....	362
C. Obligación de pagar intereses.....	363
13. Clases de intereses	365
A. Remuneratorios.....	365
B. Moratorios	365
C. Legales.....	366
D. Convencionales	366
E. Efectivos	366
F. Nominal.....	366
14. Clases de tasas de interés.....	366
A. Tasa de interés corriente	366
B. Tasa de interés bancario corriente.....	366

C. Tasa de interés en créditos ordinarios de libre asignación.....	366
D. Tasa de interés anticipado.....	366
E. Tasa de interés vencido	367
15. Quién fija las tasas máximas de interés	367
A. Intereses máximos remuneratorios que pueden cobrar o pagar los establecimientos de crédito.....	367
B. Intereses máximos moratorios que pueden cobrar los establecimientos de crédito	367
16. Interés de usura	368
17. Intereses sobre intereses.....	368
18. Reajuste de intereses cuando se han estipulado en una tasa fija y la Superintendencia Financiera certifica una tasa inferior	369
19. Contrato de promesa de mutuo	370
20. Diferencia entre el mutuo y el comodato.....	371

Capítulo X. Contrato de consignación o estimatorio..... 373

1. Reseña histórica	373
2. Función económica.....	373
3. Concepto	374
4. Sujetos	374
A. Consignante	374
B. Consignatario	374
5. Características.....	375
A. Bilateral.....	375
B. Real	375
C. Traslaticio de dominio	375
D. Oneroso	375
E. De ejecución sucesiva	375
F. Principal	376
G. Nominado	376
H. Conmutativo o Aleatorio.....	376
6. Objeto	376
7. Naturaleza jurídica.....	376
8. Aspectos relevantes de esta figura contractual.....	377
9. Obligaciones de las partes	378
A. Obligaciones del consignante («tradens»)	378
B. Obligaciones del consignatario («accipiens»).....	378
10. Terminación del contrato	379

Capítulo XI. Contrato de edición 381

1. Reseña histórica	381
2. Concepto	382

3. Sujetos	382
A. El titular del derecho de autor	382
B. El editor	383
4. Características	383
A. Es consensual.....	383
B. Es bilateral.....	383
C. Es oneroso	383
D. Es principal	383
E. Es nominado	383
F. Es de ejecución instantánea	384
5. Obligaciones de las partes	384
A. Obligaciones del titular del derecho de autor	384
B. Obligaciones del editor.....	384
6. Derechos de las partes	386
A. Derechos del titular del derecho de autor.....	386
B. Derechos del editor	386
7. Terminación del contrato	387

Capítulo XII. Contrato de transacción 389

1. Reseña histórica.....	389
2. Concepto	390
3. Sujetos del contrato	392
A. Características	392
B. Obligaciones de las partes	393
4. De lo que es y no es susceptible de transacción	393
A. Lo que es susceptible de transacción	393
B. Lo que no es susceptible de transacción	394
5. Efectos de la transacción	395
A. Cosa juzgada	395
B. Relatividad	395
C. Cláusula penal.....	396

PARTE CUARTA

CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN

Introducción	397
Capítulo I. Contrato de mandato	399
1. Etimología y reseña histórica.....	399
2. Función económica.....	400
3. Concepto	400
4. Sujetos	400
5. Características.....	401

A. Bilateral	401
B. Consensual	401
C. Oneroso	401
D. Principal	401
E. Nominado	401
F. De ejecución instantánea o de tracto sucesivo	402
6. Objeto	402
7. Obligaciones y derechos de las partes	402
A. Obligaciones del mandante	402
B. Obligaciones del mandatario.....	404
8. Derecho de las partes.....	408
A. Derechos del mandante.....	408
B. Derechos del mandatario.....	408
9. Responsabilidad del mandatario.....	410
A. Mandato colectivo.....	411
B. Terminación del contrato de mandato	412
10. Diferencia entre el mandato y la representación.....	414
11. Gestiones que no son mandato	415
A. Mandato y sociedad.....	415
B. Mandato y corretaje.....	416
C. Mandato y agencia oficiosa.....	416
Capítulo II. Mandato con representación.....	417
1. Etimología y reseña histórica.....	417
2. Función económica.....	418
3. Concepto	418
4. Clases de representación	419
5. Sujetos	419
6. Objeto	420
7. Elementos esenciales.....	420
A. Preexistencia del poder.....	420
B. Es un acto unilateral del representante	421
C. Que el negocio admita representación.....	421
D. Identidad entre el poder y el negocio representativo.....	421
E. El negocio representativo no puede ir en contra del representado....	422
8. Efectos de la representación.....	422
9. Facultades del representante.....	422
A. Negocio fuera del objeto social	423
B. Extralimitación de facultades	423
10. Representación aparente.....	424
11. Prohibiciones a representantes	425
12. Ratificación	426

Capítulo III. Agencia comercial.....	427
1. Etimología y reseña histórica.....	427
2. Función económica.....	427
3. Concepto	428
4. Elementos tipificadores de la agencia comercial.....	428
A. La independencia en la actividad del agente	428
B. La estabilidad en la actividad del agente	429
C. El encargo de promover o explotar negocios.....	430
D. La actuación del agente por cuenta del empresario	431
E. Remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario.....	435
5. Partes	436
6. Características.....	437
A. Bilateral.....	437
B. Consensual	437
C. Oneroso	437
D. Principal	437
E. Nominado	437
F. De ejecución sucesiva	438
G. Verbal o escrito.....	438
H. Colaboración	438
7. Objeto	438
8. Requisitos legales de su eficacia.....	439
9. Obligaciones de las partes	440
A. Obligaciones del agente.....	440
B. Obligaciones del empresario	442
10. Pacto de exclusividad.....	443
11. Terminación del contrato de agencia.....	444
A. Por parte del empresario.....	444
B. Por parte del agente	444
12. Efectos por la terminación.....	445
13. Derecho de retención	449
14. Agencia mercantil de hecho	450
15. Ley aplicable al contrato de agencia internacional.....	451
16. La agencia comercial y el contrato de suministro	454
17. Prescripción de las acciones	455
18. Proyecto de ley para la regulación de la agencia comercial de bienes	456
 Capítulo IV. Preposición.....	 459
1. Etimología y reseña histórica.....	459
2. Función económica.....	460
3. Concepto	460
4. Sujetos	461

A. Preponente	461
B. Factor	461
5. Características.....	461
A. Bilateral.....	461
B. Consensual.....	461
C. Oneroso	461
D. De ejecución sucesiva	462
E. Principal	462
6. Obligaciones del factor	462
7. Responsabilidad del factor	463
8. Terminación.....	463
9. ¿El contrato de preposición con persona natural es un contrato laboral?	463
Capítulo V. Corretaje.....	465
1. Etimología y reseña histórica.....	465
2. Función económica.....	466
3. Concepto	466
4. Naturaleza Jurídica del contrato	466
5. Sujetos	467
A. Corredor	467
B. Interesado.....	467
6. Contrato de corretaje.....	467
7. Características del contrato.....	468
A. Consensual.....	468
B. Plurilateral.....	468
C. Oneroso	468
D. Típico.....	468
E. Principal	468
F. De colaboración	468
G. Es aleatorio.....	468
H. De ejecución instantánea	468
8. Obligaciones de las partes	469
A. Del interesado.....	469
B. Del corredor.....	470
9. Responsabilidad del corredor	470
10. Extinción del contrato	471
11. Diferencia entre el contrato de comisión y el de corretaje	471
Capítulo VI. Comisión.....	473
1. Etimología y reseña histórica.....	473
2. Función económica.....	474
3. Concepto	474

4. Sujetos	475
5. Características.....	475
A. Bilateral	475
B. Oneroso	475
C. Principal	475
D. Nominado	475
E. De ejecución sucesiva o instantánea	475
F. De colaboración	476
G. Intuitus Personae	476
6. Objeto	476
7. Obligaciones del comitente.....	476
A. Proveer los dineros	476
B. Pagar remuneración al comisionista	476
C. Poner a disposición del comisionista todo lo necesario para que pueda llevar a cabo el mandato.....	477
D. Resarcir los gastos que haya efectuado el comisionista	477
8. Obligaciones del comisionista	477
9. Incumplimiento de las obligaciones contractuales.....	480
10. Derechos y facultades del comitente	480
11. Derechos y facultades del comisionista.....	481
12. Derecho de retención	481
13. Responsabilidad del comisionista.....	482
14. Terminación de la comisión	483
15. Clases de comisión	483
A. Comisión de garantía	483
B. Comisión representativa	483
C. Comisión de bolsa.....	484
D. Comisión de transporte.....	485

PARTE QUINTA

CONTRATOS ATÍPICOS O NO REGULADOS

Los contratos atípicos	487
1. Antecedentes.....	487
2. Concepto	488
3. Los contratos atípicos en el siglo XXI.....	488
4. Interpretación de los contratos atípicos.....	489
 Capítulo I. Distribución	 493
1. Etimología y reseña histórica.....	493
2. Función económica.....	494
3. Concepto	494

4. Objeto	495
5. Sujetos	496
6. Características.....	496
A. Bilateral.....	496
B. Oneroso	496
C. Conmutativo	497
D. Consensual	497
E. Atípicos	497
F. Colaboración	497
G. Intuitu personae	497
H. Tracto sucesivo	497
7. Aspectos caracterizantes del contrato	497
A. Ejecución	497
B. Delimitación de zona de distribución	497
C. Exclusividad.....	498
8. Contratos de distribución propiamente dicha	498
9. Obligaciones y derechos de las partes	499
A. Obligaciones del concedente	499
B. Obligaciones del distribuidor	500
C. Derechos del distribuidor o concedente	500
D. Derechos del distribuidor	500
10. Terminación del contrato	501
A. Vencimiento del plazo.....	501
B. Por terminación unilateral.....	501
C. La insolvencia de una de las partes.....	501
11. Diferencias entre el contrato de distribución y el de concesión y agencia	501
Capítulo II. Concesión comercial.....	503
1. Etimología y reseña histórica.....	503
2. Función económica.....	503
3. Concepto	504
4. Sujetos	504
A. Concedente	504
B. Concesionario.....	504
5. Características.....	505
A. Consensual.....	505
B. Bilateral.....	505
C. Conmutativo.....	505
D. De tracto sucesivo	505
E. Es intuitu personae	505
F. Oneroso	505
G. Atípico	505
H. De adhesión	505

6. Efectos del contrato.....	506
A. Dirección técnica por parte del concedente	506
B. Exclusividad.....	506
C. Duración del contrato	506
7. Obligaciones de las partes	506
A. Concedente	506
B. Concesionario.....	508
8. La responsabilidad	510
A. Responsabilidad del concesionario.....	510
B. Responsabilidad del concedente	510
C. El derecho de repetición contra el concedente	511
9. Terminación del contrato	511
A. Expiración del término de duración.....	511
B. Terminación unilateral.....	512
C. Insolvencia de una de las partes.....	512
10. Clases de concesión	512
A. Concesión propiamente dicha	512
B. Concesión de espacio.....	512
C. Concesión de obras públicas	513
11. Diferencias y elementos comunes entre la agencia, la concesión, la franquicia y la distribución comercial.....	513
Capítulo III. La franquicia.....	517
1. Etimología y reseña histórica.....	517
2. Función económica.....	518
A. Aspectos positivos.....	518
B. Aspectos negativos.....	518
3. Concepto	519
4. Sujetos	520
5. Características.....	520
A. Consensual	520
B. Oneroso	520
C. Bilateral.....	520
D. De ejecución o tracto sucesivo	520
E. «Intuitu personae»	521
F. De cooperación.....	521
G. Atípico	521
H. Colaboración	521
I. De adhesión	521
6. Elementos esenciales del contrato.....	521
A. Licencia de uso de derechos de propiedad industrial	521
B. El know how. Savoir-faire o saber-hacer	522

C. Remuneración a cargo del franquiciado	523
7. Obligaciones de las partes	524
A. Obligaciones del franquiciante.....	524
B. Obligaciones del franquiciado.....	525
8. Diversas formas de franquicia	526
A. Franquicia de servicio.....	526
B. Franquicia de producción o industrial.....	526
C. Franquicia de distribución.....	527
D. Master Franquicias	528
E. Franquicias de Concesión de espacio.....	529
9. Legislación aplicable al contrato de franquicia nacional e internacional	529
10. Terminación del contrato de franquicia	530
11. Efectos de la terminación del contrato.....	530
12. Diferencias con otros contratos (agencia, distribución y licencia)	531
A. Franquicia y agencia	531
B. Franquicia y suministro	531
C. Franquicia y licencia de patente.....	532
Capítulo IV. Contrato de licencia de uso de la marca	533
1. Función económica.....	533
2. Concepto	533
3. Sujetos	534
A. Licenciante o concedente.....	534
B. Licenciatario o concesionario.....	534
4. Características.....	534
A. Bilateral.....	534
B. Solemne	534
C. Oneroso	535
D. Principal	535
E. Nominado	535
F. De ejecución sucesiva	535
G. Colaboración.....	535
H. Autónomo.....	535
I. Exclusividad.....	535
J. Duración.....	535
5. Objeto del contrato	536
6. Obligaciones de las partes	536
A. Del licenciante	536
B. Del licenciatario.....	536
7. Derechos de las partes	536
A. Del licenciante	536
B. Del licenciatario.....	537

8. Cómo se prueba el uso de la marca.....	537
9. Terminación del contrato	537
Capítulo V. Contrato de «Know How».....	539
1. Etimología y reseña histórica.....	539
2. Función económica.....	539
3. Concepto	540
4. Sujetos	541
5. Objeto del contrato	541
6. Características.....	541
A. Principal	541
B. Bilateral y sinalagmático	542
C. Formal.....	542
D. De tracto sucesivo	542
E. Es atípico e innominado	542
F. Es exclusivo	542
G. Conmutativo.....	542
H. Oneroso	542
7. Obligaciones de las partes	542
8. Derechos de las partes	543
9. Causales de terminación.....	543
10. El know how y otros contratos.....	543
Capítulo VI. Contrato de maquila	545
1. Origen de la palabra maquila.....	545
2. Función económica.....	546
3. Concepto	546
4. Sujetos	547
5. Objeto y características.....	547
A. Objeto	547
B. Características.....	547
6. Obligaciones de las partes	548
A. Del maquilante o productor	548
B. Del maquilador, procesador o industrial.....	548
7. Conclusión	549
Capítulo VII. Contrato de «Outsourcing».....	551
1. Etimología y reseña histórica.....	551
2. Función económica.....	552
3. Concepto	552
4. Sujetos	552
5. Características.....	552

A. Consensual	552
B. Bilateral	552
C. Oneroso	552
D. Tracto sucesivo	553
E. Autónomo	553
F. Atípica	553
6. Causa del contrato.....	553
7. Objeto del contrato	553
8. Etapas del contrato.....	553
A. Planeación	553
B. Transición	554
C. Ejecución del contrato.....	554
Capítulo VIII. Contrato de Llave en mano.....	555
1. Función económica.....	555
2. Concepto	555
3. Sujetos	556
4. Características.....	556
A. Consensual.....	556
B. Bilateral.....	556
D. Principal	556
F. De ejecución instantánea	557
G. Conmutativo.....	557
5. Elementos esenciales.....	557
A. Pluralidad de prestaciones	557
B. El traslado de los riesgos	557
6. Objeto del contrato	558
7. Obligaciones de las partes	558
A. Contratista.....	558
B. Contratante	558
8. Derechos de las partes	558
9. Causales de terminación.....	558
Capítulo IX. Contrato de colaboración empresarial.....	559
1. Introducción	559
2. «Joint Venture».....	559
A. Etimología	559
B. Reseña histórica.....	560
C. Función económicas	560
D. Concepto	560
E. «Corporations» y otras asociaciones	561
F. Características del contrato	561
G. Elementos esenciales del «Joint Venture»	562

H. Derechos de las partes	563
I. Obligaciones de las partes	564
J. Clases de «Joint Venture»	564
3. Consorcios y uniones temporales	564
A. Consorcio	564
B. Unión temporal	566

PARTE SEXTA

CONTRATOS FINANCIEROS

Capítulo I. Fiducia mercantil	569
1. Etimología y reseña histórica	569
2. Función económica	570
3. Concepto	570
4. Sujetos	570
A. Fideicomitente, constituyente o seltor	570
B. El fiduciario (<i>trustee</i>)	571
C. El beneficiario o fideicomisario (<i>cestui que trust</i>)	571
5. Características	571
A. Consensual	571
B. Solemne	572
C. Plurilateral	572
D. De tracto sucesivo	572
E. Oneroso	572
F. Típico	572
G. Principal	573
H. El fiduciario debe ser un gestor profesional	573
6. Contratos fiduciarios	582
A. Fiducia mercantil	582
B. Encargo fiduciario	582
C. Fiducia pública	582
7. Obligaciones del fiduciario	583
A. Manejo de los bienes	583
B. Hacer un inventario	583
C. La formación del patrimonio autónomo o especial	583
D. Llevar la representación judicial y extrajudicial de los bienes	583
E. Rendir cuentas de su gestión	584
F. Entregar los bienes a quien corresponda	584
8. Obligaciones del fiduciante o fideicomitente	584
A. Pagar la remuneración al fiduciario	584
B. Reembolsar los gastos	584
9. Derechos del fiduciante	584

A. Los que se hubiere reservado.....	584
B. Revocar el fideicomiso.....	585
C. Remoción del fiduciario.....	585
D. Devolución de los bienes.....	585
E. Rendición de cuentas.....	586
10. Derechos del beneficiario.....	586
11. Terminación de la fiducia.....	586
12. Principales productos y negocios fiduciarios.....	587
A. Fideicomiso de inversión.....	588
B. Fiducia de administración.....	589
C. La fiducia inmobiliaria.....	590
D. Fiducia de titularización (Ley 45 de 1990).....	590
E. Fiducia en garantía.....	591
13. La fiducia en garantía y la nueva ley de garantías mobiliarias.....	593
14. Alcance del artículo 1238 del Código de Comercio.....	594
Capítulo II. «Underwriting».....	595
1. Etimología y reseña histórica.....	595
2. Función económica.....	595
3. Concepto.....	596
4. Partes del contrato.....	597
A. Entidad emisora.....	597
B. El suscriptor.....	597
C. El «underwriter».....	597
5. Características.....	598
A. Bilateral.....	598
B. Consensual.....	598
C. Oneroso.....	598
D. Conmutativo.....	598
E. Innominado.....	598
F. De ejecución instantánea o de tracto sucesivo, según la modalidad..	598
6. Modalidades del contrato de «underwriting».....	599
A. El «underwriting» en firme.....	599
B. «Underwriting» con garantía de suscripción.....	600
C. «Underwriting» de mejor esfuerzo.....	600
D. «Underwriting» todo o nada.....	601
Capítulo III. «Factoring».....	603
1. Etimología y reseña histórica.....	603
2. Función económica.....	604
3. Concepto.....	604
4. Sujetos.....	604

5. Características.....	604
A. Bilateral.....	604
B. Consensual.....	605
C. Oneroso.....	605
D. Principal.....	605
E. Atípico.....	605
F. De ejecución sucesiva.....	605
G. De adhesión.....	605
6. Condiciones.....	605
A. «Factoring» con recurso.....	605
B. «Factoring» con notificación.....	606
7. Clases de «factoring».....	606
A. Al vencimiento.....	606
B. A la vista.....	606
C. «Factoring» sin notificación.....	606
D. «Factoring» internacional.....	606
8. Servicios complementarios.....	607
9. Obligaciones del factor.....	607
10. Obligaciones del adherente.....	607
 Capítulo IV. «Leasing» financiero.....	 609
1. Etimología y reseña histórica.....	609
2. Función económica.....	610
3. Concepto.....	611
4. Características.....	611
A. Consensual.....	611
B. Bilateral.....	611
C. Principal.....	612
D. Oneroso.....	612
E. Es conmutativo.....	612
F. De tracto sucesivo.....	612
G. De adhesión.....	612
5. Sujetos.....	612
6. Obligaciones de las partes.....	612
A. Obligaciones de la compañía de «leasing».....	612
B. Obligaciones del arrendatario, locatario o usuario.....	613
7. Opción de compra.....	614
8. Terminación del contrato.....	616
9. Clases de «leasing».....	617
10. Convención uniforme sobre «leasing» internacional Unidroit.....	619
11. Convención de Ottawa.....	620
A. Definición.....	620

B. Regulación de los contratos	621
C. Normas de orden público internacional	621
D. Cláusulas dispositivas más frecuentes en los contratos de «leasing»	622
12. Cobertura de los riesgos asociados al «leasing» internacional y agencias internacionales	624
A. Descripción de los riesgos	624
B. Pérdidas derivadas de expropiación o medidas similares	625
C. Guerra, revolución y desórdenes civiles	625
D. Daños resultantes del incumplimiento de contratos	625
E. Entidades aseguradoras	625
13. Modalidades del contrato de «leasing» internacional	626
A. Operación directa y pura	626
B. «Leasing» internacional y «subleasing»	627
C. Representación en el «leasing» internacional	627
D. Comunidad o copropiedad con una sociedad extranjera de «leasing» extranjero	628

PARTE SÉPTIMA

CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y CONTRATOS DE CONSUMO

Capítulo I. Contratos celebrados por medios electrónicos	629
1. El comercio electrónico: facilitador de las relaciones contractuales	630
2. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos	631
3. Equivalencia funcional entre mensaje de datos y escrito	632
4. Sustitución de la firma por métodos que permiten identificar quién genera o emite un mensaje de datos (firma electrónica)	633
A. Métodos de firma electrónica	634
5. Firma digital y firma manuscrita, respaldo de la firma digital por medio de certificados digitales	635
A. Características	635
B. ¿Cómo opera el certificado digital?	637
6. Atribución de autoría de los mensajes de datos y admisión de su contenido	638
A. Atribución de los mensajes de datos (art. 16)	639
B. Presunción del origen de un mensaje de datos (art. 17)	639
C. Concordancia entre el mensaje de datos enviado y el mensaje de datos recibido (art. 18)	639
D. Acuse de recibo (Ley 527 de 1999, art. 20)	640
E. Atributos jurídicos de una firma digital (art. 28)	640
7. Documento original cuando se utilizan mensajes de datos	640
8. Valor probatorio de los mensajes de datos	642
9. Consecuencias jurídicas de los mensajes de datos	644

10. Tiempo y lugar del envío y recepción de los mensajes de datos.....	644
A. Tiempo de envío y recepción de los mensajes de datos.....	644
B. Lugar de envío y recepción de los mensajes de datos	645
11. La oferta y la aceptación en los contratos celebrados por medios electrónicos	646
A. La oferta.....	648
B. Aceptación	649

Capítulo II. Contrato de consumo y protección del consumidor

o usuario	651
1. Etimología y reseña histórica.....	651
2. Función económica.....	652
3. Glosario	653
4. Principios generales	654
5. Concepto	656
6. Sujetos	657
A. Productor, comercializador, proveedor o industrial	657
B. Consumidor o usuario	657
7. Características.....	658
8. Objeto y Finalidad.....	659
9. Obligaciones de las partes	659
A. Consumidor o usuario	659
B. Productor, comercializador, proveedor o industrial.....	660
10. Derechos de las partes	661
A. Consumidor o usuario	661
B. Productor, comercializador, proveedor o industrial.....	662
11. Mecanismos de garantía y procedimientos	662
A. Acciones jurisdiccionales: art. 56 Ley 1480 del 2011.....	663
B. Recursos Administrativos:	664
C. Las sanciones establecidas.....	665
D. Términos de Caducidad.....	666
12. Contrato internacional de consumo	667
A. Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor.....	667
B. Contrato Internacional de Consumo	670

PARTE OCTAVA

DE LAS GARANTÍAS REALES EN LOS CONTRATOS EMPRESARIALES

Capítulo I. Hipoteca mercantil	673
1. Función económica	673
2. Concepto	674

3. Características.....	675
4. Sujetos	677
A. Acreedor Hipotecario.....	677
B. Derechos del acreedor hipotecario	677
C. Deudor hipotecario.....	681
D. Derechos del deudor hipotecario.....	681
E. Derechos de terceros.....	682
5. Requisitos para la validez del contrato.....	683
A. Capacidad.....	683
B. Consentimiento.....	684
C. Objeto	684
D. Validez de los requisitos de ley.....	685
6. Modalidades de hipotecas	685
A. Celebradas en el extranjero.....	685
B. Sujetas a condición o plazo	685
C. Previa o ulterior	686
D. De cuantía limitada o Hipoteca cerrada	686
E. De cuantía Indeterminada o Hipoteca abierta	686
F. Bienes futuros	687

Capítulo II. Garantías mobiliarias

1. Características.....	689
-------------------------	-----

Capítulo III. Prenda mercantil

1. Función económica.....	691
2. Concepto	691
A. Principios	692
3. Modalidades de prenda mercantil	692
A. Prenda con tenencia	693
B. Prenda sin tenencia.....	693
4. Características.....	693
A. Es consensual.....	693
B. Es solemne.....	693
C. Es nominado	695
D. Es accesorio	695
5. Sujetos	695
A. Acreedor prendario	695
B. Derechos del acreedor prendario.....	695
C. Deudor prendario	696
D. Derechos del deudor prendario	696
E. Derechos de terceros.....	696
6. Requisitos de validez del contrato.....	697

A. Capacidad	697
B. Objeto	697
C. Consentimiento	697
7. Formalidades de las garantías mobiliarias	698
8. Prescripción de la prenda	698
Capítulo IV. Anticresis	699
1. Función económica	699
2. Concepto	700
3. Sujetos del contrato	701
A. El acreedor anticrético	701
B. El deudor anticrético	701
4. Características	701
A. Es real	701
B. Es bilateral	701
C. Es accesorio	702
D. Es nominado	702
E. Es de tracto sucesivo	703
5. Obligaciones de las partes	703
A. Obligaciones del acreedor anticrético	703
B. Obligaciones del deudor anticrético	703
6. Derechos de las partes	704
A. Derechos del acreedor anticrético	704
B. Derechos del deudor anticrético	704
7. Restricciones de las partes	705
A. Restricciones del acreedor anticrético	705
B. Restricciones del deudor anticrético	705
8. Otros actos de las partes	705
Capítulo V. Derecho de retención	707
1. Aplicación del derecho de retención	707
Capítulo VI. Depósito en garantía	709
1. Función económica	709
2. Concepto	709
3. Sujetos	710
4. Ventajas y desventajas del depósito dinerario en garantía	710
Capítulo VII. Arras	711
1. Características	711

PARTE NOVENA**DE LAS GARANTÍAS PERSONALES EN LOS CONTRATOS EMPRESARIALES**

Capítulo I. Fianza mercantil	713
1. Función económica	713
2. Concepto	713
3. Sujetos	714
4. Fianza solidaria	714
5. Confianza	714
Capítulo II. Codeudor o deudor solidario	715
Capítulo III. Aval	717
1. Etimología	718
2. Origen del aval	718
3. Función económica	718
4. Naturaleza jurídica	719
5. Concepto	721
6. Sujetos	725
A. El avalista	725
B. El avalado	726
7. Características	727
A. Debe constar por escrito	727
B. El nacimiento del aval se subordina a la existencia previa de una obligación cambiaria	727
C. El avalista contrae obligación principal y autónoma	727
8. Formalidades	730
9. En qué lugar debe incorporarse el aval	730
10. Forma en la que se debe expresar el aval	732
11. La firma del avalista	733
12. Inobservancia de las formalidades del aval	733
13. Excepciones del avalista frente al tenedor	733
14. Cuando se extingue la obligación del avalista	734
15. La firma por acomodamiento	734
16. El aval y la fianza	736
17. El aval y el endoso	737
18. El avalista en los títulos valores	738
Capítulo IV. Títulos Valores en blanco	741
1. Concepto	742
A. La firma	742
B. El título con espacios en blanco o absolutamente en blanco	743
C. Las instrucciones o autorizaciones	746

2. Aspectos relacionados con los títulos en blanco.....	748
A. Quién puede llenar los espacios en blanco o el título absolutamente en blanco	748
B. Quién otorga las instrucciones.....	749
C. En qué término se debe completar el título.....	749
D. ¿Se requiere carta de instrucciones?	751
E. A quién corresponde la carga de la prueba.....	753
3. Transferencia de los títulos en blanco.....	755
4. Los títulos en blanco o con espacios en blanco en el título valor electrónico.....	755
Capítulo V. Cláusula penal	759
1. Consideraciones generales.....	759
Capítulo VI. Cartas de <i>stand by</i>	761
1. Función económica	761
2. Concepto	762
3. Sujetos	763
A. El emisor.....	763
B. El ordenante.....	763
C. El beneficiario	763
4. Características	764
5. Modalidades de la carta de <i>stand by</i>	764
Capítulo VII. Pólizas de cumplimiento.....	765
1. Función económica.....	765
2. Sujetos intervinientes.....	765
3. Modalidades	766
A. Pólizas de cumplimiento a favor de particulares.....	766
B. Pólizas de Cumplimiento a favor de entidades estatales	766
Bibliografía	767
Índice temático.....	779

PARTE PRIMERA

TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS EMPRESARIALES

Capítulo I



Obligaciones

1. Conceptos preliminares

A. Derecho objetivo, definición

Según la concepción dualista, el derecho se divide en objetivo y subjetivo. El primero refiere al conjunto de normas que se encargan de regular la conducta de los individuos, definiéndoles lo que es correcto e incorrecto dentro de la sociedad y atribuyéndoles determinados derechos. Por su parte, el derecho subjetivo es aquella potestad de que gozan sus titulares, para ejercer y hacer valer dichos derechos frente a otros sujetos.

Nos referimos al derecho objetivo en particular, por cuanto comprende el derecho positivo y este, a su vez, las normas de carácter privado y público. Las normas de carácter privado las estudiaremos con mayor detenimiento pues constituyen el eje central de la regulación de los contratos mercantiles.

B. Normas jurídicas

Son aquellas que emanan de una autoridad competente y legalmente autorizada, y que por lo general tienen como finalidad imponer obligaciones y otorgar derechos; su incumplimiento conllevará a la aplicación de una sanción. Por tanto, dichas normas no solo se encargarán de regular la conducta o el comportamiento de los individuos sino que además ejercerán coerción sobre ellos para que actúen conforme a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico.

C. Derecho privado

Las normas jurídicas de derecho privado se encargan de reglamentar las relaciones y negocios jurídicos que surgen entre particulares, o entre estos y el Estado, cuando este actúe sin ejercer su poder público o *imperium*. Por ejemplo, las sociedades de economía mixta, se rigen por normas de carácter privado.

Encontramos en este grupo las normas de carácter civil y comercial.

Civil, son los principios y normas encargados de regular las relaciones jurídicas de carácter personal o patrimonial que surjan entre personas naturales o jurídicas, no comerciantes y que no se refieren a relaciones mercantiles.

Comercial, son el conjunto de principios y normas destinadas a reglamentar la actividad de los comerciantes y los actos y negocios mercantiles.

D. Derecho público

Son normas del ordenamiento jurídico que reglamentan las relaciones o negocios jurídicos entre los particulares con el Estado, cuando este obre o ejerza su poder público o *imperium*, ya sea el judicial, el ejecutivo o el legislativo.

2. Aplicación subsidiaria de las normas del Código Civil al Código de Comercio

Ya vimos que las normas de carácter civil y comercial tienen un origen común, que deriva del derecho privado; aunque este sea distinto, ambos poseen elementos comunes que permiten que la legislación civil, con sus principios generales, sea aplicada a situaciones propias del derecho comercial, por remisión expresa del C. de Co. o analógicamente a situaciones que carecen de regulación comercial. Así lo preceptúa el art. 822 del C. de Co. cuando hace una remisión expresa al derecho civil en caso de existir una laguna jurídica, al indicar que «los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

3. Concepto de obligación

Etimológicamente la palabra obligación se compone de dos términos, *ligado*, que significa «acción de ligar», «de atar», y *ob*, partícula que significa «en vista de», «en torno de», «en torno a», es decir, que obligación significa atar una persona a otra.

En las *Institutas* de JUSTINIANO, encontramos la definición clásica de obligación: «*obligado est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae*

rei secundum nostrae civitates iura» (es un lazo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad) (Justiniano, SF).

El término obligación, por su derivación etimológica da la idea de un vínculo que limita la actividad humana y la dirige en un sentido determinado. Para el derecho, el término obligación indica una categoría particular, por la cual un sujeto se encuentra jurídicamente obligado a un determinado comportamiento. Esa persona obligada se denomina comúnmente «deudor» y la persona en cuyo favor se obliga aquella se denomina «acreedor».

La legislación colombiana define obligación o derecho personal, al decir que «Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las *acciones personales*» (C. C., art. 666). De igual forma «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa» (C. C., art. 1495).

La doctrina ha dado algunos conceptos. El doctor URIBE HOLGUÍN la considera «El vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o unas de ellas (parte deudora), han de dar, hacer o no hacer algo (objeto de la obligación) en favor de la otra u otras (parte acreedora)» (URIBE, 1982).

El doctor OSPINA FERNÁNDEZ la define como «un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra» (OSPINA, 1978).

La obligación o derecho personal es un vínculo jurídico que nace entre una persona que se llama acreedor y que la faculta para exigir de otra, llamada deudor, una prestación de dar, hacer o no hacer una cosa. Quien exige es el acreedor y la obligación dentro de este contexto es el crédito y quien debe realizar la prestación es el deudor y la obligación mirada dentro de este ángulo se llama deuda.

4. Elementos

A. El elemento jurídico o vínculo jurídico

Es la causa determinante de que la parte deudora tenga que dar, hacer o no hacer lo prometido y, además, la causa justificativa del pago. Es decir, será una relación de carácter inmaterial, jurídica e intersubjetiva que une al sujeto pasivo con el activo y que fundamenta el derecho del acreedor de obtener una prestación, incluso de forma coactiva del deudor, quien tiene el deber de cumplirla; por ejemplo, hasta tanto el deudor no cumpla con lo debido no podrá desligarse

voluntariamente de dicho vínculo; tampoco el acreedor hasta cuando reciba a satisfacción la prestación.

B. El elemento subjetivo

Se desarrolla entre dos o más personas determinadas, los sujetos de la obligación, que están ligados por el vínculo jurídico. Toda obligación requiere, por lo menos, un sujeto activo (*acreedor*) y un sujeto pasivo (*deudor*). Es condición fundamental que los sujetos sean determinados o determinables.

Algunas veces una de las partes inicialmente no está determinada, como en los títulos al portador, donde el deudor es persona cierta y determinada, e indeterminado el acreedor, representado por el tenedor legítimo del instrumento.

C. El elemento objetivo (dar, hacer o no hacer algo)

Son las tres formas de actividad humana que constituyen lo que se ha denominado el objeto de la obligación.

a) La obligación de dar («daré»)

Consiste generalmente en hacer tradición o traslado del derecho de propiedad que una persona ejerce sobre una cosa. En nuestro derecho existe un referente normativo, que expresa: «La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir» (C. C., art. 1605).

Esto implica que la obligación de dar incorpora, en principio, el derecho de custodiar y entregar el objeto, con el ánimo de transmitir total o parcialmente el derecho real. No obstante, la prestación de dar puede involucrar la entrega de una cosa mueble con el fin de constituir sobre ella derechos reales, con tenencia en materia mercantil (C. C., art. 2409 y C. de Co., art. 1205); o puede consistir en la entrega de la cosa pactada con derecho al uso sin el ánimo de mutar el derecho real, como lo sería la celebración de un contrato de comodato.

Puede ser de cuatro clases:

1. *De dar cosas ciertas*: en este caso, los objetos pactados dentro de la obligación están determinados en cuanto a su naturaleza y cantidad (C. C., art. 1518). Por ejemplo, cuando doy la materia prima para la elaboración del producto. Otra obligación de dar la encontramos en el parágrafo del art. 922 del C. de Co. que expresa que la tradición del dominio de los vehículos no solo se perfecciona con su entrega material sino, además, con la inscripción del título ante el funcionario del lugar donde se encuentra matriculado el vehículo.

2. *De dar cosas inciertas*, esto es, que puede haber un contrato sobre una cosa futura que no existe pero se espera que exista. En este caso es necesario distinguir entre *emptio spei*, compra de una esperanza, que hace que el negocio aleatorio sea perfectamente concluido, de la *emptio rei speratae*, compra de una cosa esperada, es decir, sujeta a condición suspensiva, que consiste en que el bien efectivamente llegue a existir. Así tenemos, para el primer caso, la compra de una cosecha que se perfecciona al momento de convenir el precio y la cosa y, para el segundo caso, la compra de un apartamento sobre planos, perfeccionándose la venta cuando esté construido el inmueble.
3. *De dar sumas de dinero*. Así tenemos que en las sociedades de responsabilidad limitada el capital se ha de pagar íntegramente al momento de constituirse, como al solemnizarse cualquier aumento del mismo (C. de Co. art. 354).
4. *De dar cantidades de cosas*. Ejemplo: se entregan cien vehículos en consignación (géneros).

b) La obligación de hacer («facere»)

Tiene por objeto la ejecución de un hecho distinto a la tradición de un derecho real sobre una cosa.

Son obligaciones de hacer, la de ejecutar un hecho que no consista en entrega de cosa material, como construir un edificio, otorgar un pagaré, suscribir una escritura pública, etc.

También la de entregar (*prestare*) o restituir (*restituere*) cosa a título precario, como las que contraen respectivamente arrendador y arrendatario en el contrato de arrendamiento. Otro ejemplo de este tipo de obligación lo encontramos en el art. 989 del C. de Co. que expresa: «El transportador estará obligado a conducir las personas o las cosas cuyo transporte se le solicita, siempre que lo permitan los medios ordinarios de que disponga y que se cumplan las condiciones normales y de régimen interno de la empresa».

En el contrato de mandato uno de los deberes del mandatario es informarle al mandante de la marcha del negocio, rindiéndole cuenta detallada y justificada de la gestión, así como entregarle lo que hubiere recibido por causa del mandato, dentro de los tres días siguientes a la terminación del mismo (C. de Co., art. 1268).

Frente al incumplimiento, basta que el deudor negligente, retrase culposa o dolosamente o incumpla total o parcialmente la obligación pactada, para pedir la indemnización de perjuicios que por su tardanza se hayan ocasionado, sin perjuicio de lo indicado en el art. 1610 del C. C.:

- «1. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.
2. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

3. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato».

Si la imposibilidad es absoluta, causará la extinción de la obligación, por hacerse imposible.

c) La obligación de no hacer («non facere»)

Consiste en abstenerse de realizar un determinado hecho; por ejemplo, estipular en los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada que ninguno de los socios podrá ser socio en otra sociedad que tenga el mismo objeto social. Otro ejemplo sería el relacionado con la confidencialidad, según la cual ninguno de los contratantes podrá divulgar la información que se le hubiere entregado.

En las obligaciones en las que la conducta es de ejecutar o abstenerse de realizar un hecho, el objeto debe reunir las siguientes características:

- a. Posibilidad física, es decir, que no sea contrario a las leyes naturales, porque nadie está obligado a lo imposible.
- b. Posibilidad moral, es decir, que no se encuentre prohibido por la ley o que no sea contrario a las buenas costumbres o al orden público. Cuando el objeto es ilícito la obligación es nula absolutamente.

Ilustremos esta clase de prestación con algunos asuntos relacionados con la empresa:

El C. de Co. faculta a las cámaras de comercio para que se abstengan de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito (art. 35). El art. 607 prohíbe el empleo de nombres comerciales o marcas o de servicios ya usados, para el mismo ramo de negocios. Aquí implícitamente se obliga al comerciante a no utilizar en sus negocios el nombre de otro comerciante ya inscrito.

Veamos someramente el contenido de la Ley 256 de 1996, que se ocupa de actos y conductas que constituyen competencia desleal, que así no estén dentro del marco de las obligaciones de no hacer, sin embargo, es importante que el empresario las conozca para evitar que su conducta o acción sea sancionada por la ley. Estas prohibiciones consisten en:

Adelantar conductas que tengan por objeto o efecto la desviación de la clientela de la actividad (art. 8°); en conductas que tengan por objeto desorganizar internamente la empresa (art. 9); que tengan por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos (art. 10); que tengan por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o

falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la actitud en el empleo o la cantidad de los productos (art. 11). También se prohíbe utilizar o difundir aseveraciones incorrectas o falsas y, en fin realizar prácticas que tengan por objeto o como efecto desacreditar la actividad, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero (art. 12). También se prohíbe, y por consiguiente se considera desleal, la actividad pública, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice aseveraciones falsas o verdaderas (art. 13), o ejecutar actos que generen confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o que comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena (art. 14), o el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase», «género», «manera», «imitaciones» y «similares» (art. 15). También se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva (art. 16). También se prohíbe inducir a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído contra los competidores (art. 17).

5. Fuentes de las obligaciones

En el Diccionario de la Real Academia Española, la octava aceptación de la palabra «fuente» es «Principio, fundamento u origen de algo». De manera que se puede definir como fuente de las obligaciones aquellas circunstancias reconocidas por la ley o la jurisprudencia que originan prestaciones de dar, hacer o no hacer entre un sujeto pasivo denominado deudor con otro sujeto activo, denominado acreedor.

En nuestro ordenamiento jurídico, las fuentes de las obligaciones son, en primer término, el acto jurídico que puede ser unipersonal o contractual, el hecho jurídico que se puede explicar a partir del hecho ilícito bien sea doloso o culposo, el enriquecimiento sin causa y finalmente, el abuso del derecho (C. C., art. 1492).

A. Acto jurídico

El acto o negocio jurídico se caracteriza por ser la manifestación externa de la voluntad, encaminada a producir efectos jurídicos.

Los actos jurídicos son unilaterales cuando basta la voluntad de una sola persona para producir efectos. Ejemplo: la oferta, la aceptación. Este tipo de acto es

fuente de derechos en favor de terceros, y de obligaciones correlativas a cargo de quien los ejecuta. Así pues, la persona que formula y comunica una oferta está obligada a abstenerse de revocarla, so pena de indemnizar los perjuicios que con su actuación se puedan causar al destinatario (C. de Co., art. 845).

Los actos jurídicos son contractuales si requieren el concurso de voluntades, de dos o más personas, encaminadas a la creación de obligaciones.

B. Hecho jurídico

Es todo acontecer de la naturaleza o del hombre que produce efectos jurídicos. Un sector de la doctrina los clasifica en:

1. Naturales: que se trata de hechos no voluntarios, es decir, que no interviene la voluntad del hombre (lluvia, terremotos, etc.).
2. Humanos: que consiste en un hecho del hombre (actos, contratos) pero estos hechos pueden ser voluntarios, si son realizados con conocimiento y voluntad, o involuntarios si no se ejecutan con los elementos antes indicados, mediante violencia o dolo.

Estoy de acuerdo con el sector de la doctrina que considera que el hecho jurídico no es fuente autónoma de las obligaciones, ya que para que se aplique la norma se requiere de un presupuesto, es decir, una condición para su aplicabilidad.

6. Los principios generales del derecho contractual

Concepto de principio

En el contexto jurídico la denominación principio, constituye en la fuente de valoración, contenido axiológico o final para la interpretación y análisis de las situaciones particulares, frente a las cuales existe una ausencia directa de reglas para ser comprendida la relación contractual y obligacional de las personas en un negocio jurídico, por ello, este sustantivo es fuente vinculante de nuestro sistema normativo (Constitución Política, art. 230)¹ que enlaza a todo el ordenamiento público y privado.

Los arts. 4, 5 y 8 de la Ley 153 de 1887 se refieren a modelos de aplicación e interpretación de los principios para la organización y decisión de casos particulares a los cuales se enfrenta el sistema jurídico al expresar: «cuando no haya una ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes

1 art. 230 (Constitución Política). Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Contratos empresariales

Nacionales e Internacionales

Un negocio sin contrato no existe pues este le da vida a la actividad u objeto social del comerciante o productor. También es el eje de un negocio porque establece el objeto, los derechos y obligaciones de las partes, el término para realizarlo y el precio, por ello es una herramienta vital en el desarrollo y crecimiento de la empresa como generadora de riqueza y fuente de empleo.

Esta nueva edición del libro *De los contratos mercantiles* ha sido retitulada para dar cuenta del rol fundamental de los contratos en la actividad empresarial. Para ello el autor describe la teoría general de las obligaciones y los contratos empresariales, los principios del derecho contractual, la contratación mercantil internacional y los precontratos, y provee una útil clasificación de los contratos en típicos, atípicos, intermediación y financieros. Se incluye un nuevo capítulo sobre las garantías empresariales.

Abogados y empresarios encontrarán aquí una guía esencial para entrar al campo de los contratos y a su aplicación en cualquier actividad empresarial de comercio, producción o asesoría. También es útil para estudiantes de pregrado y posgrado de carreras relacionadas con negocios como Derecho, Administración de Empresas, Comercio y Economía.

Colección: Derecho

Área: Derecho

Incluye

- ▶ Contratos típicos: compraventa nacional e internacional, transporte, cuentas en participación, obra y consignación o estimatorio.
- ▶ Contratos de intermediación: mandato, agencia comercial, comisión y corretaje.
- ▶ Contratos atípicos: distribución, concesión, franquicia, maquila, *outsourcing*, llave en mano y colaboración empresarial.
- ▶ Contratos financieros: fiducia y *leasing* financiero.
- ▶ Las garantías en los contratos empresariales (reales y personales).

Lisandro Peña Nossa.

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y MBA de la Universidad Externado de Colombia. Consultor en derecho comercial y civil, y experto en arbitraje nacional e internacional. Es profesor de cátedra, conferencista y tallerista en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Profesor Emérito), la Universidad de los Andes (Mención Especial) y la Universidad Externado de Colombia, entre otras. Autor de los libros *De las sociedades comerciales* (2017) y *De los títulos valores* (2016), *Cómo ser empresario y no fracasar en el intento*, Intermedio Editores S.A.S (2015).

ECOE
EDICIONES



Universidad del
Rosario

Colegio de
Abogados Rosaristas



e-ISBN 978-958-771-455-5