

El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias

Fabio Andrés Bonilla Sanabria

Ley 1676 de 2013 ¹

Introducción.....	2
1. Análisis de la ley desde la necesidad de una modernización de la legislación en materia de garantías	2
2. Un comentario preliminar frente a la técnica legislativa.....	5
3. Materialidad del Concepto de Garantía Mobiliaria	6
4. Garantías no reguladas por la Ley 1676 de 2013	6
5. Forma de Constitución de las garantías.....	7
6. Tipo de obligaciones que pueden ser garantizadas.....	8
7. Ampliación de los bienes susceptibles de servir como garantía.....	8
8. La Cesión de Créditos en Garantía	9
9. Derechos y deberes del Garante	11
10. Derechos y Deberes del Acreedor garantizado	12
11. La Oponibilidad de las Garantías	13
12. La oponibilidad por Inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias	14
13. Características del Registro de Garantías Mobiliarias	15
14. La oponibilidad por la entrega de los bienes.....	15
15. La oponibilidad por el control sobre cuentas bancarias	15
16. Cambio en la forma de oponibilidad	16
17. Efectos de la Oponibilidad	16
18. La Prelación de las garantías constituidas sobre el mismo bien.....	17
19. El funcionamiento de las Garantías Mobiliarias en los Procesos de Insolvencia	19

¹ El presente documento surgió como parte del material de preparación de un curso virtual organizado entre el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y la Superintendencia de Sociedades. Su contenido se ha venido enriqueciendo con comentarios y críticas de quienes han tenido la paciencia de leerlo. Se trata de un documento académico de trabajo, por lo que los comentarios frente al mismo son bienvenidos.

- 20. Mecanismos de Ejecución de la Garantía 21
- 21. Comentario final sobre el equilibrio contractual en las relaciones de garantía. 28

Introducción

La reciente expedición y entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013, trae como consecuencia cambios en el régimen de garantías colombiano que por lo tanto hacen indispensable que los operadores jurídicos estén al tanto de las implicaciones de este nuevo régimen, los principales cambios que ocasiona y los interrogantes que surgen de su contenido.

Con este propósito, en la primera parte del documento se abordará la finalidad macro económica de la ley, para explicar el balance que el legislador buscó obtener en la relación entre acreedor y deudor. Posteriormente en la segunda parte, se analizarán los que se consideran son los tres pilares del esquema de garantías: su constitución, su oponibilidad y su ejecución.

1. La necesidad de una modernización de la legislación en materia de garantías

Según las estadísticas manejadas por las Superintendencia de Sociedades y de Industria y Comercio², entidades que promovieron activamente el proyecto de ley que culminó en la aprobación de la Ley 1676 de 2013, hasta abril del 2013, sólo el 12% de las PYMES en Colombia tenía acceso al crédito. Por lo tanto, la estadística pondría en evidencia que las PYMES no tienen acceso a fuentes de financiación reguladas que les permitan aumentar su productividad y crecimiento. Bajo este contexto, el propósito aparente de la ley 1676 es el de modernizar el régimen de garantías en Colombia de modo que al incorporarse un sistema eficiente de garantías mobiliarias se logre entre otros efectos, un aumento en las fuentes de financiación.

Conforme con este análisis, existiría una relación de causalidad entre el acceso al crédito y el régimen de garantías (mobiliarias). Así, existiría una mayor disposición a facilitar un crédito si el riesgo de incumplimiento puede ser cubierto de forma rápida y efectiva por medio de una garantía y la consecuente disminución del riesgo de pérdida o incumplimiento para el acreedor debería reducir la tasa de interés de un crédito garantizado.

En primer lugar, resulta pertinente cuestionar la veracidad del razonamiento o justificación económica para la modificación del régimen de garantías. Al respecto se debe preguntar: ¿la existencia de una garantía realmente facilita el acceso al crédito?, es decir, ¿el proveedor de fuentes de crédito considera como fundamental en su decisión de otorgar un crédito la existencia de una garantía? Si bien la garantía constituye un incentivo para el deudor de cumplir la obligación que ha adquirido; para el acreedor puede ser un criterio para cubrir el riesgo de incumplimiento una vez se haya concretado. Es decir, la función de la garantía es

² Correa, Alexander. Estudio Económico “Las Garantías Mobiliarias en la Promoción de la Competencia y el Acceso al Crédito en Colombia”. Estudio contratado para la Delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Octubre 2011. P. 5 y ss.

secundaria para el acreedor, quién sólo la considera cuando se presenta un incumplimiento del deudor y debe buscar reducir la pérdida que este le ha causado. Por lo tanto, el análisis del riesgo de otorgar un crédito hecho por el acreedor tendrá en cuenta como factor primordial en su decisión la capacidad de pago del deudor y no las garantías otorgadas, las que fundamentalmente constituyen un mecanismo (más o menos) eficiente de mitigación del riesgo materializado del incumplimiento.

En soporte de este primer cuestionamiento, se tiene que dentro de las carteras de los Establecimientos de Crédito, quienes tienen el porcentaje más alto de activos del sector financiero, según la discriminación hecha por la Superintendencia Financiera³, es necesario analizar de forma separada los diferentes tipos de cartera, entre los cuales los principales respectivamente son: la cartera de vivienda, la cartera comercial, de consumo y el microcrédito. El análisis de si la garantía resulta un factor determinante al momento de facilitar el acceso al crédito deberá hacerse de forma separada en cada uno de estos segmentos de cartera, pues mientras que la vivienda se encuentra usualmente garantizada con una garantía sobre el inmueble adquirido y por la naturaleza del bien dado en garantía se trata de una garantía no regulada por la ley 1676/13, la misma tendencia no se presenta en los otros tipos de cartera.

No obstante, el impacto de la ley si podría verse eventualmente reflejado en los otros tres segmentos de cartera, sin embargo, el análisis de las cifras oficiales resulta interesante. De un lado, la cartera de microcrédito se caracteriza por ser garantizada en un alto porcentaje. Cerca del 73% de los créditos de esta cartera tienen una garantía idónea⁴ para los Establecimientos de Crédito. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que dentro del monto total de la cartera de los Establecimientos de Crédito, el microcrédito apenas alcanza un porcentaje del 2 o 3%. Por lo tanto, el impacto de la ley 1676/13 frente al microcrédito pareciera ser limitado pues porcentualmente no es significativo dentro de la composición agregada de la cartera de los Establecimientos de Crédito, y en todo caso se encuentra ya de por si garantizado, por lo menos en un porcentaje bastante elevado.

El impacto de la ley 1676/13 debería entonces estudiarse en los otros dos segmentos principales de cartera ya mencionados: las carteras comercial y de consumo. Estos dos tipos de crédito en conjunto equivalen a un 67% del total de la cartera de los Establecimientos de Crédito. Lo sorprendente sin embargo es que tan sólo un 34% del crédito comercial se encuentra garantizado con algún tipo de garantía, y ese porcentaje desciende a un 13% en el caso de la cartera de consumo.

³ Utilizamos como fundamento la información periódicamente publicada por la Superintendencia Financiera en su página web (www.superfinanciera.gov.co) y así mismo, los datos presentados por la Dirección de Investigación y Desarrollo de la misma entidad en un foro sobre la materia organizado por el Departamento de Derecho Financiero de la Universidad Externado de Colombia en Octubre de 2013.

⁴ Superintendencia Financiera. Circular Externa 11 de 2002. Capítulo II. Gestión del Riesgo de Crédito. Numeral 1.4.2.

¿Cómo pueden entenderse estas cifras? Los establecimientos de crédito, principales administradores de activos en el sector financiero, parecen evidenciar que la existencia de garantías no resulta determinante como condición para facilitar un mayor acceso al crédito. Por lo tanto, ¿una modificación para hacer más efectiva su ejecución estaría destinada a facilitar el acceso al crédito de parte de estos establecimientos? Las cifras publicadas por la Superintendencia Financiera sugieren que ya existe un alto porcentaje de crédito no garantizado, razón por la cual el aumento en el tipo de bienes admisibles como garantía y la facilidad en la ejecución de las mismas no necesariamente causarían el efecto de aumentar el crédito disponible. Sin embargo, podría ser que el impacto de la nueva regulación en el sector financiero se espera en el aumento del crédito disponible. Así mismo, en la medida que la ley no regula tan sólo el sector financiero, su efecto podría darse en la actividad de crédito privado.

Frente a lo primero, sería difícil esperar por esta vía un aumento del crédito disponible en el sector financiero (particularmente los establecimientos de crédito) bajo el entendido que el monto de dinero que estos pueden colocar se encuentra determinado por los depósitos en cuentas de ahorros y corrientes, como también por el porcentaje de reserva bancaria, y la comparación de las cifras de cartera y depósitos muestran una relación proporcional que no permitiría esperar un aumento del crédito financiero disponible⁵. De otro lado, en cuanto a su posible efecto en la actividad del crédito privado, este parece ser el sector en el cuál sería posible evidenciar el efecto del aumento del crédito disponible en la economía colombiana.

Ahora bien, más allá de los comentarios acerca de los fundamentos económicos de la ley 1676/13, lo cierto es que ya no estamos frente a un proyecto de ley sino a una norma jurídica vinculante. Por esta razón, si bien la academia y los operadores jurídicos podemos tomar posiciones críticas y vehementes, es indispensable asimilar, explicar y entender los cambios que se han causado, por supuesto, teniendo siempre presentes que no por ser ley, el campo a los cuestionamientos deja de ser útil en aras de traer claridad en la interpretación y aplicación del régimen correspondiente.

Con esta anotación, volvemos al análisis de la ley que según su título, busca mejorar el “acceso al crédito”, para preguntarnos cómo busca lograr ese objetivo. Así, encontramos que la ley parece tener cinco grandes objetivos: i. Ampliar el tipo de bienes que pueden ser *objeto de garantía*, ii. Simplificar la *constitución* de las garantías, iii. Facilitar la *oponibilidad* de las

⁵ “[...] además de una estructura de plazos adecuada entre los activos y los pasivos bancarios, [es recomendable que los establecimientos de crédito] mantengan una porción de los activos enteramente líquida para atender los retiros de depósitos sin afectar la estabilidad de las instituciones y sin menoscabo de su rentabilidad. Para estos efectos los bancos están llamados a mantener una reserva o un encaje, cuyo coeficiente y composición difiere de país a país.

[...] con el tiempo el encaje se convirtió en un instrumento de política monetaria, particularmente en aquellos países donde las autoridades carecían de capacidad para controlar los agregados monetarios a través de instrumentos de mercado. De esta suerte, el nivel de reserva, aún hoy en día, no corresponde estrictamente a justos requerimientos de liquidez por razones de prudencia financiera.” Néstor H. Martínez N. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. 2ª Ed. Legis. Bogotá. 2004. P. 617.

garantías, iv. Establecer reglas claras de *prelación* de las acreencias sobre los bienes dados en garantía, y v. Facilitar la *ejecución* de las garantías.

Es claro entonces, que desde un primer momento, el legislador tiene como propósito principal favorecer el crédito como un aspecto esencial para el funcionamiento del sistema económico y promover el “derecho a la deuda”; que se ha vuelto fundamental para que los ciudadanos (empresarios) puedan crecer e invertir en el desarrollo de su actividad económica y los ciudadanos (consumidores) puedan tener acceso a los bienes y servicios ofrecidos.

Como finalidad paralela del nuevo régimen legal se encuentra la armonización normativa del régimen de garantías a nivel comparado, toda vez que el texto de la ley es una adaptación de la ley modelo de la Organización de Estados Americanos sobre garantías mobiliarias, que a su vez encuentra su fundamento principal en las legislaciones del Estado de Ontario en Canadá y el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos.⁶

2. Comentario preliminar frente a la técnica legislativa

En el artículo 8 de la Ley 1676/13, el legislador optó por incluir un conjunto de definiciones a tener en cuenta en el contexto de la ley. No se trata de la primera ley que implementa este esquema de definiciones, normas con contenido técnico en materia de TIC's han hecho lo mismo, o de igual forma se encuentra un capítulo de definiciones en los instrumentos o convenios internacionales adoptados mediante ley.

Esta técnica legislativa, en principio extraña a la tradición de nuestro sistema de tradición romano germánica, busca facilitar la interpretación de los textos legales a sus operadores. No obstante, se advierte que esta técnica requiere de parte del legislador un alto grado de coherencia en aras de evitar riesgos de doble definición o contradicciones conceptuales (no sólo en el mismo texto, sino en el ordenamiento visto como sistema) que puedan terminar dificultando la armonización normativa en un cada vez más profuso océano regulatorio.

De otro lado, debe mencionarse la reiteración de la tendencia en nuestro sistema legislativo a evitar reformas sistemáticas de asuntos previamente regulados en códigos y por el contrario (con un sentido práctico?) se hacen regulaciones segmentadas, que se apartan del método de la codificación como técnica, lo que sin ser necesariamente desventajoso, además de las exigencias para el legislador, implican para el operador jurídico una carga de conocimiento de las múltiples y aisladas reformas del ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, vale la pena hacer un comentario crítico frente a la redacción de la ley. No en pocas oportunidades su lectura resulta difícil y en opinión personal del autor de estos comentarios, crea espacios de duda que dificultan su entendimiento. Resulta desafortunado que en un tema que trae aspectos novedosos para nuestra tradición legal, el legislador no haya sido más estricto en la redacción de la norma. Lo que se puede haber ganado mediante las

⁶ Alejandro Garro. El marco regulatorio de las garantías mobiliarias en el comercio internacional: La ley modelo de la OEA. En Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963 – 2003. Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. 2007. Pp. 119 y ss.

definiciones, bien puede haberse puesto en riesgo mediante la redacción del texto. El operador judicial por lo tanto deberá sin duda cumplir su labor de interpretación frente a no pocos aspectos regulados en esta ley.

3. Materialidad del Concepto de Garantía Mobiliaria

El artículo 3º de la ley en comento pretende definir el concepto de garantía mobiliaria. Ahora bien, a pesar de la pesada redacción de la norma, que termina sin definir propiamente lo que se debe entender por esta, de su contenido parece deducirse un carácter material del concepto de garantía mobiliaria. Conforme con esta norma, no se trata entonces de un concepto formal restringido, sino que por el contrario estaremos ante una garantía mobiliaria en el caso de cualquier “operación” (negocio jurídico?) que tenga como efecto servir de garantía y opere frente a bienes muebles del garante.⁷

No obstante las dificultades conceptuales de la norma, el efecto que causa parece ser el de sustituir el concepto de prenda como la garantía sobre bienes muebles, pasando al de garantía (real) sobre bienes diferentes a los inmuebles. El cambio conceptual hace el énfasis en la función del negocio jurídico en lugar de hacerla sobre el tipo de bienes afectados. Al respecto cabe la mención a que en otros ordenamientos existe la posibilidad de crear “hipotecas” sobre derechos personales, justamente porque al igual que el cambio que introduce la norma comentada, el tipo de bienes afectados no define el instrumento de garantía.⁸

A título enunciativo y de forma bastante casuista, a continuación la norma menciona negocios jurídicos o cláusulas contractuales que cumplen una función de garantía y por lo tanto deben ser entendidas dentro del concepto de garantía mobiliaria. La ley no crea entonces un concepto nuevo de garantías, sino que les crea un régimen unificado (en especial frente al registro). Por lo tanto, la tipicidad de las garantías mobiliarias parece incluir tipos ya definidos en la legislación, pero así mismo la existencia de garantías atípicas.

4. Garantías no reguladas por la Ley 1676/13

El artículo 4º establece una lista de bienes que no obstante ser sobre bienes muebles, no se encuentran cobijados por la regulación de las garantías mobiliarias contenida en la ley:

- i. *Equipos móviles*. Son equipos móviles los bienes aeronáuticos y equipos de alto valor que por tener un régimen de financiación propio y por lo general internacional, han dado lugar al surgimiento de un régimen de garantías especial con un registro

⁷ Ahora bien, con fundamento en el cambio de énfasis conceptual dirigido a la función de garantía del negocio, cabría preguntar el alcance de la regulación de la ley 1676/13 sobre negocios jurídicos que normalmente no se regulaban como garantías. Por ejemplo, al haberse incluido la anticresis dentro del ámbito objetivo de la ley, ¿esto significa que el acreedor anticrético estaría facultado para perseguir el bien dado en anticresis en los términos que más adelante se explican? ¿El contrato de compraventa con pacto de reventa, debería entenderse incluido dentro de las garantías mobiliarias? ¿El leasing de bienes muebles deberá ejecutarse con base en las normas de esta ley o bastará el proceso de restitución de tenencia?

⁸ R. Stevens. Contractual Aspects of Debt Financing. In A. Reisberg and D. Prentice (eds) Corporate Finance Law in the UK and the EU. OUP 2010. Chapter 8 Pp. 213 y ss.

internacional. Estos bienes se encuentran regulados por la Ley 967/05, que adopta un Convenio Internacional sobre Garantías Internacionales de Equipos Móviles.

- ii. *Valores e instrumentos financieros*. Las garantías sobre estos bienes se encuentran reguladas por la ley 964/05.
- iii. *Garantías sobre títulos valores*. Las garantías sobre títulos valores continuarán siendo reguladas por el Código de Comercio.

5. Forma de Constitución de las garantías

Las garantías mobiliarias pueden tener su origen en dos fuentes:

- i. La ley (p.ej. los derechos de retención, e incluyen las garantías judiciales y fiscales).
- ii. El contrato.

Las partes del contrato:

Las partes del contrato de garantía serán el garante y el acreedor garantizado.

En principio, sólo quien tenga la facultad o los derechos para constituir las garantías lo puede hacer. Esto por supuesto es lógico. Sin embargo, en el evento en el que el garante no tenga derechos sobre el bien en garantía al momento de celebrar el contrato de garantía (sea porque son bienes existentes, o bienes futuros), los efectos del contrato quedarán sujetos a una condición consistente en la efectiva adquisición del bien o de la facultad de gravarlo.

El beneficio de este tipo de acuerdo será que una vez los bienes entren dentro de la esfera patrimonial del garante, estarán inmediatamente afectados por la garantía. Por supuesto, esta medida protege al garante al permitirle usar como objeto de garantía un bien futuro que espera adquirir, y al acreedor garantizado, pues no obstante no tener una garantía al momento de suscribir el contrato, tan pronto el garante adquiera el bien, su garantía sobre este sería automática (aunque sujeta a las reglas de oponibilidad).

Elementos esenciales del contrato de garantía:

Al establecer un contenido mínimo de los contratos de garantía, el artículo 14 de la Ley 1676 estableció sus elementos esenciales:

- i. Identificación de las partes.
- ii. Monto máximo de la garantía.
- iii. Descripción (puede ser genérica) de los bienes dados en garantía.
- iv. Descripción de las obligaciones garantizadas (presentes/futuras, clase, cuantía o reglas para su determinación).

Por supuesto, se trata de elementos tan amplios que permiten su adaptación a cualquier contrato típico que se utilice con funciones de garantía.

Requisitos Formales del Contrato

El contrato de garantía deberá celebrarse mediante un documento escrito. Por supuesto, el concepto de escrito incluye los mensajes de datos, y documentos como los mensajes o

comunicaciones electrónicas que dejen una evidencia permanente del consentimiento de las partes. No obstante, según la naturaleza o tipo de bienes sobre los cuales recaiga la garantía podrá resultar necesario agotar otro tipo de formalidades. Por ejemplo, si la garantía llegará a darse sobre un establecimiento de comercio, en virtud de la regulación especial propia de este bien mercantil, se deberán seguir aplicando las formalidades propias de la prenda sobre los mismos (art. 526 C.Co).

El carácter principal del contrato:

En el caso de las garantías contractuales, de manera expresa la ley los caracteriza como principales. Esta caracterización significa un cambio frente al ya usual y justificado carácter accesorio de las garantías en nuestra práctica jurídica que significaba que la garantía debía seguir la suerte de la obligación principal.

El punto será visitado nuevamente más adelante, en todo caso, como se hace evidente al estudiar la ejecución de las garantías mobiliarias, esta caracterización busca lograr una mayor efectividad de la garantía restringiendo los motivos por los cuales el deudor se puede oponer a la ejecución, sin que ello signifique necesariamente una desprotección del deudor o del garante.

6. Tipo de obligaciones que pueden ser garantizadas

Se podrán garantizar mediante una garantía mobiliaria obligaciones de cualquier naturaleza (Presentes o futuras, determinadas o determinables). La ley hace una lista no taxativa:

- i. Capital, intereses corrientes y moratorios.
- ii. Comisiones al acreedor.
- iii. Gastos de guarda de la garantía (si fueron pactados previamente).
- iv. Gastos de ejecución.
- v. Daños causados por incumplimiento (acordados por las partes o tasados por un juez).
- vi. Daños pactados.
- vii. Diferencias de tasas de interés o de cambio según se haya pactado.

7. Ampliación de los bienes susceptibles de servir como garantía

Esta ley consolida una tendencia que se venía dando en la práctica comercial al considerar que las garantías dejan de ser un concepto aplicable principalmente a bienes. En la medida que se buscan alternativas que permitan garantizar el cumplimiento de una obligación, lo importante es que el objeto de la garantía tenga un valor patrimonial, y en caso de incumplimiento, la garantía se pueda hacer efectiva fácilmente. Bajo esta concepción, todos los derechos de contenido patrimonial pueden servir de garantía:

- a. Bienes muebles: Los inmuebles no constituyen garantías “mobiliarias” con excepción de los bienes inmuebles por destinación o por adhesión, que pueden ser grabados con una garantía mobiliaria siempre que su separación física sea posible sin causar detrimento al inmueble.
- b. Bienes derivados: El Código de Comercio, al regular la prenda del Establecimiento de Comercio ya había permitido crear garantías circulantes en nuestro ordenamiento si

bien ese pacto consistía en un elemento accidental de la prenda (Art. 532 C.Co.). La ley 1676 revierte esa regla para todos los tipos de garantía sobre cualquier bien, y por lo tanto, será un elemento natural del contrato de garantía el que los bienes derivados o atribuibles se entiendan cobijados con la garantía.⁹

¿Existe una derogación tácita del artículo 532 del C.Co.? Pudiera pensarse que en efecto ha operado tal derogatoria por cuanto en las exclusiones de aplicación de la ley 1676 no incluyen las garantías sobre bienes mercantiles. Sin embargo, bajo un criterio de especialidad y no de temporalidad, considero que las garantías sobre el Establecimiento de Comercio según se encuentran reguladas en el Código de Comercio siguen vigentes incluso bajo la vigencia de la ley 1676/13.

- c. Bienes Futuros: Al igual que con la venta de cosa ajena, la ley admite la posibilidad de constituir una garantía sobre bienes que aún no son propiedad del garante. Naturalmente la eficacia de la garantía está condicionada a la adquisición del bien según se explicó líneas atrás.
- d. Bienes inmateriales: Dentro de los derechos de contenido patrimonial que se pueden tener como garantías la ley incluye, entre otros, los siguientes:
 - i. Derechos sobre bienes existentes o derechos aún no adquiridos sobre bienes futuros.
 - ii. Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual.
 - iii. Derecho al pago de depósitos de dinero.
 - iv. Acciones, cuotas o partes de interés (excluyendo los títulos desmaterializados).
 - v. Derechos a reclamar el cumplimiento de una prestación (excluyendo las *intuitu persona*).
 - vi. En general cualquier bien inmaterial al que le sea dada una valoración económica.

8. La Cesión de Créditos en Garantía

El objeto de la garantía es un crédito a favor del deudor. Por su naturaleza y debido a que el capítulo II del título III de la ley se dedica a ella, merece un comentario particular.

En este caso, la garantía consiste en un acuerdo entre el acreedor garantizado y el garante consistente en tener como garantía del pago de una obligación un crédito existente o futuro a favor del garante. La cesión de créditos en garantía no es una innovación de la Ley 1676/13. El Código Civil en el artículo 2414 (artículo derogado por la 1676) contemplaba la posibilidad de que la cesión de un crédito no se hiciera a título traslativo de dominio sino como garantía del pago de una obligación.¹⁰ Igualmente, la fiducia como negocio jurídico abstracto, admitía la posibilidad de que los bienes constitutivos de la fiducia fueran créditos y que su traslado a un fiduciario se hiciera con fines de garantía.

⁹ Es pertinente cuestionar si los bienes derivados que sean propiedad de terceros se deben entender incluidos en la garantía.

¹⁰ “El crédito, como bien corporal y mueble, puede ser pignorado por su titular (acreedor) o por quien, sin ser tal, tenga poder dispositivo sobre ese derecho, con el propósito de caucionar una obligación del constituyente o de otro sujeto.” F. Hinestrosa. Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura y Vicisitudes. Tomo I. 2ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, P. 463.

Naturalmente, esta hipótesis supone la existencia de dos contratos diferentes (el contrato del que surge el crédito inicial y el contrato de garantía mediante el cual se cede aquél), que por supuesto, al ser negocios jurídicos autónomos, las estipulaciones de uno de ellos no podrán modificar las del otro.

Características de la cesión de créditos en garantía

- i. El contrato existe y produce efecto entre las partes (cedente y cesionario) desde el momento de su celebración. Por lo tanto, no resulta necesario notificar al deudor cedido para perfeccionar la cesión en garantía, igualmente, es posible ceder varios créditos de forma unitaria sin necesidad de suscribir un contrato de cesión por cada uno de ellos.

Estas medidas resultan bastante convenientes para la práctica comercial de estas operaciones pues, en los eventos en que se trate de la cesión en garantía de grandes números de créditos, no será necesaria la aceptación del deudor cedido, la cual podría ser indeseable pues complicaría la posibilidad de usar el crédito como colateral ante la negativa de alguno o algunos de los deudores.

- ii. No serán oponibles al cesionario garantizado las obligaciones contenidas en el contrato del cual surge el crédito que es cedido, consistentes justamente en la obligación de no cederlo. Sin embargo, esa inoponibilidad de la cláusula de no cesión en garantía no libera de responsabilidad al acreedor cedente frente al deudor del crédito que ha sido cedido incumpliendo una cláusula en ese sentido. Por lo tanto, el incumplimiento de la cláusula de no cesión tiene efectos inter partes entre los sujetos del contrato inicial, sin que esa situación afecte la existencia o validez del negocio jurídico subsiguiente de cesión en garantía.

Así mismo, si el incumplimiento de la cláusula que prohíbe la cesión en garantía genera una pena para el acreedor cedente, el valor de la misma no podrá ser deducido por el deudor cedido del monto de la obligación adeudada. No obstante, si el acreedor cedente es una institución financiera, el deudor cedido si podrá hacer esa compensación especial frente al cesionario garantizado.

- iii. Si bien la notificación al deudor cedido no es un elemento de existencia de esta garantía, su utilidad tiene diversas funciones: de un lado, permite informar al deudor cedido a quien debe pagar el crédito a partir de ese momento, y así mismo, permite limitar la posibilidad de que se continúen creando derechos de compensación para reducir el monto de la deuda entre deudor cedido y acreedor cedente.

Por lo tanto, con posterioridad a la notificación, el deudor cedido sólo hará un pago liberatorio si paga al cesionario garantizado o a quien se le haya indicado. Si paga de otra forma no será un pago válido, y si el acreedor cedente recibe el pago en contravención de las instrucciones notificadas incurriría en una infracción penal.

En cuanto a la compensación entre garante y deudor cedido, sólo será posible hacer la compensación de derechos existentes hasta antes de la notificación de la cesión en garantía. La notificación tendrá el efecto de prevenir el surgimiento de nuevos

derechos de compensación, no obstante lo cual se deberán respetar los existentes a esa fecha.

La notificación no es un acto formal y puede realizarse por cualquier medio, debiendo ser suficiente y completa de modo que permita al deudor cumplir con su obligación de pago. Por supuesto la diligencia propia de las prácticas comerciales exigirá la existencia de una evidencia en cuanto al contenido de la notificación.

¿En que momento debe enviarse la comunicación de la cesión del crédito?

Las partes pueden pactar el momento en que deba hacerse, antes o después del incumplimiento del deudor cedido, con las consecuencias atrás explicadas en cuanto a los efectos de la notificación. Por su puesto, la diligencia exige al deudor cedido solicitar una prueba de que la persona que lo está notificando está legitimada a recibir el pago (copia del contrato de garantía). De no mediar esa prueba, podrá seguir pagando al garante y hacer valer compensaciones contra este.

En caso de que el deudor del crédito cedido reciba más de una notificación de cesión, deberá dar prioridad a la primera de las notificaciones que haya recibido, pudiendo en todo caso presentarse acciones judiciales y reclamaciones entre los diferentes cesionarios garantizados.

9. Derechos y deberes del Garante

Derechos del garante en vigencia de la garantía: Si la garantía es sin tenencia del acreedor, el deudor garante mantiene la posibilidad de cobrar el crédito en garantía, de usar los bienes, de transformarlos, venderlos, alquilarlos y constituir otras garantías sobre los mismos. La amplitud de estas facultades, que buscan que el garante no pierda la utilidad económica sobre el bien, se encuentra sin embargo limitada por el concepto del “giro ordinario de los negocios”. Por lo tanto, el deudor deberá justificar los actos de disposición dentro del giro ordinario de sus negocios.

La norma parece entonces evidenciar nuevamente el balance que hizo el legislador en la relación contractual de crédito. Teóricamente diríamos que se ha favorecido el principio de la autonomía contractual y de la buena fe en la ejecución de las relaciones contractuales, por lo que los mecanismos de control de eventuales abusos serán ejercidos con posterioridad a que los mismos se presenten. El criterio de utilidad de este razonamiento es evidente. Se prefiere incentivar una práctica mediante herramientas legislativas de aplicación general y controlarla mediante decisiones judiciales individuales. Por supuesto, este razonamiento supone que para la efectividad de los cambios legislativos ocasionados, existan herramientas de resolución de controversias que sean eficientes. Esta eficiencia se busca mediante la asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en materia de garantías mobiliarias.¹¹

¹¹ A modo de comentario auxiliar, considero que si bien el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de entidades administrativas ha mostrado ser un ejemplo de éxito en nuestro país, dichas funciones son cada vez mayores, lo que por supuesto puede ocasionar una dificultad en cuanto a la eficiencia inicialmente pretendida. No se debe poner en riesgo el éxito que representan las funciones jurisdiccionales de las superintendencias

En el caso de la facultad de alquilar los bienes en garantía en el giro ordinario de los negocios, se debe anotar de forma adicional que en este caso si se requiere la autorización o consentimiento del acreedor garantizado.

Por supuesto, las partes pueden restringir cualquiera de estas facultades. Por lo tanto, se anticipa que en los contratos de adhesión que se van a desarrollar para las garantías mobiliarias del sector financiero, será una práctica usual restringir la facultad de crear más garantías. El alcance de este tipo de restricción será visto más adelante.

Derechos del garante a la terminación de la garantía: Una vez se haya presentado el cumplimiento de la obligación garantizada, el garante tendrá los siguientes derechos:

- i. A la terminación de la garantía. Esto significa la devolución de los bienes, la cancelación del registro, del control de las cuentas o a la notificación al deudor cedido.
- ii. A la actualización de la garantía en caso de pagos parciales.
Este derecho parece razonable. Sin embargo, preocupa su carácter dispositivo en relaciones asimétricas como suelen ser las de crédito.

Deberes del garante:

Los deberes que se mencionan a continuación se entienden naturalmente incluidos en el contrato de garantía, pudiendo en todo caso las partes excluir todos o algunos de ellos:

- i. Cuando le sea informado el inicio de la ejecución especial de la garantía (explicada más adelante), se suspenden los derechos de cobro que tiene el garante durante la vigencia de la garantía.
El derecho del garante a usar el bien se mantiene, sin embargo el garante responderá por cualquier daño que su ejercicio pueda causar al acreedor.
- ii. Cuidar los bienes en garantía.
- iii. Permitir al acreedor la inspección de los bienes en garantía.
- iv. Asumir los riesgos sobre los bienes en garantía.
- v. Pagar los gastos e impuestos de los bienes en garantía.

10. Derechos y Deberes del Acreedor garantizado

A diferencia de los derechos y deberes del garante, los del acreedor garantizado, conforme con la redacción de las normas respectivas, no son normas dispositivas.

Derechos:

Cuando la garantía es con tenencia del acreedor:

- i. Tendrá derecho a usar los bienes en garantía dentro del alcance determinado en el contrato.

en Colombia. Por lo tanto, la política legislativa debe ser conciente de esto al decidir aumentar las funciones jurisdiccionales que crea en estas entidades.

Ahora bien, el tema del exceso de funciones por supuesto no excluye otros temas al respecto como el de la independencia de este tipo de jueces (administrativos) y la continuidad de los funcionarios que las ejercen.

- ii. Si se pacta de forma previa, el acreedor tendrá derecho a cobrar del garante los gastos de mantenimiento del objeto de la garantía.

Cuando la garantía es sin tenencia, en el evento en que el garante venda los bienes objeto de la garantía o los enajene de cualquier otra forma, surge un derecho para el acreedor garantizado consistente en escoger entre:

- i. La subrogación del bien en garantía por el precio de la enajenación o por el dinero que se reciba de la enajenación,
- ii. La subrogación del bien en garantía por otros bienes de la misma cuantía,
- iii. Perseguir el bien en garantía en cabeza de quien lo haya adquirido (carácter real).

Lo anterior, significa que la garantía no necesariamente perseguirá al bien, puede existir una sustitución del objeto de la garantía a discreción de su beneficiario. La norma en últimas compensa la facultad del garante de mantener el derecho de disposición del bien con esta amplia facultad que concede al acreedor.

Vale la pena cuestionar el alcance de la facultad de disposición que mantiene el garante frente a este derecho del acreedor. Piénsese por ejemplo, en un garante necesitado de liquidez que vende un bien parcialmente gravado con una garantía. En este supuesto, la liquidez del bien en garantía se encuentra reducida por la posibilidad de que el acreedor garantizado elija perseguir el bien en cabeza del tercero. El adquirente (proveedor de liquidez) deberá tener en cuenta la posibilidad de ser requerido judicialmente para entregar ese bien al acreedor por lo que en últimas puede tratarse de una facultad de disposición vacía.

Deberes

El acreedor con tenencia tiene los siguientes deberes en vigencia de la garantía:

- i. Ejercer un cuidado razonable en la custodia de los bienes. Esto incluye, salvo pacto en contrario, tomar medidas para preservar el valor de la garantía y de los derechos que se derivan de ella.
- ii. Permitir la identificación de los bienes de especie. En el caso de ser fungibles, mantener bienes de la misma cantidad y calidad.

A la terminación de la garantía surgen a cargo del acreedor deberes correlativos a los derechos del garante. Por lo tanto, el acreedor deberá inscribir el formulario de terminación de la garantía, informar al deudor cedido, devolver el bien o el control, según el tipo de la garantía.

11. La Oponibilidad de las Garantías Mobiliarias

La oponibilidad de las garantías se presenta de diferentes formas:

- i. Por la inscripción de la garantía en el registro de garantías.
- ii. Por la entrega de la tenencia.
- iii. Por el control de las cuentas bancarias.

* La oponibilidad de la cesión de créditos en garantía se da conforme con las reglas de su notificación al deudor cedido según fue explicado atrás.

12. La oponibilidad por Inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias

La inscripción es el mecanismo de oponibilidad residual, por lo tanto, si ninguno de los otros dos resulta aplicable, en todo caso se podrá registrar esa garantía para lograr ese efecto. Este registro tiene una vigencia temporal restringida como se verá en el siguiente numeral.

Cualquiera de las partes podrá solicitar el registro de una garantía, siendo principalmente del interés del acreedor garantizado hacerlo. La ley incluso incluye la posibilidad de inscribir un contrato de garantía que aún no haya sido “otorgado”. La hipótesis podría ser aplicable a eventos en los que existe incertidumbre en cuanto a la prelación que tendría la garantía sobre ese bien, por lo que como condición para la suscripción del contrato de garantía se podría pactar la inscripción, o incluso la obtención de una prioridad determinada.

En todo caso, es claro que no se podrá hacer el registro sin el consentimiento del garante, para lo cual será suficiente el contrato de garantía firmado por las partes o una autorización expresa si el mismo aún no se ha suscrito.

Oponibilidad a través del Registro para las Garantías sobre Bienes de la Propiedad Intelectual

Es preciso distinguir entre bienes que tienen un registro especial (p.ej. marcas y patentes) y los que no (p.ej. nombre comercial – cuyo depósito es voluntario). En caso de tener un registro especial, las garantías deberían tener un doble registro: tanto el propio de la naturaleza de los bienes objeto de garantía, como el que corresponde a las garantías mobiliarias creado en la ley 1676/13. Sin embargo, la ley impone un deber a las entidades encargadas de llevar el registro especial, debiendo informar al registro de garantías cualquier inscripción de garantías en el primero. La efectividad de este deber legal en cabeza de las entidades de registro hace parte del esfuerzo necesario para lograr un régimen de garantías eficiente.

Si por el contrario se trata de bienes de propiedad intelectual que no están sujetos a un registro especial, la garantía debe inscribirse en el registro de garantías para efectos de su oponibilidad.

Oponibilidad de la Fiducia Mercantil y la Prenda sobre el Establecimiento de Comercio

A partir de la vigencia de la ley 1676/13 tanto en el caso del contrato de fiducia mercantil, como en el de prenda sobre el establecimiento de comercio, su oponibilidad será determinada por la inscripción en el registro de garantías.

Ahora bien, si la inscripción en el Registro Mercantil era requerida no para efectos de oponibilidad, sino de perfeccionamiento, ¿se debe entender igualmente reemplazado ese registro? La conclusión debería ser que sólo si cumplen la misma función (oponibilidad) debería evitarse ese doble registro. Sin embargo, si el registro requerido por la ley es una formalidad constitutiva, desafortunadamente la conclusión será la necesidad del doble registro.

13. Características del Registro de Garantías Mobiliarias

Se trata de las características legales del registro que por ser creación de la ley resultan relevantes y merecerán estudio posterior una vez la regulación correspondiente sobre su funcionamiento sea expedida por el gobierno. Se mencionan las siguientes:

- Es un registro nacional, lo cual busca facilitar el tráfico mercantil y reducir costos de transacción. Las expectativas en este sentido son altas pues la efectividad de todo el sistema depende en gran parte del registro.¹²
- Será administrado por Confecámaras, quien hará convenios con las Cámaras de Comercio y ejercerá un control formal sobre los documentos registrados.
- Es un registro público oneroso, accesible electrónicamente a través de Internet. La tarifa del registro será definida por el gobierno sin que tenga en cuenta el valor del bien o de la obligación garantizada de forma de hacer asequible el registro y evitar que por los costos de inscripción las partes decidan no registrar las garantías.
- Proceso de registro mediante formularios (inscripción, modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución).
- Es un registro organizado personal y cronológicamente para cada garante. A diferencia de otros registros que se hacen por cada bien (RUNT, Instrumentos Públicos).¹³
- Tiene una vigencia temporal según lo estipulado por las partes del contrato de garantía. Supletivamente su vigencia es de 5 años. La inscripción puede ser prorrogada (automáticamente?) por periodos de 3 años.
Este punto resulta sustancial a efectos de no perder el derecho de pago preferente que otorga la oponibilidad.

14. La oponibilidad por la entrega de los bienes

La entrega de los bienes como mecanismo para lograr la oponibilidad de la garantía es aplicable para los casos de garantías con tenencia del acreedor, bien sea que la entrega se haga de forma directa al acreedor o a un tercero en calidad de depositario (siempre que así lo autorice el garante).

Si no existe autorización para la entrega a un tercero, por ejemplo por no querer asumir los gastos del depósito, el acreedor podrá decidir tenerlos directamente o regresarlos al deudor garante, caso este último en el cual se deberá proceder al cambio de mecanismo de oponibilidad.

15. La oponibilidad por el control sobre cuentas bancarias

Es importante resaltar que cuando el objeto de la garantía son saldos de cuentas bancarias, esa garantía se constituye ya no por el simple acuerdo entre garante y acreedor, sino que en este

¹² El gobierno es conciente de que el éxito de la ya de por sí bastante criticada regulación dependerá del adecuado funcionamiento del registro nacional de garantías. Las experiencias nacionales en materia de registros nacionales y unificados sin embargo justifican el escepticismo.

¹³ Al respecto se han hecho saber preocupaciones propias de nuestro entorno en cuanto a la naturaleza personal del registro. El acceso a la información de propiedades de personas es sin duda deseable desde el punto de vista regulatorio y en la práctica contractual la transparencia también es un valor deseable. La preocupación que parece existir se refiere a la posible utilización con fines ilícitos de esa información.

evento, tanto su creación como su oponibilidad coinciden y suceden cuando el acreedor adquiere el control sobre la cuenta.

Será posible entonces la celebración de un contrato de control entre la institución bancaria y el acreedor, sin embargo, la entidad bancaria no está obligada a suscribir dicho contrato, caso en que el control se podrá dar por acuerdo directo entre el acreedor y el garante que entregue el control efectivo sobre la cuenta. La intención de no obligar a una entidad financiera, seguramente se encuentra en las políticas de vinculación de clientes y suscribir contratos con terceros que le son impuestas por el EOSF.

De cualquier forma, y lo que puede significar una reducción sustancial de la garantía, el control entregado al acreedor garantizado no impide la posibilidad de que la entidad bancaria efectúe compensaciones a su favor y en contra del garante y del acreedor. Por lo tanto, en caso de que el garante tuviere créditos contra la entidad bancaria, esta podría hacer valer el monto de estos en contra del saldo de la cuenta entregada en garantía.

16. Cambio en la forma de oponibilidad

Es posible que se presente un cambio en el mecanismo utilizado para dar oponibilidad a la garantía sobre un bien o derecho. Es claro, que si la garantía es con tenencia o control para el acreedor, no se requiere el registro sino el control o la entrega, sin embargo, si llegare a devolverse la tenencia o control del bien o derechos en garantía, resultaría entonces necesario acudir a la oponibilidad mediante registro para mantener los efectos de oponibilidad. En el cambio de mecanismo de oponibilidad no deberá entonces existir una solución de continuidad en cuanto a la existencia de alguno de ellos.

17. Efectos de la Oponibilidad

El efecto principal de inscribir las garantías en el registro, o de entregar su control o tenencia es el de establecer la prelación de una acreencia sobre el bien afectado al momento de su ejecución.

Un efecto adicional consiste en impedir la posibilidad de admitir oposiciones frente a la ejecución de la garantía.

Igualmente, como se ha mencionado ya, el garante mantiene la posibilidad de enajenar el bien objeto de la garantía si la venta se hace dentro del giro ordinario de sus negocios y en ese evento, según lo dispuesto en el artículo 53 inciso 1 de la ley¹⁴, pareciera que el adquirente recibe el bien libre de garantías. Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse esta norma frente al párrafo del artículo 18¹⁵ que otorga la facultad al acreedor de elegir, en caso de enajenación

¹⁴ “**Artículo 53. Protección al Comprador o Adquirente.** No obstante lo señalado en el artículo 48, un comprador o adquirente en el giro ordinario de los negocios del garante recibirá los bienes muebles sin sujeción a ninguna garantía mobiliaria constituida sobre ellos.”

¹⁵ “**Artículo 18. Derechos y Obligaciones del Garante.** [...]”

Parágrafo. El acreedor podrá escoger en caso de venta o cesión de los bienes gravados, que estos se subroguen por el precio de la cesión o venta o por los dineros que se reciban, o mantener bienes por la misma cuantía, o perseguir los bienes objeto de la garantía en poder de quien los haya adquirido.”

de la garantía, si persigue el objeto de la garantía en manos del adquirente? En este caso la contradicción es aparente en la medida que se debe favorecer la buena fe del tráfico mercantil de modo que el adquirente dentro del giro ordinario de los negocios que ignora la existencia de una garantía sobre ese bien, lo debe adquirir libre de la garantía, sin que esa circunstancia signifique una liberación del deudor frente a su acreedor. Adicionalmente a esta adquisición de buena fe, el acreedor puede autorizar expresamente una enajenación por fuera del giro ordinario de los negocios del garante, autorización que liberaría el bien frente al adquirente.

18. La Prelación de las garantías constituidas sobre el mismo bien

En principio la regla general de la prelación será *prior tempore potior iure*, con relación al momento en que ocurre la oponibilidad. La gran excepción como se verá, la constituyen las garantías prioritarias de adquisición. A continuación las diferentes hipótesis que se encuentran en la ley:

Más de una garantía sin tenencia o gravámenes legales, judiciales o tributarios:

- Su prelación estará determinada según el orden de inscripción en el registro.
- Si una de las garantías no está inscrita, naturalmente la prelación la tendrá la garantía que se haya registrado.
- Si ninguna de las garantías está registrada, la prelación estará dada por la fecha de celebración del contrato de garantía (existencia).

Más de una garantía con tenencia o control:

- La prelación se determina conforme con el orden cronológico en que se haya dado la tenencia o el control sobre el bien dado en garantía.

Más de una garantía sobre el mismo bien, pero se trata de diferentes tipos de garantía p.ej. una garantía con tenencia y otra garantía sin tenencia:

- La prelación entre garantías cuya prelación se determina por diferentes métodos estará determinada por cualquiera de los eventos que haya ocurrido antes.

La prelación entre la garantía mobiliaria de un inmueble por adhesión o destinación desafectado y una garantía sobre el inmueble al que está destinado o adherido

- La prelación estará dada por la fecha del registro anterior (registro de garantía vs. registro de instrumentos públicos).

El caso especial de la Garantía Prioritaria de Adquisición:

Se trata de una garantía sobre un bien determinado (incluyendo los bienes derivados del mismo) que haya sido adquirido usando la financiación otorgada por el acreedor. En este caso existe una prelación especial incluso frente a garantías ya registradas sobre el mismo bien. Se rompe la regla de prelación dada por la oponibilidad con el propósito de favorecer la financiación de adquisición de activos.

Esta prelación especial está sujeta a dos condiciones:

- i. Inscripción usando el formulario especial conforme con la naturaleza de la garantía, y
- ii. Si el bien en garantía hace parte del inventario del garante, notificar a los acreedores registrados que vean afectada su prelación.

La ley no parece decir la finalidad de esta notificación, sin embargo, suponemos que además de ponerlos en conocimiento, les brinda una oportunidad a los acreedores afectados de revisar las condiciones de su garantía y eventualmente acordar modificaciones a las mismas.

La extensión de la prelación a bienes atribuibles

La prelación de la garantía sobre un bien se hace extensiva a los bienes expresamente incluidos en el registro, más los bienes que les sean atribuibles, con independencia de la fecha en que se hayan adquirido o surjan (antes o después de la fecha de prelación del bien original).

La prelación frente a compradores de buena fe:

En principio, el efecto de la enajenación de una garantía real es el de otorgar el derecho de persecución del acreedor en contra de cualquier persona que esté en posesión de ese bien. Por supuesto, el acreedor podría autorizar expresamente esa enajenación, caso en que no se daría el derecho de persecución propio de las garantías. Sin embargo, como se mencionó atrás, la ley 1676/13 permite la venta del bien en garantía (en las garantías sin tenencia y a pesar de estar registrada) siempre que se haga dentro del giro ordinario de los negocios del garante, por lo que al adquirente recibirá el bien libre de garantías. En este evento se protege la buena fe del adquirente en favor del tráfico mercantil, evitando imponer una carga de diligencia al adquirente de verificar la existencia de garantías previas.

Ahora bien, ¿la buena fe que protege esa norma se afectaría por el conocimiento real y efectivo que pudiera tener el adquirente sobre la existencia de una garantía inscrita sobre el bien adquirido en el giro ordinario de los negocios? La norma no parece decirlo, sin embargo se debería entender que en efecto un conocimiento efectivo rompe la buena fe que la norma busca proteger y por tanto la garantía se mantendría frente a un adquirente en esas condiciones.

Prelación de Garantías Mobiliarias Constituidas con antelación a la Ley 1676/13 (arts. 49, 84 y 85)

En el caso de garantías constituidas antes del 20 de febrero de 2014, su existencia estará determinada por las normas vigentes al momento de su creación. No obstante, su prelación si estará sujeta a las disposiciones de la ley 1676/13.

De esta forma, si tenemos dos garantías sobre el mismo bien, una constituida antes y otra después de la vigencia de la ley, la primera tendrá su prelación determinada por la fecha en que se hizo oponible (en los términos de la nueva ley), es decir cuando se haya registrado (en este caso se tendrá en cuenta la fecha de la inscripción en el registro mercantil), o cuando se haya entregado su control o tenencia. Ahora bien, para mantener esa fecha de prelación, en

todo caso, para preservar su prelación *original*, deberán ser inscritas en el registro de garantías mobiliarias, a más tardar el 20 de agosto de 2014.

Si las garantías anteriores al 20 de febrero de 2014 no fueron registradas en el registro mercantil o en registros especiales, a efectos de la oponibilidad de la ley 1676/13 se tendrían como no registradas y su prelación estaría determinada por la fecha en que efectivamente sean inscritas en el registro de garantías mobiliarias.

19. El funcionamiento de las Garantías Mobiliarias en los Procesos de Insolvencia

La regulación del funcionamiento de las garantías mobiliarias en los procesos de insolvencia constituye una verdadera reforma de los regímenes concursales de la ley 1116/06 y del C.G.P. A continuación se comentarán de forma separada los procesos de reorganización y de liquidación regulados en la 1676/13:

Reglas especiales en los procesos de Reorganización y Convalidación

Se reitera el efecto de suspensión o atracción de procesos de ejecución frente a bienes del deudor, sea que se trate de bienes muebles o inmuebles. Sin embargo, y esto merece ser resaltado, el fuero de atracción se restringe a los bienes que el deudor haya informado como *necesarios para su actividad*. De entrada, debe comentarse que el legislador no define (no debería haberlo hecho) que se entiende por esa frase, razón por la cual seguramente la calificación de no necesarios para la actividad del deudor exigirá una acreditación, por lo menos sumaria de esa calidad.

De esa forma, los bienes *no necesarios para la actividad del deudor* podrán continuar o iniciar su ejecución de forma separada al proceso concursal, con lo que se presenta un cambio importante al principio de universalidad objetiva de los procesos concursales,¹⁶ lo que resulta evidente tendrá un efecto sobre la masa disponible para el concurso. Ahora bien, además de esta hipótesis de exclusión de bienes de la masa concursal en los procesos de reorganización, la ley 1676/13 crea otros supuestos de exclusión:

- i. Si el deudor no inventarió un bien como necesario para su actividad, un acreedor podrá en todo caso solicitar al juez del concurso la continuación o inicio de la ejecución de bienes del deudor por fuera del proceso de reorganización, demostrando el supuesto de no necesidad para la actividad del deudor.
- ii. Adicionalmente, la exclusión por orden judicial se puede fundamentar en el riesgo de deterioro o de pérdida de los bienes.
- iii. El registro de los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía causa el efecto de excluir los bienes de la masa del deudor que se encuentra en un proceso de insolvencia (Par. Art 3 L. 1676/13). Con esta norma, lo que solía ser una excepción se vuelve regla por vía legislativa, de modo que las garantías, incluidos los contratos de fiducia, no se verán afectados por la existencia de un concurso.

¹⁶ El principio de universalidad se encuentra expresamente mencionado en el artículo 4 de la ley 1116 de 2006. Al respecto: J.J. Rodríguez Espitia. Nuevo Régimen de Insolvencia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. P. 67 y ss.

En el caso de bienes sujetos a depreciación y que no se excluyan del concurso, el acreedor podrá solicitar al promotor o al juez, (i) la sustitución del bien, (ii) la constitución de reservas, o (iii) la realización de pagos periódicos para compensar la desmejora de su garantía durante el transcurso del proceso de reorganización.

Como puede verse, las exclusiones son bastantes y con un ámbito de aplicación extendido. Consecuencialmente, los procesos de reorganización verán reducida sustancialmente la masa de bienes con lo que es posible que se haya afectado la finalidad de los procesos de reorganización en la medida que los acreedores garantizados y excluidos de la masa pierden cualquier interés en la recuperación de un garante en reorganización. La política legislativa en este punto favorece la posición de un acreedor individual garantizado frente al propósito perseguido por los procesos concursales.

Derechos del acreedor garantizado en el Proyecto de Graduación y Calificación:

En el proyecto, el promotor incluirá el monto de la obligación garantizada (al igual que bajo la ley 1116 y el C.G.P.), pero además deberá tener en cuenta los intereses pactados y los que se causen hasta que se celebre el acuerdo de reorganización, sin que el valor resultante pueda ser superior al valor del bien objeto de la garantía.

¿Un acreedor garantizado (de los -¿pocos?- que deben permanecer en el concurso) necesitaba un aumento en su poder de voto al momento de aprobar el acuerdo? La justificación nuevamente se debe buscar en la finalidad de la ley según fue comentada inicialmente, es decir, en que la mejor posición de un acreedor garantizado incrementará el acceso al crédito y reducirá los intereses que se cobren.

Efecto del acuerdo sobre la preferencia que otorgan las garantías:

Confirmado el acuerdo, el acreedor garantizado tiene derecho a un pago preferente frente a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo, incluso si aceptó la venta de la garantía. En ese evento, naturalmente el deudor perdería la posibilidad de perseguir el bien en cabeza de un tercero, pero mantendría la preferencia de pago de su obligación en el marco del acuerdo.

Es decir, el acuerdo no afecta la prelación del acreedor garantizado salvo que voluntariamente renuncie a su derecho al pago preferente.

Proceso de Liquidación

El legislador previó que las disposiciones en materia de garantías mobiliarias que se aplican a la liquidación por adjudicación (aquella que se presenta cuando a falta de acuerdo de reorganización, el acuerdo de los acreedores tiene como finalidad distribuir los activos del deudor) fueran las mismas que las que se aplican a la liquidación judicial.

Exclusión de los bienes en garantía

La principal novedad que trae la reforma concursal de la ley 1676/13 en la regulación de los procesos de liquidación judicial es la exclusión de la masa de los bienes que han sido dados en

garantía, si la garantía fue debidamente registrada. No obstante, si existen acreedores pensionales que se pueden ver afectados con esa exclusión, la exclusión no podrá aplicarse.

Será igualmente posible vender la empresa como unidad económica (incluyendo bienes en garantía que podrían excluirse), evento en el cual, antes o después de la enajenación global, el acreedor garantizado tendrá derecho a que del resultado de la enajenación le sea pagada de forma preferente su obligación. En efecto, se consolida la tendencia a excluir de los concursos los bienes gravados con garantías.

Sin embargo, frente a la protección especial de los derechos pensionales, llama la atención el hecho de que el legislador no haya considerado los intereses de otros acreedores como por ejemplo, los laborales. Ahora, de haberlo permitido, serían escasos los eventos que las exclusiones serían aplicables, sin embargo, en el ambiente judicial y legal existente en Colombia caracterizado por ser altamente proteccionista de los derechos laborales (y no siempre sin razón), esta norma no dejará de ser comentada y posiblemente su constitucionalidad sea impugnada.

Reglas de Enajenación y Adjudicación de los bienes en garantía

La regla general en estos procesos consiste en la enajenación de los activos para con su producto pagar los créditos conforme con la prelación legal. Sin embargo, si no todos los bienes son vendidos, se procederá a su adjudicación por acuerdo o judicialmente.

Al respecto la ley 1676/13 determina que el juez podrá adjudicar directamente al acreedor el bien que le servía de garantía siempre que su valor sea inferior o igual al de la obligación garantizada. Si por el contrario el bien supera el valor de la obligación garantizada, el acreedor tiene dos opciones: (i) Permitir que se enajene para que con el resultado se pague en primer lugar su deuda y el remanente vuelva a la liquidación, o (ii) solicitar la adjudicación del bien entregando al liquidador el saldo pendiente de la deuda. En el caso de pago por adjudicación, la garantía se adjudicará al acreedor garantizado hasta concurrencia de la deuda garantizada, y el remanente será adjudicado a los demás acreedores.

20. Mecanismos de Ejecución de la Garantía

Además de los trámites de ejecución de la garantía en los que se busca vender o adjudicar el bien para de esta forma cumplir con la obligación garantizada, la ley creó una forma de pago directa, mediante la cual el acreedor se hace a la propiedad del bien dado en garantía.

Adicionalmente, la ley permite que las partes del contrato de garantía utilicen cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de conflicto para resolver cualquier controversia relacionada con las garantías mobiliarias, lo que de manera especial significa la posibilidad de ejecutar una garantía mobiliaria mediante arbitramento.

Pareciera en todo caso previsible que la justicia arbitral no conozca muchas ejecuciones de garantías mobiliarias en razón de las alternativas de ejecución de la garantía creadas en la ley. Pero más allá, podría considerarse que los árbitros deberían aplicar los procedimientos especiales consagrados en la ley 1676/13 en lugar del procedimiento arbitral de la ley 1563/12? Es la opinión que aquí se sostiene, que la especialidad de los procedimientos de

ejecución de las garantías no deberían ser trasladadas en caso de existencia de un pacto arbitral. Bajo esa regla, todo proceso especial de las reglas procesales debería entenderse igualmente aplicable ante la justicia arbitral cuando justamente la razón de ser de ese mecanismo alternativo es el de ofrecer un procedimiento propio y especial. Por supuesto, bien podrían las partes, en ejercicio de su autonomía privada al elegir las normas bajo las cuales se deberá resolver su controversia¹⁷, elegir la aplicación de las alternativas de ejecución de la ley 1676/13.

Igualmente, es pertinente recordar que si bien la posibilidad de llevar procesos ejecutivos por vía arbitral no es nueva en nuestro ordenamiento, la dificultad que enfrentan seguirá siendo la competencia temporal de los árbitros que terminará con la orden de continuar la ejecución, sin que necesariamente en ese momento se haya dado el pago efectivo de la deuda¹⁸.

Pago Directo

La posibilidad de hacer el pago directo al acreedor mediante la apropiación de la garantía supone que esto se haya pactado expresamente, o que se trate de una garantía con tenencia del acreedor.

El valor por el cual se recibe el bien será determinado mediante dictamen pericial. El saldo de la deuda, si el valor del bien no fuera suficiente, deberá cobrarse al deudor, por el contrario, deberá depositarse a nombre de los demás acreedores registrados en caso de existir un saldo remanente.

Este mecanismo de pago directo representa un cambio sustancial frente a la tradición jurídica colombiana. Con la inclusión de esta figura y por disposición expresa de las normas sobre vigencia de la ley 1676/13, la prohibición del pacto comisorio de la prenda ha sido derogada tanto del Código Civil como del Código de Comercio. Ahora bien, con anterioridad a la ley 1676/13, la Corte Suprema de Justicia¹⁹, había tenido la oportunidad de ocuparse de los pactos de apropiación de la prenda y su posibilidad de abuso en las relaciones de garantía, sosteniendo que los mismos eran admisibles siempre que se dieran con posterioridad a la celebración del contrato de prenda, evitando que el acreedor se aprovechara de la necesidad del deudor. La ley en comento cambia esta jurisprudencia que servía de excepción a la prohibición, para eliminarla por completo. Ahora bien, al igual que sucedería con cualquier otra cláusula contractual, la ley recuerda que estos pactos deben respetar las normas sobre cláusulas abusivas y contratos de adhesión.

Históricamente, la prohibición del pacto comisorio buscaba proteger al deudor de abusos de parte de su acreedor. Con la excepción judicial mencionada y la posibilidad de solicitar la adjudicación del bien al juez dentro del proceso de ejecución, pareciera existir una flexibilización suficiente que no arriesgaba la posición del deudor frente a posibles abusos. No obstante, el legislador ha cambiado de enfoque. La protección que se brinda al deudor ya

¹⁷ Art. 58 Ley 1563 de 2012 y artículo 13 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁸ H. López Blanco. *Proceso Arbitral Nacional*. Dupré Editores. Bogotá. 2013. P. 113 y ss.

¹⁹ Magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, Expediente 110013103018 1893 20302-02.

no es general, ni a priori, y por el contrario será a posteriori y revisada en casos concretos. El legislador hizo nuevamente una ponderación a favor de la eficiencia en la ejecución de la garantía.

La pregunta evidente es si el nuevo esquema de protección al deudor es suficiente para proteger frente a los abusos. La respuesta dependerá de la aplicación de las normas sobre contratos de adhesión, o de la calificación de uno de estos pactos como abusivo. Así mismo, la lentitud de los mecanismos de defensa contractuales (que en todo caso no es propia de la ejecución de las garantías sino estructural del sistema judicial colombiano), deberá a partir de ahora ser asumida por el deudor que debe aceptar la inclusión de este tipo de pactos.

De otro lado, frente a la duda que pareciera existir frente a un pacto comisorio en un contrato que se hubiera suscrito con anterioridad al 20 de febrero de 2014, escenario académico ante todo, pero que sin embargo ha sido ya planteado, consideramos que el mismo debería entenderse convalidado pues si bien se entendió pactado bajo la ley anterior (ley 153 de 1887) que lo hacía ilegal, el motivo de la ilegalidad ha sido removido del ordenamiento y el principio de la salvación del negocio jurídico justificaría la salvación de la cláusula. Por supuesto, esta situación no puede entenderse como una posibilidad para desechar la aplicación de las normas especiales en materia de pactos abusivos bien de las normas especiales en materia de consumidor o derivadas de los principios generales del derecho.

Tramites de Ejecución

Adicional a este mecanismo de pago directo, si el acreedor no está interesado en hacerse a la propiedad del bien, la ley mantiene trámites de ejecución de la garantía. En efecto, existen mecanismos de ejecución judicial y otros mecanismos especiales en los que las partes pueden pactar las reglas de la ejecución, que se harán por intermedio de particulares que ejercen funciones públicas (notarios y cámaras de comercio), con la eventual intervención de un juez.

Iniciado el trámite de ejecución de una garantía, si el mismo no es continuado en un término prudencial, según será reglamentado por el gobierno, se otorga un derecho al garante para solicitar la cancelación de la inscripción del formulario de ejecución (sin embargo pareciera que el acreedor podría libremente iniciar el proceso nuevamente).

Así mismo, la ley incluye un supuesto que resguarda los derechos del garante en caso de que el acreedor garantizado abuse de los derechos de ejecución que le son conferidos. Se trata de una manifestación expresa del principio del abuso del derecho (art. 830 C.Co.)

Ejecución judicial

La autoridad judicial competente para conocer de la ejecución de garantías mobiliarias es el juez civil municipal o de circuito dependiendo de la cuantía de la obligación.

A prevención, le fueron asignadas funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en el evento en que el garante sea una sociedad vigilada por esta entidad. Si bien, es constitucional y legalmente posible asignar estas facultades jurisdiccionales a una entidad

administrativa, se debe en todo caso garantizar el debido proceso de los ciudadanos, la independencia e imparcialidad en el ejercicio de las mismas²⁰.

El procedimiento aplicable será el contenido en los artículos 467 y 468 del C.G.P., aclarando que por expresa disposición de la ley 1676, el artículo 468 del C.G.P. ya se encuentra vigente²¹. El proceso ejecutivo sin embargo restringe las excepciones que se pueden presentar (son las mismas que en la ejecución especial y se mencionarán en el siguiente punto), las demás deberán tramitarse mediante un proceso declarativo, sin que tengan la posibilidad de afectar el destino que se le de al bien dado en garantía. Esta es la expresión más clara del carácter principal del contrato de garantía.

Ejecución Especial

Consiste en la posibilidad que tienen las partes de acordar las reglas a seguir en la ejecución de la garantía, sin embargo de lo cual la ley contiene un procedimiento supletivo. Esta posibilidad resulta novedosa y por demás útil en la medida que permite a las partes acordar verdaderas reglas de procedimiento a seguir para la ejecución de la garantía. Por supuesto, habrá que esperar a si esa facultad resulta efectivamente utilizada, en especial en un ejercicio libre de negociación y no simplemente impuestas por partes profesionales que normalmente celebran contratos de garantía (es de esperar que suceda esto último).²²

El procedimiento legal supletivo consiste básicamente en las siguientes etapas:

- i. Inscripción en el registro de garantías mobiliarias del formulario de ejecución (Art. 65 Par.).*

A partir de la inscripción de este formulario, el garante ve “suspendido” el derecho de enajenación de los bienes dentro del giro ordinario de los negocios. Si no obstante la inscripción, el garante vende el bien en garantía, será responsable de los perjuicios que esa venta pueda causar al acreedor garantizado. Adicionalmente, si se trata de una venta que no corresponde al giro ordinario de los negocios del garante, el adquirente será solidariamente responsable con el garante de los perjuicios que esa venta cause al acreedor, y la garantía además de mantenerse, se extenderá sobre el precio que fue pagado por el bien.

Sin embargo, no parece claro si la venta del bien en garantía, que se haga dentro del giro ordinario de los negocios del garante, pero que se haga con posterioridad a la inscripción del formulario de ejecución, significa que la garantía se mantiene y es perseguible en

²⁰ Discusión que ya se presentó frente a las funciones jurisdiccionales de la SIC en materia de competencia desleal y las administrativas en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Corte Constitucional. Sentencia C - 649 de 2001 y C – 415 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

²¹ Exclusivamente en materia de garantías mobiliarias pues como se sabe, en virtud de los criticables acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura (PSAA13-10073), la entrada en vigencia de esa norma y del Código en su totalidad se hará a plazos que terminan en Diciembre de 2015.

²² Pienso que es factible cuestionar satisfactoriamente el otorgamiento de esa facultad de disposición de reglas de procedimiento en relaciones que suelen ser desequilibradas entre las partes del contrato pues por supuesto darían lugar a la imposición del procedimiento por parte de la parte fuerte del contrato.

cabeza del adquirente, o si en ese evento se protege la buena fe del adquirente y el acreedor deberá buscar la responsabilidad en cabeza exclusiva del garante por los perjuicios que esto le cause. La segunda posibilidad resultaría la más adecuada.

ii. Solicitud a un Notario o a una Cámara de Comercio de enviar al garante una copia de la inscripción del formulario de ejecución.

Se ha buscado la intervención de estos particulares para facilitar la ejecución de las garantías extra judicialmente. Sin embargo, sus facultades legales se encuentran limitadas a la existencia de total acuerdo entre las partes sobre la ejecución pues si se llegare a presentar un desacuerdo, el notario o la cámara de comercio deberán remitir la actuación al juez competente para que las resuelva. Por lo tanto, el ejercicio de las facultades legales consagradas en esta ley no comporta el desarrollo de una función pública o de actividades jurisdiccionales, en estos eventos sirven tan solo de intermediarios imparciales que facilitan la aplicación de reglas pactadas de mutuo acuerdo por los directamente afectados.

Las tarifas que podrán cobrar estos particulares por su intermediación en estos servicios deberán ser igualmente reguladas por el gobierno.

iii. Envío de una copia del formulario de ejecución a los demás acreedores garantizados registrados.

Dentro de los 5 días siguientes al recibo de la comunicación enviada por el acreedor ejecutante, los demás acreedores garantizados podrán hacerse parte del proceso de ejecución especial, de lo contrario, sus objeciones no podrán ser tenidas en cuenta dentro del mismo.

Ahora bien, la norma parece también incluir el término de 5 días para iniciar ejecuciones judiciales independientes, sin embargo, este término no se debe entender como una caducidad de la acción de esos acreedores registrados, quienes en todo caso podrán iniciar sus procesos de ejecución independiente (por fuera de los 5 días), no obstante las acciones posteriores quedarán naturalmente supeditadas al resultado de la ejecución de la garantía ya iniciada.

iv. Presentación de oposiciones a la ejecución de la garantía.

Dentro de esta ejecución especial sólo se admitirán las siguientes excepciones:

1. Extinción de la garantía,
2. Extinción de la obligación garantizada,
3. Inexigibilidad de la garantía,
4. Falsedad de la firma o del título,
5. Error en la cantidad exigible.

Las demás excepciones deberán ser presentadas por la vía declarativa ante un juez, con posterioridad al trámite de ejecución de la garantía, y sin que su resultado pueda afectar el destino que se le haya dado al bien. La intención del legislador en este evento es facilitar la ejecución de la garantía, lo cual se complementa, como se comentó atrás, con la caracterización del contrato de garantía como principal.

Esta medida puede resultar conveniente teniendo en cuenta que la ejecución supondrá por lo general la existencia de un título que contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, resultando contrario a la efectividad del título permitir discusiones sustanciales en esta etapa procesal. Así, los artículos 65 y 66 crean un incentivo al deudor o garante de ser diligente y responsable en la insistencia en objeciones diferentes a las expresamente admitidas pues en todo caso, deberá asumir costos judiciales adicionales y en ningún caso podrá aspirar a obtener la devolución del bien dado en garantía.

No obstante, existe un interrogante pendiente en este punto relacionado con el tratamiento que se le debe dar a eventos en los que se declara la nulidad de la garantía o la de la obligación principal, y los mismos no pueden usarse como excepción frente a la ejecución de la garantía. La conclusión que sugiere la norma es que las mismas deberán alegarse en un proceso declarativo diferente y no afectarán el destino del bien dado en garantía, conclusión que sin duda causa no pocas inquietudes frente a los efectos que tendrá esta norma. Considero que vale la pena mencionar una solución procesal que he escuchado en un foro académico de parte de uno de los asistentes (razón por la cual el crédito es incompleto a su autor) consistente en utilizar una medida cautelar innominada según el CGP de modo de solicitar la suspensión de la ejecución mientras se resuelve la declaración de nulidad. Por supuesto, esta audaz solución procesal podría dar al traste con el propósito del ya mencionado carácter principal de las garantías.

v. *Trámite de las Objeciones*

Se debe presentar por escrito dentro de los 10 días siguientes al recibo de la comunicación del inicio de la ejecución, acompañado de las pruebas que se pretendan hacer valer para demostrar la objeción. Es la única oportunidad procesal para presentar pruebas.

La presentación de la objeción suspende la ejecución especial, y el Notario o la Cámara de Comercio deberán enviar toda la información recibida al juez competente para que resuelva la objeción. El juez tiene 3 días para convocar a audiencia, la que deberá tener lugar dentro de los 5 días siguientes a la convocatoria. La objeción se resolverá en audiencia y mediante auto²³.

Si el juez no encuentra probada la objeción, devolverá el expediente al Notario o la Cámara, para que se reanude el trámite de ejecución especial. Si por el contrario, se prueba la objeción, puede ocurrir lo siguiente según la objeción probada:

- Extinción de la garantía o de la obligación garantizada: El juez ordenará la terminación de la ejecución y su inscripción en el registro de garantías.
- Cuantía errónea: El juez ordenará continuar la ejecución fijando la cuantía.
- Falsedad de los documentos: El juez ordenará el archivo del expediente y la terminación de la ejecución.

²³ Basta hacer la anotación de considerar estos términos bastante breves. Sería de esperar que los mismos sean respetados por el funcionario judicial al que correspondan.

Resueltas las objeciones, si el bien no se encuentra en poder del acreedor o de un tercero, se podrá solicitar el secuestro y entrega del bien, sin que sean admitidas objeciones de parte de tenedores.

vi. Venta de los bienes en garantía

Si se trata de bienes cotizados usualmente en el mercado, el acreedor lo podrá vender directamente al precio de mercado. En este caso no existiría mayor dificultad.

Si se trata de créditos en garantía, el acreedor podrá cobrar el crédito.

Si se trata de acciones o títulos de deuda, el acreedor podrá ejercer sus derechos y recibir los pagos que correspondan.

Si se trata de cuentas bancarias, el acreedor podrá pedir el pago del saldo de la cuenta.

En los demás casos, el acreedor puede apropiarse de esos bienes por el valor del avalúo que se haga a la fecha de entrega del bien al acreedor. El avalúo será realizado por un perito de la lista de la Supersociedades y el resultado del peritaje será obligatorio.

También existe la posibilidad de vender la garantía en un martillo con un precio base del 70% sobre el valor del avalúo. Si nadie lo adquiere, el acreedor puede solicitar que le sea asignado a título de propiedad por ese porcentaje sin que ello signifique condonar el excedente que pudiera existir.

Ahora bien, más allá del procedimiento legal, este paso seguramente será otro de los retos en la implementación y efectividad de la ejecución de las garantías mobiliarias pues los bienes que no tienen un mercado secundario tendrán dificultades en cuanto a su adecuada valoración. Esta situación, que no fue regulada por el legislador (más allá de incluir dictámenes periciales), deberá ser desarrollada por los particulares interesados en recibir como garantía determinados bienes (posiblemente por las entidades interesadas en el micro crédito), quienes deberán desarrollar métodos de valoración de los bienes que recibirán como garantía, pues de su liquidez depende en últimas la efectividad de la misma.

vii. Solicitud de venta anticipada

Tanto en la ejecución judicial como en la especial, se admite la posibilidad de que cualquiera de las partes solicite al juez la venta inmediata del bien en garantía cuando el mismo ha sufrido una pérdida de valor de más del 40% frente al valor que tenía al momento de su constitución. Los avalúos para determinar la pérdida de valor serán susceptibles de objeción por las partes. En caso de ser autorizada la venta anticipada, el producto será depositado a órdenes del juez, esperando la terminación del trámite o proceso de ejecución.

viii. Imputación del valor de la enajenación.

En primer lugar se cubrirán los gastos de ejecución, luego se pagarán las obligaciones garantizadas de los acreedores que se hayan hecho parte del proceso de ejecución en el

orden de su prelación, posteriormente y si quedare algún saldo, se depositará a favor de los demás acreedores inscritos (si los hubiere). El saldo restante será del garante.

En caso de que el valor de la enajenación no sea suficiente para cubrir la obligación garantizada, los acreedores tienen derecho de demandar al deudor el pago del monto faltante.

ix. Cancelación de la inscripción

Terminada la ejecución el garante podrá solicitar al acreedor la cancelación de la inscripción de su garantía mobiliaria. En caso de que no la cancele dentro de los 15 días siguientes a la solicitud, el garante podrá acudir ante notario, junto con las pruebas de pago o terminación de la ejecución. El notario buscará la aceptación del acreedor, y si la obtiene protocolizará la solicitud. La correspondiente escritura se adjuntará al formulario de cancelación de la garantía.

En caso de negativa o silencio del acreedor, el notario remite la actuación ante un juez para que se encargue de resolver y dar las ordenes correspondientes. Sería lógico asumir que en el rubro de costas el juez deba incluir los gastos notariales en los que haya tenido que incurrir el garante.

21. Comentario final sobre el equilibrio contractual en las relaciones de garantía

Como se ha podido evidenciar a lo largo de la revisión del texto legal, el legislador ha buscado determinar el equilibrio de las relaciones contractuales de garantía a favor del acreedor. Esto en sí mismo, es un cambio en la tradición jurídica nacional estructurada bajo el principio del *favor debitoris*. Por supuesto, el legislador tiene un amplio margen discrecional al regular aspectos económicos según lo ha reiterado en múltiples oportunidades la Corte Constitucional, sin embargo, sin cuestionar ese margen de discrecionalidad legislativa, es en todo caso posible cuestionar el fundamento con base en el cual parece haberse ejercido esa discrecionalidad. Este nuevo régimen de garantías, ¿logrará efectivamente un mayor acceso al crédito y la reducción de las tasas de interés? No sería la primera vez que los propósitos legislativos en regulación de carácter proteccionista no se cumplen o su cumplimiento es de difícil constatación²⁴.

Esta reforma es sin duda muy relevante para la práctica comercial nacional y trae elementos positivos que de funcionar en la práctica pueden facilitar el funcionamiento del crédito garantizado. Sin embargo, tanto por el cambio significativo que implican en la tradición jurídica local, como por el hecho de que los principales acreedores (en número de transacciones y valor de las mismas) pertenecen al sector financiero, la función pedagógica alrededor de la ley no será una tarea menor.

²⁴ El ejemplo que se viene en mente es el de la flexibilización en materia de derechos laborales justificada siempre en el propósito de reducir las cargas prestacionales a las empresas de modo que se generen incentivos para la creación de empleo.

Como espero haber dejado entrever en este documento de trabajo, son muchos los aspectos que merecen un análisis más detallado para concluir acerca de sus potenciales beneficios o riesgos. En todo caso, esta breve explicación debería servir de introducción al tema e invitar a las discusiones y comentarios que son evidentemente bienvenidos.