

DICIEMBRE DE 2020. NO. 1600

# BOLETÍN COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

Número especial sobre el  
proyecto de Código Civil  
propuesto por la Universidad  
Nacional de Colombia

CAC



COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS

cjc

CÍRCULO DE JÓVENES  
COMERCIALISTAS



Número especial sobre el  
proyecto de Código Civil  
propuesto por la Universidad  
Nacional de Colombia

---

**AUTORES**

Alejandro Luis Delgado Torres  
Luisa Jiménez Mahecha  
Édgar Iván León Robayo  
Yira López Castro  
César Augusto Rodríguez Martínez  
Jorge Oviedo Albán

## **JUNTA DIRECTIVA**

### **PRESIDENTE**

Jorge Oviedo Albán

### **VICEPRESIDENTA**

Yira López Castro

### **VOCALES PRINCIPALES**

Gustavo Cuberos Gómez

Hernando Parra Nieto

José Alberto Gaitán Martínez

Ernesto Rengifo García

### **VOCALES SUPLENTE**

Arturo Sanabria Gómez

Sebastián Salazar Castillo

Tulio Cárdenas Giraldo

Lisandro Peña Nossa

### **REPRESENTANTES DE EXPRESIDENTES**

#### **PRINCIPAL**

Jaime Tobar Ordoñez

#### **SUPLENTE**

Carlos Humberto Jaimes Yañez

### **COMISARIO DE CUENTAS**

Luz Helena Mejía

#### **SUPLENTE**

Fanny Patricia Lozano Cañizales

### **SECRETARIO GENERAL Y TESORERO**

Alejandro Páez Medina

Colegio de Abogados Comercialistas

ISSN: 2339 - 3351

Bogotá - Colombia.

**Editores:** Jorge Oviedo Albán y Yira López Castro

## Índice

### **El concepto “obligación” y su incorrecta equiparación con el de “cualquier otro de los deberes que se derivan de la relación obligatoria” en la propuesta de Código Civil**

*Jorge Oviedo Albán*

Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de La Sabana. Presidente del Colegio de Abogados Comercialistas.

### **Apuntes sobre la Simulación en el Proyecto de Código Civil**

*Alejandro Luis Delgado Torres*

Asistente Administrativo del Colegio de Abogados Comercialistas

### **El régimen de cartas de crédito y garantías personales en el proyecto de Código**

*César Augusto Rodríguez Martínez*

Abogado asesor, litigante y profesor en la materia.

### **El contrato de franquicia en el proyecto de Código Civil**

*Édgar Iván León Robayo*

Director de la Especialización en Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda. Exvicepresidete del Colegio de Abogados Comercialistas

*Yira López Castro*

Directora de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Vicepresidenta del Colegio de Abogados Comercialistas

### **Necesidad y tecnicismo del “Proyecto de Reforma del Código Civil de Colombia y su Unificación en Obligaciones y Contratos con el Código de Comercio” de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia – Énfasis en el Título XXIV “Contratos asociativos”**

*Luisa Jiménez Mahecha*

Abogada de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado y Abogada asociada en GodoyHoyos - GOH.



## EDITORIAL

En esta oportunidad, el último boletín del año 2020 del Colegio de Abogados Comercialistas se dedica al análisis de algunos asuntos propuestos en el “proyecto de Código Civil de Colombia: reforma del Código Civil y su unificación en obligaciones y contratos con el Código de Comercio” presentado por la Universidad Nacional de Colombia.

Los comentarios, realizados a título personal por nuestros colegiados, se refieren a distintos temas como: el concepto de obligación; el régimen de cartas de crédito y garantías personales; los contratos asociativos; el contrato de franquicia y el régimen de simulación en el proyecto de Código Civil. Así, con este boletín, el Colegio de Abogados Comercialistas contribuye a las discusiones nacionales que ha suscitado la propuesta de Código Civil.

A los colegiados, que entusiastas atendieron la invitación de enviar sus escritos y que emprendieron la tarea de analizar en un breve lapso la propuesta de la Universidad Nacional de Colombia, les agradecemos su enorme compromiso con la construcción de las reflexiones sobre el desarrollo del derecho privado en nuestro país.

Jorge Oviedo Albán  
**Presidente**

Yira López Castro  
**Vicepresidenta**

## **El concepto “obligación” y su incorrecta equiparación con el de “cualquier otro de los deberes que se derivan de la relación obligatoria” en la propuesta de Código Civil**

**Por: Jorge Oviedo Albán**

Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de La Sabana. Presidente del Colegio de Abogados Comercialistas

La propuesta de Código Civil que ha elaborado un grupo de profesores de la Universidad Nacional ha generado inquietudes tanto en el sector académico, como entre abogados y también entre los gremios empresariales. Fuera de las evidentes debilidades a nivel de redacción y técnica legislativa, el proyecto genera inquietudes por el rompimiento innecesario y no justificado con instituciones consolidadas, además de no contar con una metodología clara que haya llevado a su preparación.

Diversos sectores de la doctrina han identificado tanto en foros académico, como en artículos y notas de opinión, los múltiples defectos presentes en la propuesta de Código. Este comentario no pretende volver sobre ellos sino tan sólo centrarse en uno que resulta nuclear en el régimen de obligaciones, el cual sin duda constituye uno de los pilares sobre los que se construye el derecho en general. Tal aspecto, como lo sugiere el título de este ensayo, es el concepto mismo de “obligación” y la incorrecta equiparación que se hace en la propuesta con “cualquier otro de los deberes que se derivan de la relación obligatoria pertinente”, como se observa en el proyectado artículo 565.

El concepto de obligación, tradicionalmente ha sido asumido como el vínculo entre el deudor y el acreedor, según el cual el primero debe realizar una conducta o prestación de dar, hacer o no hacer, a favor del segundo. En ella, el objeto está constituido por el deber de prestación que consiste en un acto positivo o negativo que incluye el entregar un bien, atribuir o transferir un derecho real, desplegar una conducta a favor del acreedor o abstenerse de hacerlo, que es la manera como generalmente lo entiende la doctrina contemporánea. De la obligación surgen los conceptos crédito, que comprende

el poder del acreedor, aunque cabe agregar que dicho vínculo también incluye cargas y deberes a cargo de éste y deuda, entendida como prestación, es decir: comportamiento o conducta que el deudor debe desplegar a favor del primero[1].

En este orden, el cumplimiento de la obligación es entendido como la ejecución de la prestación debida, conforme a lo que las partes hubieran pactado (si se tratare de una obligación de origen contractual), o bien la ley o el juez lo estableciere[2]. A su turno el incumplimiento y las correlativas acciones de las que dispone el acreedor corresponde a la situación en la que el deudor inobserva o inejecuta la conducta o prestación que debe desplegar a favor del primero, o la retarda o cumple imperfectamente. Por lo que al contrario, no significará incumplimiento y por ende tampoco cabrán las acciones respectivas, cuando alguna de las partes deja de ejecutar cualquier otro deber, carga o acaece alguna otra vicisitud[3].

El concepto de relación obligatoria, al que se refiere Díez – Picazo como la entera relación jurídica entre las partes surgida entre ellas para cumplir finalidades de contenido económico y dar satisfacción a los intereses de las mismas, es preferible al tradicional de “obligación”, visto simplemente como el vínculo entre crédito y deuda (o prestación), o “situación bipolar”, como la llama el autor, para entender la relación compleja surgida entre las partes de un contrato como por ejemplo el de venta[4]. A partir de ello, además del contenido prestacional derivado del contrato es posible afirmar que su perfección está signada por una

---

[1] Díez – Picazo, Luis, “El contenido de la relación obligatoria”, en Anuario de Derecho Civil, t. XVII, f. 2, (1964), págs. 352 y 361. Díez – Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias, 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 64 y 113. En esta perspectiva, el acreedor tiene un derecho subjetivo cuyo objeto consiste en la obtención de la prestación debida por el deudor. Díez – Picazo, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias, cit., pág. 116.

[2] En el artículo 1626 C.C. col., el pago está definido como la prestación de lo que se debe.

[3] Sigo en este punto el planteamiento de Díez –Picazo, cuando al analizar el concepto de incumplimiento, afirma que éste corresponde a la infracción del deber principal de prestación, más no a la omisión de deberes accesorios, los que poseen unas consecuencias y régimen jurídico diferentes. Díez – Picazo, “El contenido de la relación obligatoria”, cit., pág. 364.

[4] Díez – Picazo, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias, cit., págs. 63 a 75 y 111.



finalidad que las partes de la relación jurídica objeto del mismo buscan satisfacer, que es lo que se suele denominar “función económico – social del contrato”. Así, la relación jurídica establecida entre las partes resulta compuesta por una complejidad de elementos que atienden todos a la satisfacción del interés perseguido por los contratantes.

En esta perspectiva, el contrato es más que un acuerdo generador de obligaciones, entendidas éstas como el vínculo en virtud del cual el deudor se compromete a realizar una prestación que puede consistir en una conducta de dar, hacer o no hacer para con el acreedor y que generan para él la posibilidad de reclamar al primero su cumplimiento, sino que en la medida en que el contrato es un medio de satisfacción de intereses o necesidades, que en definitiva es lo que se busca con la relación jurídica que se crea, modifica o extingue, para el deudor también se impone la necesidad de responder en caso de defectos de calidad o cantidad que priven al acreedor de tal satisfacción, mediante garantías[5]. Adicionalmente, el contrato es generador de cargas, que constituyen conductas que el interesado en alcanzar determinada finalidad debe observar para satisfacer su interés, pero que a diferencia de la obligación, no genera incumplimiento y como tal no puede ser constreñido por la otra parte a observarlas[6].

---

[5] Ya Díez – Picazo ha precisado que la relación obligatoria es la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económica o social en torno a un interés jurídicamente protegido de la cual surgen además de crédito y deuda, cargas y deberes por lo cual el vínculo jurídico no es más que uno de los elementos de la misma. Díez – Picazo, “El contenido de la relación obligatoria”, cit., págs. 349 a 351. El autor también ha señalado que mientras la obligación es la correlación entre un derecho de crédito y un deber de prestación, la relación obligatoria es la total relación jurídica compleja que une a tales sujetos. Díez – Picazo, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias, cit., pág. 152.

[6] Cabanillas Sánchez, Antonio, Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil, Madrid, Editorial Montecorvo, 1988, pág. 34. Díez – Picazo, “El contenido de la relación obligatoria”, cit., pág. 358.

Así entonces, la relación obligatoria no es lo mismo que la obligación. Ésta, es sinónimo de prestación, entendida como deber de conducta, que puede ser exigido por la otra parte, mientras la relación jurídica obligatoria comprende el deber de prestación, pero también otras situaciones que atan al acreedor con el deudor, como son las cargas, entendidas como deberes de conducta que deben desplegarse para la satisfacción de intereses o la utilización de derechos subjetivos o atributos consagrados en la ley, pero que a diferencia de las primeras, no permiten que quien las debe observar, deba ser constreñido a ellas y su inobservancia, técnicamente no implicaría incumplimiento y por ende no darían lugar a las acciones contra quien no las observe, pero, el no hacerlo acarrearía consecuencias negativas para el titular de un derecho en la medida en que no puede satisfacerlo.

Con esto basta para demostrar el error de concepto y la equivocada asimilación conceptual en que incurre el artículo 565 de la propuesta de Código Civil. La propuesta debiera empezar, como lo sugerí en la introducción, no solamente con la identificación de los problemas que se quieran resolver, sino también con una adecuada claridad conceptual, para de esta manera evitar problemas interpretativos en la aplicación de las normas, en el hipotético caso en que la misma llegare a ser ley de la República.

## Apuntes sobre la Simulación en el Proyecto de Código Civil

**Por: Alejandro Luis Delgado Torres**

Asistente Administrativo del Colegio de Abogados Comercialistas

Más allá de un debate que refiera a la *naturaleza* del acuerdo simulatorio —que debería darse—, uno de los tres artículos dedicados específicamente a la simulación —517 al 519—, merece algunos comentarios debido a algunas preocupaciones que su redacción suscita.

Dice el artículo 517: *«Se simula un contrato cuando se aparenta celebrar un negocio jurídico sin que las partes tengan voluntad de celebrarlo, pues las declaraciones de las partes no corresponden a lo que parcial o totalmente han querido. El contrato simulado no produce efecto entre las partes.*

*Si las partes han querido concluir un contrato diverso del simulado o aparente, tiene efecto entre ellas el contrato que realmente quisieron celebrar si reúne las condiciones de licitud y de forma.»*

Las expresiones que utiliza esta norma *«...el contrato simulado no produce efecto entre las partes.»*, o las del segundo inciso *«[s]i las partes han querido concluir un contrato diverso del simulado o aparente, tiene efecto entre ellas el contrato...»* en referencia a la simulación relativa, son problemáticas en la medida que dan a entender que la simulación está constituida por dos actos jurídicos y no de dos declaraciones pertenecientes a un *«solo compuesto negocial, partes integrantes de un iter dispositivo único, aunque complejo»*[1], según establece la tendencia jurisprudencial marcada desde el año 1968.

Recordemos que, desde 1935, la Corte Suprema de Justicia le otorgó contornos propios a la simulación, separándola de la nulidad, concibiéndola primero como superposición de actos jurídicos —teoría dualista— y luego como dualidad de declaraciones derivadas de un solo negocio jurídico —teoría monista—. Asumir, de nuevo, que la simulación es yuxtaposición de dos actos jurídicos, sería volver a los errores y torpezas de la teoría dualista, los cuales precisamente volcaron,

---

[1] Sentencia de casación del 16 de mayo de 1968.

en su momento, a la doctrina y a la jurisprudencia a abandonar esa posición por una más respetuosa y acorde a la realidad y a las necesidades jurídicas propias de la simulación.

El problema no es simplemente teórico. Implica la solución al fenómeno simulatorio y el tratamiento probatorio del acuerdo oculto de los simulantes.

Tal y como se ha venido concibiendo la simulación, la teoría dualista trae consigo la aceptación de la existencia de dos actos jurídicos, que en los dos tipos de simulación no se dan, según ha anotado la doctrina especializada al respecto. En la forma absoluta, el acto ostensible carece por completo de existencia, y el 'secreto' no tiene virtualidad jurídica, repugnando por esto a cualquier definición de acto o negocio jurídico.

En la relativa, como se anota en el importante estudio sobre la simulación de Suescún Melo, tampoco hay tal dualidad. Existe un negocio con capacidad de producir efectos, pero no dos. Los elementos constitutivos del negocio aparente no están presentes coexistiendo paralelamente a los del negocio oculto, sino que existe un solo negocio desdoblado en dos declaraciones simultáneas.

Además, el dualismo se vería obligado a reconocerle voluntad a 'ambos actos', para luego desconocer esa intención; y a su vez, reconocer la existencia, en principio, de dos contratos que por su contenido son excluyentes, posición que alejaría al derecho colombiano de los avances conquistados desde 1968.

A todo lo anterior hay que agregar la no poco frecuente práctica judicial consistente en interpretar y aplicar las normas bajo un criterio exegético que, combinada con la redacción de esta norma, podría hacernos retroceder décadas en el tratamiento de la simulación o como mínimo brindar confusiones innecesarias en las soluciones al fenómeno simulatorio.



Para concluir, mencionar que brilla por su ausencia la consagración de la simulación relativa por interposición de persona, a pesar de que esta subespecie de simulación aparezca insinuada en los artículos 120 y 1714 de proyecto.

No sobraría que esta forma de la simulación se consagrara tanto en su esquema bipartito —simulación por interposición real de persona o mandato no representativo—[2] como en su esquema tripartito —interposición fingida de persona—[3], con la finalidad de consagrar legislativamente los avances jurisprudenciales en la materia y así acabar con cualquier posibilidad de confusión en cuanto a la ubicación de la simulación en ese entramado negocial, ya que dependiendo del esquema que se presente, la simulación podrá predicarse únicamente del mandato no representativo o bien del negocio jurídico celebrado ocultando a uno —o varios— de los contratantes involucrados.

La consagración legislativa de la simulación es la oportunidad perfecta para aclarar de una vez por todas las confusiones que esta figura conlleva, por eso esa consagración debe tener muy presente la experiencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia para apuntarle así a una normatividad más cercana a la realidad de este fenómeno y así conservar todos los avances que durante décadas el más alto órgano de la jurisdicción ordinaria ha construido.

---

[2] En esta forma de simulación, el ocultamiento del verdadero interesado en el negocio solo es conocido por el testaferro o prestanombre y por ese mandante.

[3] En esta forma de simulación el acuerdo simulatorio involucra tanto al prestanombre y al mandante oculto, como al otro contratante del negocio.

## El régimen de cartas de crédito y garantías personales en el proyecto de Código

**Por: César Augusto Rodríguez Martínez**

Abogado, asesor, litigante y profesor en la materia.

En el tema de cartas de crédito (LC) garantías personales, el Proyecto de Códigos tiene unas redacciones que a mi juicio no son adecuadas, me explico:

### **1. En el caso de Cartas de Crédito (“LC”), regulado en los artículos 1390 y ss del Proyecto (Capítulo V).**

1.1. Se mantiene el error del Código de Comercio actual de no ser claros en cuanto a qué normas son de orden público y cuáles son supletorias en el tema de cartas de crédito.

Se cae en el error porque toma como fundamento la versión actual de las Reglas y Usos Uniformes versión 2007 (UCP 600) cuando estas pueden cambiar el día de mañana (como se espera suceda pronto[1]), y como efectivamente pasó, a manera de ejemplo con el D. 410/1971 (C.Co), el cual se emitió basándose en el folleto 222 de 1963, el cual fue reemplazado por el folleto 290 de 1974. Sin embargo, el Código de Comercio mantuvo las aplicaciones del folleto 222. A manera de ejemplo, el C.Co. actual indica que las LC son revocables salvo que se indique lo contrario (1410) cuando la UCP 600 en su regla 2 define el Crédito Contingente como irrevocable.

Nuestra sugerencia es que el mismo articulado indique que “lo previsto en este capítulo estará vigente si el tomador u ordenante no han pactado otra cosa con el banco emisor, en especial el que decidan someter la carta de crédito a unas reglas o usos uniformes en la materia”.

---

[1] <https://www.tradefinanceglobal.com/letters-of-credit/ucp-600-ultimate-guide/>

Lo anterior, cobra más relevancia cuando es costumbre certificada por la Cámara de Comercio el sometimiento de las cartas de crédito por los comerciantes bogotanos a la UCP 600[2].

Otro ejemplo, el artículo 1394 indica que el banco tendrá máximo cinco días hábiles bancarios para determinar la conformidad ¿porqué no dejamos que sean las partes en el contrato para la emisión de la carta de crédito y en la carta de crédito en sí donde se defina esto? Es mejor dejar claro que son normas supletorias.

1.1. En el artículo 1391.2, establece en los requisitos que la LC que en la misma debe constar el tomador u ordenante de la LC. A nuestro juicio, ello es innecesario pues en ocasiones se desea mantener al Ordenante confidencial o el Banco Emisor actúa por cuenta propia (Regla 1 de las UCP 600).

1.2. El artículo 1392 establece de nuevo la posibilidad de que la LC sea revocable y en la forma en que está redactado (“...pero podrá modificarse...”) genera la duda de qué artículos de este capítulo son de orden público y cuales no. Nuestra sugerencia es que se indique que el crédito documentario es irrevocable únicamente. Es lo que se establece a lo largo de las UCP600 desde 2007.

## **2. En el caso del título XXIX sobre Garantías Personales (artículos 1267 y siguientes).**

2.1. Consideramos que es un error considerar que todas las garantías personales son fianzas (artículo 1267 del Proyecto).

El punto es que actualmente se reconocen a nivel nacional e internacional garantías personales que no son fianzas, precisamente porque son autónomas e independientes de la suerte de la relación jurídica que garantizan.

---

[2] “En Bogotá, D.C., existe la costumbre mercantil de sujetar los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito en los contratos de compraventa internacional de mercaderías a las reglas y los usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en el folleto 600”. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/14498>

A nivel internacional, es esa independencia o autonomía la que se usa comercialmente, como por ejemplo con las ISP98 (International Stand By Practices de 1998 o Prácticas Internacionales en Materia de Cartas de Crédito Contingente, regla 1.06) y las URDG758 (Uniform Rules for Demand Guarantees de 2010, artículo 5). Nótese que a nivel internacional la garantía independiente no se logra solo con las cartas de crédito stand by (“SBLC”) sometidas a ISP98 y a veces, aunque no aconsejable, a UCP 600, sino también con las garantías a primer requerimiento sometidas a URDG 758.

## 2.2. El Proyecto debería tener entonces un artículo en estos términos:

*Artículo 1267. Por el acto o contrato de emitir una garantía personal un garante se obliga frente a un acreedor a responder del cumplimiento de una obligación ajena, si el deudor no cumple, e incluso si esa obligación es futura o condicional. La garantía personal podrá ser una fianza, caso en el cual será accesoria y quedará regulada por lo previsto en este código, o ser independiente o autónoma, caso en el cual quedará regulada a lo que establezca el garante, en especial si decide someter esa garantía personal independiente a unas reglas o usos uniformes en la materia.*

*La garantía personal, cuando es independiente, significa que lo es del contrato que esté garantizando, y por tanto el emisor de ella no estará afectado ni vinculado por tal contrato, aun cuando en la garantía se incluya alguna referencia a éste. Por lo tanto, el compromiso de un garante independiente de garantizar un acto o contrato no está sujeto a reclamaciones o excepciones por parte del deudor garantizado resultantes de sus relaciones con el garante o con el acreedor garantizado.*

Varias cosas de esta definición:

- Las garantías personales pueden ser actos unilaterales, no solo contratos.
- Las garantías no son seguros, debe evitarse un lenguaje que concluya eso (vgr. “...aseguramiento”).
- Las garantías pueden ser independientes o autónomas. Se propone una redacción basada en la que se da para la autonomía de las cartas de crédito en el proyecto (1400).

### 2.3. El Proyecto trae además dos artículos que ameritan comentarios:

*Artículo 1269. Si la garantía se da para el caso de que el deudor principal no pueda pagar se denomina fianza simple. Si se da para el caso de que el deudor principal no cumpla se llama fianza solidaria.*

*Artículo 1272. El emisor de cartas de conformidad o garantía asumirá iguales obligaciones que un garante simple, siempre que de forma clara e inequívoca se comprometa a prestar el apoyo financiero requerido por el deudor. No tendrán este alcance las simples manifestaciones que den cuenta de la solvencia del deudor o de su probidad.*

- En cuanto al primero, no es clara la diferencia entre la fianza simple y la fianza solidaria. Al parecer la solidaria es la que surge si hay un incumplimiento. Lo extraño es que la definición de fianza del artículo 1267 hace referencia a que la fianza (simple o solidaria) es a “cumplimiento” únicamente, no a “no poder pagar”.

- Adicional a lo anterior, a nuestro juicio, el Proyecto confunde lo que son las cartas de “conformidad” o “comfort letters” o “cartas de patrocinio” al considerarlas garantías personales. Una garantía implica para el garante el cumplir algo a favor del acreedor de forma que este considere extinguida la obligación del deudor garantizado. Acá, sin embargo, se habla de un “apoyo financiero” cuando esa no es la única finalidad o estructura de las “cartas de conformidad” a nivel nacional o internacional (por ejemplo, hay cartas de conformidad cuyo alcance no es capitalizar a la deudora sino de mantener una presencia mayoritaria en los órganos de administración de la deudora) y cuando un “apoyo financiero” de alguien a un deudor (por ejemplo, de una matriz a la filial que es deudora), no significa per se la extinción de la obligación a favor del acreedor y a cargo de ese deudor, solo que hay un “apoyo financiero”.

- El Proyecto debería indicar por tanto lo siguiente sobre las “Cartas de Conformidad”

*Artículo 1272. Las Cartas de Conformidad son aquellos compromisos que un emisor hace a un acreedor beneficiario de dar o hacer algo que facilita o acerca la posibilidad de que un deudor pague la obligación que tiene con ese acreedor beneficiario o que ese emisor controlará el comportamiento del deudor en aras de lograr ese pago, y solo serán garantías personales si al cumplirse ese compromiso se extingue por ley o por acuerdo entre el emisor y el acreedor beneficiario la obligación existente a favor del acreedor beneficiario y a cargo del deudor. Por tanto, no serán garantías las simples manifestaciones del emisor que den cuenta de la solvencia del deudor o de su probidad.*

- Esta definición cubriría así las nociones de confort letters débiles y fuertes identificadas por la doctrina, la posibilidad de que las “fuertes” sean garantías solo si realmente liberan al deudor ante el acreedor, y el hecho de que normalmente son expedidas al interior de grupos empresariales y a favor de bancos financiadores.



## **Necesidad y tecnicismo del “Proyecto de Reforma del Código Civil de Colombia y su Unificación en Obligaciones y Contratos con el Código de Comercio” de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia – Énfasis en el Título XXIV “Contratos asociativos”**

**Por: Luisa Jiménez Mahecha**

Abogada de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado y Abogada asociada en GodoyHoyos - GOH.

Al revisarse el proyecto de reforma del Código Civil que fue presentado por la Universidad Nacional de Colombia[1] (en adelante el “Proyecto”) los análisis, comentarios y críticas realizadas por varios académicos al mismo, permiten advertir -a grosso modo- que se trata de un proyecto ambicioso, que amerita de un análisis técnico, profundo y serio para cada una de las reformas propuestas, que requiere de la participación de diferentes actores[2] y que tomará tiempo para lograr un ejercicio legítimo[3].

Ahora bien, como todo proyecto requiere como mínimo de una justificación, unos objetivos, una metodología y un cronograma claro, detallado y que resulte coherente con los propósitos del proyecto. Sin embargo, la información pública disponible hasta el momento es el Proyecto y el cronograma general para la recepción de comentarios, revisión y entrega de una segunda versión[4], lo cual impide conocer realmente cómo está estructurado el Proyecto, las razones y los análisis para cada una de las propuestas realizadas.

[1] UNAL. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. “Proyecto de Reforma del Código Civil de Colombia y su Unificación en Obligaciones y Contratos con el Código de Comercio” .

[2] V. gr. Rama judicial, sector productivo, cámaras de comercio, notarias, etc.

[3] Véase Universidad del Rosario. Contribución de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario a las discusiones sobre el Proyecto de Código Civil. Disponible Online. <https://www.urosario.edu.co/Periodico-NovaEtVetera/Justicia/Contribucion-de-la-Facultad-de-Jurisprudencia-de-l/> [Consultado el 26 de noviembre de 2020].

[4] Op. Cit. UNAL.

Si bien la reforma del Código Civil se ha justificado de manera general para modernizar el Código existente que es del siglo XIX y de esta forma satisfacer las necesidades actuales de la sociedad[5], lo cierto es que varias reformas contenidas en el Proyecto no responden a ese propósito, por el contrario, controvierten disposiciones legales y jurisprudenciales sobre aspectos ya esclarecidos[6].

Ante la falta de información integral del Proyecto, gran parte de los análisis infieren las posibles motivaciones de los proponentes para determinadas reformas, o reconocen que desconocen sus razones o fundamentos de las propuestas, entre otras apreciaciones por la ausencia de información pública disponible.

Por lo tanto, realmente sería de gran ayuda conocer las fuentes y análisis realizados por los proponentes de la reforma, para poder entender la conveniencia de reforma o nueva regulación por cada artículo propuesto. Nótese, que cada artículo requiere de un análisis a profundidad y sin descuidar el lenguaje técnico jurídico que carece en gran medida el Proyecto, por lo que sería conveniente identificar para cada artículo: (i) la necesidad de reforma o regulación, (ii) las fuentes que tuvieron en cuenta, (iii) el análisis efectuado por el grupo focal encargado, y (iv) los diferentes actores participantes en el mismo.

En este punto es importante señalar que, un proyecto de esta envergadura se debe basar en una necesidad real, prioritaria y con un entendimiento integral, por lo que se requieren de estudios técnicos previos que permitan evidenciar su viabilidad y evitar que algún “eslabón de la cadena se quede por fuera”.

Actualmente, nuestro sistema judicial atraviesa un momento de crisis y de nada serviría tener el mejor Código Civil unificado, si el sistema judicial es insuficiente o se encuentra colapsado, más aún cuando el Proyecto incluye varias expresiones que se encontrarán sujetas a la interpretación de los jueces[7].

---

[5] Ministerio de Justicia. ¿Por qué el Ministerio de Justicia y del Derecho acompaña la reforma al código civil? Disponible Online. <http://www.minjusticia.gov.co/Normatividad/Proyectos-de-Decreto-y-Agenda-Regulatoria/Proyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-de-Colombia> [Consultado el 26 de noviembre de 2020].

[6] V. gr. El Proyecto en su artículo 13 desconoce los requisitos dispuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la reviviscencia de una ley por la declaratoria de inexecutable. Al respecto Véase Universidad del Rosario. Contribución de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario a las discusiones sobre el Proyecto de Código Civil. Pág.41. Disponible Online. <https://www.urosario.edu.co/Periodico-NovaEtVetera/Justicia/Contribucion-de-la-Facultad-de-Jurisprudencia-de-l/> [Consultado el 26 de noviembre de 2020].

[7] V.gr. Documento electrónico, interés general, empresa conjunta, actividad común.

Con el propósito de ejemplarizar las anteriores apreciaciones, me referiré de manera sucinta al Título XXIV sobre contratos “asociativos” que introduce el Proyecto. Este título comprende: Capítulo I Disposiciones generales, Capítulo II Consorcios y Capítulo III Agrupación de interés económico.

Como se advirtió anteriormente, se desconoce la necesidad, fundamentos y análisis realizados para incluir este título, en especial, para poder esclarecer de qué sistemas legales copiaron la figura de la “agrupación de interés económico”, por lo que se infiere que pudo ser de España ya que cuentan con una tipología contractual que recibe el mismo nombre[8]. Lo curioso es que en Colombia las tipologías contractuales más comunes que hacen parte del género de los contratos asociativos o de colaboración empresarial son las joint ventures contractuales, consorcios, uniones temporales y las cuentas de participación.

En Colombia dichas especies contractuales revisten el carácter de atipicidad, los consorcios y uniones temporales son nominativos para efectos de la contratación estatal y como contrato típico se ubica el contrato de cuentas en participación. Con el Proyecto se excluye el contrato de cuentas en participación de los contratos asociativos, quizá porque lo consideran como un contrato bilateral y no plurilateral.

Es importante advertir que los contratos asociativos o de colaboración empresarial, por la función económica y jurídica que cumplen[9], son por esencia contratos plurilaterales al estructurarse sobre un interés común de los asociados. En efecto, no existen intereses contrapuestos que se deban conciliar como sí ocurre en los contratos bilaterales[10].

Ahora bien, la redacción de este Título presenta varias inconsistencias en aspectos de forma y como de fondo, por ejemplo, incluye expresiones propias de las sociedades como “acto constitutivo” y “abuso de derecho de voto” o utiliza diferentes expresiones para referirse a un mismo aspecto “actividad conjunta”, “empresa conjunta”, “actividad en común”.

---

[8] Ley 12/1991 de España. Aunque tienen el mismo nombre el alcance y definición son diferentes.

[9] Desde el punto de vista económico, se trata de sistemas horizontales o colaborativos, ya que no compiten entre el mercado y la empresa o a través de estructuras verticales como lo son las matrices sobre las filiales, los empresarios se asocian para lograr un fin que es de interés común. Desde el punto de vista legal, al tener las partes un interés común, no existen intereses contrapuestos que se deban conciliar como los contratos sinalagmáticos o intereses idénticos con animus societatis como ocurre en las sociedades.

[10] Véase LEQUETTE Suzanne. Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat. Ed., Economica, Paris, 2012.

Por otro lado, al incluir en el capítulo de disposiciones generales que los contratos asociativos deben constar por escrito y registrarse en el Registro Mercantil para que sean oponibles frente a terceros[11], resulta no ser coherente con las políticas antitrámites[12] y las medidas tendientes a reducir los costos de transacción para modernizar o actualizar el régimen legal de los contratos.

En las disposiciones generales también señala que los asociados podrán desarrollar estos contratos por medio del consorcio o las agrupaciones de interés económico, sin aclarar si las partes pueden celebrar otras tipologías contractuales que hagan parte de dicho género, por lo que las justificaciones del por qué dicho condicionamiento también se desconocen. Los artículos sobre las facultades de los “representantes” también presentan varias deficiencias, reconoce las estipulaciones contractuales, pero a la vez señala los poderes y el alcance de los representantes, y al tiempo lo somete a las reglas de representación, por lo que no es claro qué normas son de carácter imperativo y supletivo[13].

Adicionalmente, confunde la realidad económica y jurídica al aplicar la regla de la nulidad para los negocios jurídicos plurilaterales[14] solamente cuando son más de dos personas las que participan en el contrato, como si un contrato dejara de ser plurilateral cuando solamente hay dos personas o a la inversa, un contrato bilateral se convirtiera en plurilateral al haber más de dos personas.

---

[11] Artículo 1199 del Proyecto.

[12] Departamento Administrativo de la Función Pública. Política Antitrámites. Disponible Online. <https://www.funcionpublica.gov.co/web/suit/politica-antitramites#:~:text=Gu%C3%ADa%20de%20actuaciones%20de%20la,derechos%20o%20cumplimiento%20de%20obligaciones>.

[13] Artículos 1200 y ss del Proyecto.

[14] Artículo 1206 del Proyecto.

En el capítulo de los Consorcios señala que los asociados responderán solidariamente pero no de manera supletiva como actualmente sería para el sector privado, sino que aplica la regla imperativa señalada para la contratación estatal.

Además dispone de manera coloquial que “no valdrá estipulación en contrario” cuando la tradición jurídica hace referencia a “la estipulación en contrario se tendrá por no escrita” al otorgarle una consecuencia jurídica clara a un supuesto de hecho determinado.

En consideración a lo anteriormente expuesto, apenas estamos explorando, conociendo una parte del Proyecto, que requiere de tiempo, pero que sin contexto resulta más complejo identificar con claridad cuáles son las necesidades o justificaciones de cada una de las reformas propuestas, para asimismo aplicar el tecnicismo que estas ameritan.

#### BIBLIOGRAFÍA

- CHINCHILLA (eds.). La vigencia del Código Civil de Andrés Bello en la Sociedad Contemporánea. Análisis y Prospectivas, U. Externado de Colombia, 2019.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Política Antitramites. Disponible Online. <https://www.funcionpublica.gov.co/web/suit/politica-antitramites#:~:text=Gu%C3%ADa%20de%20actuaciones%20de%20la,derechos%20o%20cumplimiento%20de%20obligaciones>.
- HINESTROSA. “codificación, descodificación y recodificación”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado De Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 3-13.
- LEQUETTE, Suzanne. Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat. Ed., Economica, Paris, 2012.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. ¿Por qué el Ministerio de Justicia y del Derecho acompaña la reforma al código civil? Disponible Online. <http://www.minjusticia.gov.co/Normatividad/Proyectos-de-Decreto-y-Agenda-Regulatoria/Proyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-de-Colombia>
- UNAL. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. “Proyecto de Reforma del Código Civil de Colombia y su Unificación en Obligaciones y Contratos con el Código de Comercio” Disponible Online. [http://derecho.bogota.unal.edu.co/fileadmin/Codigo\\_Civil/Proyecto\\_Codigo\\_Civil\\_de\\_Colombia\\_Primer\\_Version\\_Digital.pdf](http://derecho.bogota.unal.edu.co/fileadmin/Codigo_Civil/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primer_Version_Digital.pdf).
- UNAL. Proyecto de Código Civil de Colombia. Disponible Online. <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/>
- UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. Contribución de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario a las discusiones sobre el Proyecto de Código Civil. Disponible Online. <https://www.urosario.edu.co/Periodico-NovaEtVetera/Justicia/Contribucion-de-la-Facultad-de-Jurisprudencia-de-l/>
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Observaciones Críticas Sobre el Proyecto de Código Civil Presentado por la Universidad Nacional. Disponible Online. <https://observatoriocodigocivil.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/62/2020/10/Concepto-Te%C3%81cnico-Observaciones-Cri%C3%81ticas-al-Proyecto-de-Co%C3%81digo-Civil-UNAL-Presentado-por-U-Externado.pdf>



## **El contrato de franquicia en el proyecto de Código Civil**

**Édgar Iván León Robayo**

Director Especialización en Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda.  
Exvicepresidete del Colegio de Abogados Comercialistas

**Yira López Castro**

Directora de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario.  
Vicepresidenta del Colegio de Abogados Comercialistas

Una de las premisas fundamentales de los negocios es “el tiempo es dinero”. La idea, la formación del establecimiento, el posicionamiento de la marca, la ordenación del know how y la consecución de la clientela, entre muchos otros aspectos propios de la constitución de la empresa, tienen un costo económico que se va formando con el tiempo y que pueden traer consigo éxito o fracaso para el empresario.

Si bien éste podría asumir directamente tal riesgo, existe la posibilidad de que aproveche la experiencia y la organización de otro, que ya ha pasado por tales dificultades y cuyo éxito le ha permitido estandarizar sus procedimientos. El beneficio entonces será mutuo, por cuanto el empresario podrá pagar por una experiencia que no tiene de forma inmediata. Este es precisamente el entorno de la franquicia, contrato de colaboración cuya relevancia es fundamental en el desarrollo de los negocios en la actualidad.

Durante los últimos años, se ha iniciado un movimiento tendiente a la tipificación legal de este contrato, lo cual tiene detractores y adeptos. Los primeros plantean que un sistema de comercialización como la franquicia no requiere ser regulado legislativamente pues éste funciona sin necesidad de normativas que traerán consigo desincentivar la inversión por parte de los empresarios que plantean abrir cadenas de producción y comercialización en un determinado territorio.

Los otros, por su parte, plantean la necesidad de establecer reglas claras que permitan generar políticas públicas y proteger a los inversionistas de posibles abusos tanto por la posición dominante de los franquiciantes como por las cláusulas incluidas en contratos de adhesión. El proyecto de Código Civil elaborado por la Universidad Nacional de Colombia pretende tipificar el contrato de franquicia en Colombia, sin embargo, no se conoce si el redactor propone la tipificación por alguna de las mencionadas razones. Tampoco se conocen las razones por las cuales la propuesta pretende tipificar el contrato incluyéndolo en el código civil y no en una ley especial.

El proyecto de Código Civil:

- Define el contrato de franquicia (art. 1255).
- Señala que el contrato “se debe celebrar por escrito” (art. 1256).
- Advierte que el franquiciante debe ser titular del conjunto de los derechos intelectuales comprendidos en la franquicia o tener derecho para su utilización y transmisión al franquiciado (art. 1257).
- Establece un término supletivo de duración del contrato de tres años (art. 1258).
- Las obligaciones del franquiciante y del franquiciado (arts. 1259 y 1260).
- La obligación de que el franquiciado actúe dentro del territorio concedido o en su zona de influencia (art. 1261).
- La prohibición supletiva de la cesión del contrato por parte del franquiciado (art. 1262).
- La aclaración de que las partes del contrato son independientes (art. 1263).
- La responsabilidad del franquiciante por los defectos del diseño (art. 1264).
- La terminación del contrato (arts. 1265 y 1266).

Al analizar el clausulado propuesto surgen las siguientes inquietudes:

### **1. La configuración del tipo contractual:**

- La primera parte de la definición propuesta se limita a indicar que mediante este contrato se otorga el derecho a comercializar en un territorio bienes y servicios. Esa definición desconoce que las franquicias también pueden consistir en la utilización de la propiedad intelectual o del modelo de negocio. Así, las franquicias pueden ser de varias clases: industriales, comerciales, maestra o paraguas, de servicios o de distribución, entre otras. Es decir, no solo se trata de ventas bajo derechos de propiedad intelectual a cambio de asistencia técnica por la que se debe pagar una contraprestación económica.
- La segunda parte de la definición señala que ese derecho a comercializar se realiza “bajo el nombre comercial, marca, enseña, derechos de autor u otros derechos de propiedad intelectual del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y de asistencia técnica o comercial, a cambio de una contraprestación económica”. Al respecto valdría la pena indicar que en virtud del contrato de franquicia el franquiciado accede además a tecnología, estandarización de procesos, al *know how*, al modelo de negocio que le permite desarrollar su actividad.

## **2. Asuntos que podrían ser aclarados:**

- Dentro de los aspectos que merecen consideración relevante es importante aclarar la duración del contrato, la cual en ausencia de convención al respecto establece que tendrá una vigencia de tres años, salvo que por la naturaleza de negocio se pueda inferir un plazo diferente. Esta redacción es inconveniente e incómoda, lo cual se explica porque el texto definitivamente no tiene en cuenta la internacionalidad del negocio ni las diferentes clases de franquiciamiento. A esto se unen unos plazos de preaviso para terminar el contrato que definitivamente no tienen explicación y que al final hacen que un negocio en el que pueden invertirse millones de dólares tenga que terminar en máximo seis meses.

- Resultaría conveniente incluir en la definición que la partes son independientes jurídica y financieramente. Aunque el proyecto incluye en el artículo 1263 la aclaración de que “las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral o societaria entre ellas”, valdría la pena aclarar que la independencia no es solo en esos aspectos.

## **3. Asuntos que olvida el proyecto y que merecen atención si se propone tipificar:**

Una propuesta de regulación que convierte a un contrato atípico a típico debe atender a los problemas que surgen en la práctica. De esa forma, una propuesta para la tipificación de la franquicia debe al menos referirse a los siguientes asuntos:

- Obligaciones específicas sobre información sustancial en la etapa precontractual: Uno de los asuntos más importantes en un sistema de comercialización mediante franquicia es la etapa precontractual y la relevancia y calidad de información entre las partes. Por ello, con el objetivo de velar porque “los potenciales franquiciados que tienen la intención de invertir en una franquicia reciban información sustancial sobre la franquicia, de manera que puedan tomar una decisión de inversión informada”, Unidroit propuso la “Ley modelo sobre divulgación de información en materia de franquicia” (Unidroit, 2007). Así, el proyecto de tipificación debería incluir un acápite relacionado con el tipo de información que están obligadas a compartir las partes para que puedan tomar decisiones adecuadas de inversión.

- Derecho aplicable: Otro de los asuntos que resulta importante definir por el legislador es el derecho aplicable al contrato de franquicia, dada su vocación internacional. Aunque el Código Civil prevé en el libro primero algunas reglas sobre derecho internacional privado, su aplicación a este contrato (y en general a los contratos mercantiles) resulta inconveniente pues el criterio usualmente aplicable cuando se trata de contratos internacionales es la libertad de elección.
- El esfuerzo de tipificación exige tener en cuenta también las preocupaciones de los comerciantes por aclarar el régimen tributario de este contrato; la necesidad de aclarar algunas cuestiones sobre las relaciones entre franquiciado y franquiciante en el marco del derecho de la competencia y de hacer compatible el modelo de franquicia con el régimen de protección al consumidor.

#### **4. Una ley especial resultaría más conveniente para tipificar el contrato de franquicia**

Al parecer, el propósito del proyecto es unificar en la legislación civil el régimen de obligaciones y de contratos. Sin embargo, esta tipificación puede traer inconvenientes teórico-prácticos, pues es claro que la franquicia es un contrato eminentemente comercial, que debería regirse en su interpretación por la legislación mercantil, dada su naturaleza especial.

Una ley especial resulta más práctica y conveniente, pues esta técnica legislativa permite con mayor claridad referirse a asuntos que están fuera del alcance de un proyecto de codificación de las dimensiones que se proponen. Así, por ejemplo, el proyecto para tipificar mediante una ley especial al contrato de franquicia surgió con el objetivo de aclarar asuntos sobre la etapa precontractual del contrato, la propiedad intelectual objeto de la franquicia y el régimen tributario del contrato.

En conclusión, si bien la normativa que se propone contiene un desarrollo respecto de aspectos importantes, como el hecho de que el contrato debe constar por escrito, la necesidad de que el franquiciante sea titular de los derechos intelectuales o tener la posibilidad de contratar con el franquiciado, así como reglas que contienen las obligaciones de las partes y el territorio, la reglamentación es insuficiente respecto de las necesidades que exigen los negocios en la actualidad. Es decir, no existe incentivo alguno para entender las razones por las cuales es preciso tipificar, para lo cual entonces será necesaria una legislación adicional que regule este contrato, pues hay aspectos del proyecto que no podrían simplemente ser objeto de un decreto reglamentario, dada la trascendencia económica que estos tienen.

En conclusión, la pretendida regulación del contrato de franquicia debe tener coherencia con la realidad económica que envuelve este tipo de operaciones. La técnica legislativa en este caso debe amoldarse a un negocio transfronterizo con disposición global, pues en nada se distancia de la regulación propia decimonónica que con su entrada en vigencia podría eliminar el interés de los inversionistas por traer sus negocios y su capital a Colombia.

