

**LOS RASGOS DE LA GARANTÍA Y LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR EN EL
ESCENARIO POSTERIOR A LA ELIMINACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO
COMISORIO -LEY 1676 DE 2013-**

Trabajo Final de Maestría presentado por:
Cindy Paola Fonseca Abril

Director del Trabajo Final de Maestría:
Profesor Eddy Rolando Ramírez Gómez

Co-director:
Profesor José Guillermo Castro Ayala

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Profundización en Derecho Privado Económico
2018

Resumen

En el ordenamiento jurídico colombiano estaba proscrita la realización directa de la garantía en los contratos de prenda, fiducia, anticresis e hipoteca. En consecuencia, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor debía acudir ante el juez para que en el marco de un proceso de cobro judicial hiciera efectiva la garantía otorgada.

La obligación de iniciar un proceso judicial en esas hipótesis se derogó en la Ley 1676 de 2013 con base en consideraciones económicas, tales como la eventual disminución de las tasas de interés derivada de la reducción de los costos del recaudo; el uso extendido de otro tipo de garantías de realización directa y el mejoramiento de la situación del acreedor.

A pesar de esas justificaciones, el trabajo analiza la derogatoria desde la perspectiva de los derechos del deudor y encuentra que la eliminación de la medida de protección resulta demasiado gravosa para sus intereses, debido a que: (i) se encuentra en una situación de desventaja por la necesidad de los recursos; (ii) se le traslada la mora judicial para el restablecimiento de los derechos que pudieron ser afectados en la ejecución directa o sumaria; (iii) sus intereses eran protegidos por la intervención judicial a la que debía acudir el acreedor; y (iv) la medida de protección era eficaz para garantizar sus derechos. En atención a la comprobada afectación de los intereses del deudor en el marco de los mecanismos de realización directa se exploran algunas medidas dirigidas a equilibrar la situación descrita.

Palabras claves: garantías, realización directa, derechos del deudor.

Abstract

Direct enforcement of the warranty in lien, trusts, anticresis and mortgage agreements was banned in colombian legal system before the Law 1676/2013. Therefore, in cases of non-compliance by a debtor, the creditor had to take the case to a judge in order to enforce the warranty in the context of a judicial recovery of debts.

The obligation to go to a judicial procedure on those cases was withdrawn by the Law 1676/2013, based on economic considerations, such as the eventual decrease of interest rates caused by the reduction of recovery costs, the extended use of another kind of directly enforceable warranties and the improvement of the creditor's position.

In spite of the previous considerations, this work studies the legal reform from the standpoint of the debtor's rights, concluding that the suppression of the protection measure is particularly burdensome for the debtor's interests, due to: i) the position of disadvantage caused by the need of financial resources, ii) the burden of dispensation of justice in the reestablishment of the rights that could be affected by the direct enforcement of warranties, iii) those interests were protected by the judicial intervention the creditor was forced to promote, iv) the protection measure was effective to ensure the debtor's rights. In attention to the detriment of the debtor interests caused by the direct enforceable warranties, this work explores some measures aimed at a better balanced relations between the creditor and the debtor.

Key words: warranties, direct enforcement of warranties, debtor's rights.

Los rasgos de la garantía y la protección del deudor en el escenario posterior a la eliminación de la prohibición del pacto comisorio -Ley 1676 de 2013-

Introducción

Capítulo I

1. Los negocios jurídicos de garantía y sus características

1.1. La noción de garantía

1.2. Las características de la garantía

1.2.1. La proporcionalidad de la garantía

1.2.2. La exclusión de la garantía como fuente de enriquecimiento

1.3. La prohibición del pacto comisorio: imperiosa intervención del juez como medida de protección del deudor

1.3.1. El papel del juez en la realización de las garantías

1.3.2. Derogatoria de la prohibición del pacto comisorio

Capítulo II

2. Manifestaciones de la realización directa de las garantías previas a la Ley 1676 de 2013

2.1. La fiducia en garantía

2.2. La transferencia de la propiedad como mecanismo de garantía

2.3. El reporto

2.4. Los bonos de prenda

2.5. El derecho de retención

3. Consolidación de la tendencia hacia las garantías de realización directa

3.1. Exigencias del escenario internacional

3.1. Garantías mobiliarias en el derecho comparado

3.1.1. Francia

3.1.2. México

3.1.3. Argentina

Capítulo III

4. Garantías mobiliarias en Colombia

4.1. Motivaciones

4.2. Los mecanismos de realización de las garantías en el sistema previstos en la Ley 1676

4.3. Las características de los procedimientos de realización de garantías frente al deudor

4.3.1. Énfasis en la realización directa

4.3.2. Mecanismos expeditos

4.3.3. Traslado de la mora judicial

5. Debate sobre las vías expeditas de realización de las garantías frente a la posición del deudor

6. Vías de preservación de los derechos del deudor

6.1. Buena fe contractual

6.2. Celebración del contrato y los contratos de adhesión. Medidas legislativas, administrativas y judiciales

6.3. El deber de información

6.4. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos

6.5. Creación de mecanismos eficaces para el restablecimiento de los derechos del deudor

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

En el marco de las relaciones comerciales y contractuales resultan trascendentales las garantías, entendidas, en su acepción amplia, como mecanismos para asegurar el cumplimiento de una obligación, las cuales han sido caracterizadas a través de algunos principios que obedecen a su función, particularmente que son proporcionales, accesorias y no constituyen fuente de enriquecimiento para el acreedor.

En atención a esos rasgos y a la función de la garantía, en el ordenamiento jurídico colombiano el inciso 2º del artículo 2422 del Código Civil preveía que: “[t]ampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”, lo que constituía la prohibición del pacto comisorio en los contratos de prenda, que se extendía a la hipoteca, fiducia y anticresis, y que eliminaba la posibilidad de que el acreedor se apropiara directamente del bien sobre el que recaía la garantía.

Dicha medida, heredada del derecho romano, obedecía a una preocupación por la situación del deudor y, por ende, se trataba de un mecanismo para su protección, consistente en la imperiosa intervención del juez en la realización de la garantía, quien, además de fungir como un tercero neutral en el proceso que vela por el respeto de los derechos confrontados y garantiza prerrogativas como el debido proceso, es un guardián de los intereses del deudor, los cuales pueden resultar afectados fácilmente, atendiendo a su situación de desventaja frente al acreedor marcada, la mayoría de las veces, por la necesidad de los recursos.

Los acreedores que contaban con una garantía (vg. prenda) estaban obligados a iniciar un proceso ejecutivo para su realización y, por ende, resultaban ubicados necesariamente en el escenario judicial, el cual, en nuestro contexto, tiene algunas deficiencias estructurales que no permiten una respuesta oportuna al elevado número procesos de cobro coactivo, lo que, a su vez, provocó una alta mora judicial con las nocivas consecuencias que la misma comporta para la sociedad en su conjunto.

En atención a la congestión que aqueja a la Rama Judicial del Poder Público -saturada de procesos ejecutivos-, la dinámica de los negocios y la consideración económica frente a la democratización del crédito a través de la reducción de tasas de interés por vía de un sistema simple, ágil y eficaz de constitución y realización de garantías, la Ley 1676 de 2013 derogó la prohibición del pacto comisorio y estableció un sistema que agiliza y facilita la constitución y ejecución de las garantías, permitiendo su realización directa, es decir, la apropiación por parte del acreedor del bien sobre el que recae la garantía sin necesidad de intermediarios o mediante trámites sumarios.

Las circunstancias referidas dan cuenta de una modificación en el sistema de garantías en el ordenamiento jurídico colombiano que impacta, de forma particular, la dinámica de realización, la consideración frente a la situación de desventaja del deudor y los mecanismos de protección de sus derechos. En consecuencia, la presente tesis analizará las características de las garantías en el ordenamiento jurídico colombiano y, de forma particular, la arraigada medida de protección de los derechos del deudor consistente en la intervención judicial para la realización de la garantía; luego, abordará la eliminación de la medida en mención, las razones que impulsaron la modificación y sus consecuencias. Finalmente, con los insumos descritos se determinará la situación actual del

deudor con respecto a la realización de la garantía y las medidas con las que cuenta para la protección de sus derechos, considerando las posturas que han surgido en relación con la eliminación de la prohibición del pacto comisorio.

El análisis descrito está dirigido a establecer cómo la prohibición del pacto comisorio se eliminó para abrirle paso a mecanismos de realización directa en desmedro del derecho de defensa del deudor, en situación de desventaja por la necesidad de los recursos. Para ese propósito es necesario determinar las motivaciones de la norma, preponderantemente económicas y evaluar otras perspectivas de análisis de la medida, determinar la situación del deudor frente a los mecanismos de realización directa y determinar las herramientas a su alcance para evitar los abusos del acreedor y reivindicar los rasgos clásicos de la garantía.

En concordancia con lo anterior, el **primer capítulo** dará cuenta de un primer momento en la materia, en el que la concepción, caracterización y realización de la garantía en el ordenamiento jurídico colombiano resguardaban principalmente los intereses del deudor. En particular, por la prohibición del pacto comisorio, como medida de protección que aseguraba la intervención del juez en la ejecución de la garantía.

Luego, se hará referencia a la eliminación de la prohibición del pacto comisorio como una medida legislativa que también se ha adoptado en otros países de tradición romano germánica y que rompe con la concepción de desventaja del deudor.

En el **segundo capítulo** se abordarán las manifestaciones de las garantías de realización directa previas a la Ley 1676 de 2013. En efecto, la prohibición del pacto comisorio estaba restringida a garantías específicas –prenda, hipoteca, anticresis, fiducia-, pero en ese contexto se previeron garantías que podían realizarse sin intervención del juez y que evidenciaban la necesidad de contar con mecanismos efectivos de aseguramiento de las obligaciones.

Asimismo, se analizarán las exigencias a las que obedece la eliminación de la prohibición del pacto comisorio y, de forma general, la necesidad de adoptar medidas dirigidas a obtener mecanismos eficaces que aseguren el cumplimiento de las obligaciones y que se ajusten a la dinámica de los negocios. En particular, se hará referencia a la previsión de leyes modelos de organismos internacionales que buscan la unificación de los regímenes de garantías para la implementación de mecanismos expeditos y los tránsitos legislativos de países con la misma tradición jurídica y que contaban con la medida de protección en mención.

El **tercer capítulo** hará un análisis de la Ley 1676 de 2013, las principales modificaciones que introdujo en los procedimientos de realización de las garantías, en las que se supera la concepción proteccionista del deudor y se privilegia la eficacia del instrumento de aseguramiento.

Establecidas las consecuencias derivadas de la modificación del sistema de garantías frente al deudor, se rastrearán las medidas con las que cuenta para contrarrestar los eventuales abusos del acreedor en el escenario actual tras la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. Asimismo, se propondrán medidas dirigidas a lograr un equilibrio entre la necesidad de mecanismos expeditos y los derechos del deudor, que fueron objeto de preocupación por el Legislador.

En síntesis, a través del recorrido descrito se pretende dar cuenta de una modificación sustancial del sistema de garantías en el ordenamiento jurídico colombiano, en lo que atañe principalmente a su realización y a la eficacia de los mecanismo de aseguramiento de las obligaciones, la cual se justificó, principalmente, en razones económicas, pero que subvierte el carácter proteccionista del deudor que identificaba el anterior sistema.

1. Los negocios jurídicos de garantía y sus características

1.1. Noción de garantía

Establecer la situación del deudor frente a la constitución y realización¹ de las garantías en dos escenarios distintos, marcados por la eliminación de la prohibición del pacto comisorio en el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013, exige partir del concepto de obligación, en la medida en que las garantías dependen y giran en torno a esta. Lo anterior porque la garantía como medio de seguridad se comprende y su función está demarcada por las obligaciones.

El hombre como ser social, en la interacción con otros individuos genera relaciones en diversos escenarios, de las que surgen obligaciones. En ese sentido, Valencia y Ortiz (2004) destacan como móvil determinante en el surgimiento de las obligaciones la satisfacción de las necesidades de los seres humanos, actividad en el marco de la cual se generan relaciones no sólo con otros individuos sino también con el entorno y la naturaleza.

En efecto, la noción de obligación tiene un carácter relacional, en la medida en que corresponde al compromiso de un individuo -que puede darse en sentido positivo o negativo, acción o abstención- que se asume respecto a otro, y que es vinculante y exigible. Sobre el concepto de obligación, Valencia y Ortiz (2004 p.2) señalan que *“la obligación o derecho personal es el que le concede a una persona (acreedor) la facultad de exigir de otra (deudor) una prestación, para cuyo cumplimiento el deudor da en prenda todos sus bienes presentes y futuros”*.

Por su parte, Hinestrosa (2007, p.55) en una definición más amplia señala que la obligación como concepto jurídico significa:

“(…) ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento”.

Como quiera que las relaciones sociales están colmadas de obligaciones, pues estas se presentan y adquieren en los más variados aspectos de la vida, tales como las relaciones filiales, familiares, crediticias y comerciales, las cuales se acrecientan en una sociedad de consumo², las garantías

¹ En este trabajo se hará referencia a la realización, como categoría general que alude al cumplimiento de la función de aseguramiento de las garantías, bien a través de procesos judiciales, como la ejecución judicial o por medio de otro tipo de trámites adelantados ante autoridades administrativas o entre las partes sin la intervención de terceros.

adquieren un papel relevante desde el punto de vista económico y jurídico para la proliferación del crédito, y como medios de respaldo y seguridad de las obligaciones.

En ese sentido, Hinestrosa (2007) aduce que las obligaciones personales han adquirido la mayor relevancia económica, al punto de superar la conocida importancia de la propiedad sobre la tierra. Para el autor, las relaciones entre las personas a través de formas de interacción más expeditas y desde foros cada vez más distantes involucran movimientos de capital superiores a las transacciones sobre la tierra.

En el marco de las relaciones negociales cobran gran importancia los créditos, los cuales permiten el acceso a recursos necesarios de los que no se dispone. En relación con la relevancia económica del crédito, Roppo (1998, p. 263) en concordancia con lo señalado por Hinestrosa destaca que:

“Los créditos son entidad de extraordinaria importancia económica, una importancia que tiende a superar la de la propiedad y de los demás derechos reales sobre las cosas. Esto se relaciona, entre otras cosas, con el proceso de desmaterialización de la riqueza por cuyo efecto, los créditos se presentan cada vez más como un componente esencial del patrimonio de los sujetos, y la vestimenta jurídica de aquellos que se llaman nuevos bienes o nuevas propiedades está representada propiamente por los derechos de crédito y las correspondientes obligaciones”.

En atención a la importancia y proliferación del crédito también cobran gran relevancia las garantías como mecanismos de aseguramiento del compromiso adquirido, pues en general las obligaciones entrañan una dificultad connatural a su esencia, que corresponde a la inobservancia de los deberes por alguno de los sujetos que hace parte de la relación obligatoria. Para contrarrestar ese riesgo, en la dinámica relacional se han previsto una serie de remedios para solventar el posible incumplimiento, los cuales han sido recogidos y regulados por el Derecho.

Sobre el incumplimiento, Ospina (2001, p. 47) indica que la situación ideal es el cumplimiento voluntario de las obligaciones por parte del deudor o en caso de que este no observe los compromisos adquiridos que *“(...) el acreedor o el Estado tuvieran poder real suficiente para llegar al propio resultado venciendo la renuente voluntad de aquel: que si la obligación fuera de dar, el acreedor adquiriera de todas maneras el derecho real correspondiente; que si la obligación fuera de hacer, el deudor ejecutara a cabalidad el hecho debido y que si la obligación fuera de no hacer, el acto violatorio pudiera ser evitado o sus efectos totalmente destruidos”.*

En el marco de la contingencia del incumplimiento se comprenden y justifican las garantías³. En ese sentido, la noción de garantía, prevista en el artículo 65 del Código Civil Colombiano señala

³ La noción de garantía que se desarrollará en el trabajo alude a herramientas de aseguramiento, y por ende comprende tanto las garantías personales como las reales bajo la división clásica que se ha establecido en la doctrina. Sobre esa distinción resultan ilustrativa las consideraciones con las que Planiol y Ripert inauguran el tomo 12 sobre Garantías Reales, de su Tratado de Derecho Civil Francés (1942, p.2), en el que indican que a pesar de la situación general de igualdad de derechos de los deudores en el concurso *“(...) ciertos acreedores se encuentran, por causas de muy diversa índole, en una situación de preferencia, que les permite escapar en una medida más o menos amplia a la insolvencia del deudor.*

Si ese trato desigual resulta de estar obligados varios deudores en relación con el acreedor (solidaridad, indivisibilidad, delegación imperfecta-, bien porque exista una obligación accesoria (fianza), el acreedor favorecido con esa obligación

que “caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

Como se advierte, el concepto de caución o garantía previsto en el Código Civil se edifica sobre su función -la de aseguramiento- y alude a algunos ejemplos que no son taxativos. Esa definición marcada por la función, también se reproduce en la normatividad que rige al sistema financiero, tal como lo evidencia el artículo 2.1.2.1.3. del Decreto 2555 de 2010, que identifica como garantía admisible la que “ofrezca un respaldo jurídicamente eficaz al pago de la obligación garantizada al otorgar al acreedor una preferencia o mejor derecho para obtener el pago de la obligación”.

Cabe precisar que como el elemento definitorio de la garantía es el aseguramiento, existen diversas manifestaciones de garantías que no se encuentran en una única categoría jurídica, pues pueden corresponder a contratos, derechos accesorios o actos unilaterales. En atención a la multiplicidad de instrumentos algunos autores prefieren referirse a las “obligaciones de garantía”⁴, en la medida en que se trata de un concepto más general, en el que tienen cabida las diversas manifestaciones de los instrumentos de garantía.

La determinación del alcance de la garantía ha sido objeto de indagación por parte de la doctrina. Por ejemplo Tapia (2009) reflexiona en torno los elementos que constituyen la garantía:

“Es necesario preguntarse, jurídicamente, ¿qué son las garantías? ¿se trata siempre de contratos? En muchas ocasiones hablamos efectivamente de contratos al aludir a las garantías: contrato hipoteca, contrato prenda, al mismo contrato seguro, etcétera.

Pero en otros casos en realidad llamamos garantías a ciertas obligaciones o derechos accesorios envueltos en un contrato: la garantía por vicios ocultos, el derecho de retención, la cláusula penal, la fianza, la garantía de conformidad al contrato (Directiva Europea de 1999), la obligación de seguridad que se ha “descubierto” en algunos contratos como el de transporte etcétera. Incluso, algunas de estas obligaciones van implícitas en el contrato en virtud de la ley (retención, seguridad en productos, etcétera).

Finalmente en ciertos casos, denominamos garantías a ciertas promesas unilaterales independientes del contrato principal: letra de intención, la garantía autónoma, un cheque de pago diferido, la promesa del hecho ajeno bajo ciertas circunstancias, etcétera.

suplementaria o accesoria disfruta de una *garantía personal*: por tanto, entendemos por esto la adición de otros deudores a un primer deudor, sumándose en garantía del cumplimiento de la obligación los recursos de aquellos a los del obligado.

El acreedor, por lo contrario, disfruta de una garantía real cuando, en el patrimonio de su deudor, determinados elementos le han sido afectados de modo especial, de suerte que podrá reclamar un *derecho de preferencia* sobre el precio de venta de esos elementos: en ese caso, puede hacerse pagar antes que los restantes y no queda sujeto a la ley del concurso. El derecho de preferencia, atributo esencial y rasgo común de todas las garantías reales, es a veces reforzado por el derecho a embargar el bien en poder de cualquier persona en que se encuentre, de suerte que las garantías reales más enérgicas confieren una segunda prerrogativa, el *derecho de persecución* (droit de suite).”

Jurídicamente, entonces, al hablar de garantías nos estamos refiriendo a algunas de estas figuras: contratos, obligaciones, contractuales accesorias, y actos unilaterales más o menos independientes.

Aunque podría discutirse latamente, parece entonces más propio, desde una perspectiva jurídica, hablar de 'obligaciones de garantía'." (Tapia, 2009, p.9).

En las nociones de garantía, que han sido esbozadas por la doctrina, también se advierte la función como aspecto definitorio de la garantía. Por ejemplo De Cores y Gabrieli, (2008, p.27-28) con base en las nociones establecidas por Epstein y Crocq, indican que en la medida en que los acreedores están sujetos a las vicisitudes del patrimonio del deudor, las cuales no pueden controlar y de las que pende la observancia del crédito a su favor, se encuentran en una situación de inseguridad que los pone en desventaja. En el marco de la incertidumbre que genera el riesgo de incumplimiento, bien como consecuencia de la mera liberalidad del deudor o de circunstancias imprevistas que afecten su patrimonio, surgen las garantías. En efecto, los autores resaltan que:

“Según Epstein, la función del instituto de la garantía (security device) es la de corregir la debilidad (weakness) en la posición del acreedor quirografario (unsecured creditor)”⁵.

Tomamos aquí el sentido de garantía especial como un instrumento de servicio de la relación obligatoria, como una mejora en la situación del acreedor descrita en el marco de la garantía genérica. Según Crocq, toda seguridad (traduciremos el término francés- sureté- por el de -garantía-) tiene por finalidad el mejoramiento de la situación jurídica del acreedor paliando las insuficiencias del derecho general de prenda sobre los bienes del deudor a que nos hemos referido. No aumenta lo que tiene que percibir el acreedor, sino que aumenta las posibilidades de que el deudor cobre lo mismo que tiene que cobrar”.

Entonces, de un lado, se advierte el carácter relacional de las garantías, en la medida en que surgen y se justifican respecto a una obligación principal -presente y determinada en el momento en el que se constituye la garantía, o futura y eventual- y, de otra parte, se resalta su función de aseguramiento, la cual guarda íntima conexión con el riesgo de incumplimiento.

La garantías son útiles en todos los escenarios en los que existen obligaciones, incluido, por supuesto, el de contratación internacional, en el que la dinámica de las relaciones, los distintos foros en los que se encuentran las partes y las mayores dificultades que puede generar una ejecución forzada demandan unas garantías robustas y de fácil realización ante el riesgo de incumplimiento. Esos elementos de la garantía, a partir de la situación de incumplimiento, se han descrito por la doctrina así:

“Los contratos se establecen con la idea de cumplirlos porque así se logra la recíproca satisfacción de los intereses en juego y, con ello la creación y circulación de la riqueza y el propio enriquecimiento de los contratantes. Si a su celebración se piensa en no cumplir el contrato, mejor es no celebrarlo, por el fraude y las consecuencias que

⁵ Epstein, David, Nickles, Steve, Smith, Edwin, Nine Questions: secured debt deals in the 21st. Century, Thomson West, St. Paul, Minn., 2003, p.13.

acarrea, desde una indemnización de daños y perjuicios civil, hasta la sanción penal por estafa o delitos semejantes.

“Pero, libre el deudor y dueño de sus actos, puede no cumplir. El acreedor no puede esperar, a veces, soluciones tardías, basadas en la lentitud de reacción del ordenamiento jurídico y la jurisdicción que los aplica. De ahí la eficacia de remedios preventivos que refuerzan la posibilidad de cumplimiento y, a veces, le sustituyen, dando satisfacción al interesado, cuyo patrimonio debe quedar incólume y restaurado, igual que si se hubiese cumplido la negociación. Estos remedios preventivos son las llamadas garantías contractuales” (Medina, 2007, p.431.).

En síntesis, las garantías son instrumentos que dotan de seguridad el cumplimiento de las obligaciones en una fase inicial y, ante el incumplimiento, robustecen la posibilidad de que el acreedor obtenga la prestación debida. Cabe resaltar que, como se explicará más adelante, aunado a la seguridad que proporcionan dichos instrumentos para el acreedor, estos también redundan en beneficios de carácter económico para el deudor, tales como la reducción de las tasas de interés y el aumento del acceso al crédito, pues aminorar los riesgos de incumplimiento reduce los costos asociados a los trámites de recaudo de las obligaciones.

1.2. Las características de la garantía que se erigen como resguardo del deudor

Establecida la noción de garantía y tras referir su función en el plano obligacional y su marcada importancia económica, es necesario concentrarse en los rasgos clásicos de la garantía: (i) la proporcionalidad, (ii) el carácter accesorio y (iii) que no constituye fuente de enriquecimiento, pues estos además de caracterizar y definir dichos instrumentos resguardan los intereses de las partes.

Esos rasgos han sido reconocidos y destacados por la doctrina, para Ruiz y Barcia (2009), el derecho de las garantías, en el ámbito local e internacional, siempre deberá considerar los principios en mención, los cuales se derivan de la finalidad de la garantía, particularmente que se dirigen a asegurar el cumplimiento de una obligación.

De los rasgos mencionados, la proporcionalidad y la exclusión de la garantía como fuente de enriquecimiento resultan benéficos para el deudor. El primer rasgo evita que el patrimonio del deudor quede comprometido de forma excesiva en relación con la obligación que asegura, pues así se limitaría su capacidad negocial, se le dificultaría asumir nuevos compromisos y se obstaculizaría el otorgamiento de garantías adicionales y, por ende, el acceso a mayores recursos. Por su parte, el segundo de esos rasgos responde a la función de garantía, dado que esta, como una herramienta para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, no puede constituir una fuente de enriquecimiento para el acreedor.

El alcance de los principios en mención ha sido abordado por la doctrina. El **principio de proporcionalidad** de la garantía se definió por Villamil (2013, p.29) así:

“Principio de proporcionalidad. Se trata de que haya moderación, correspondencia y simetría entre el valor de la deuda y la dimensión económica de la garantía. Por esa circunstancia, en caso de que la garantía sea desmesurada o excesiva se conciben en el derecho de instrumentos de reducción de la prenda y aun de sanción al acreedor por

abuso del derecho. Este principio de proporcionalidad tiene una doble faz, pues busca la correspondencia de la prenda con la deuda para dejar al acreedor a salvo del riesgo, pero también es una herramienta de protección del deudor para no cargar su patrimonio con gravámenes innecesarios”.

Por su parte, sobre el **principio de no enriquecimiento** el precitado autor señaló:

“(…) El principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, se aplica en el derecho de garantías de manera rigurosa cuando la ejecución pueda aparejar una ventaja exorbitante para el acreedor. Es entonces de gran importancia la posibilidad de revisión judicial de los contratos de garantía y un ajuste, así como la venta rápida del bien dado en prenda o hipoteca, con el fin de que el deudor no se convierta en rehén del acreedor” (Villamil, 2013, p.29).

El principio de no enriquecimiento obedece a la función de la garantía, pues si con esta el acreedor no persigue la obtención de un rédito sino una mayor seguridad frente al cumplimiento de una obligación, su realización no puede provocar el lucro para el acreedor sino únicamente la satisfacción de la prestación debida.

A partir de la modificación del régimen de garantías francés, De Cores y Gabrielli (2008) señalan que la dimensión del principio de accesoriedad que es relevante en el marco del derecho actual de las garantías es la que responde a su función, la cual impide que constituyan una fuente autónoma de enriquecimiento. En ese sentido, indican que esa dimensión funcional se proyecta en *“(…) la tutela del principio de la justicia de los intercambios patrimoniales, consagrando la regla de que todo enriquecimiento a costa del prójimo requiere una justificación y que la garantía asegura un crédito pero no es fuente autónoma de enriquecimiento del acreedor” (p.32).*

Para dimensionar el principio de prohibición de enriquecimiento resulta útil la previsión de ese principio en el contrato de seguro, en el cual se consagra en atención a la finalidad eminentemente indemnizatoria del contrato. En relación con ese principio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 22 de julio 1999⁶ señaló:

“En síntesis, siendo principio rector en materia de seguros de daños, que este contrato no puede ser fuente de ganancia y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio, la obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro, de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato”.

En efecto, aunque los contratos a través de los que se asegura el cumplimiento de obligaciones y los de seguros de daños en estricto sentido son diferentes, la consideración sobre la exclusión de enriquecimiento resulta plenamente aplicable a los dos instrumentos, pues su función

⁶ M.P. Nicolás Bechara Simancas Expediente 5065.

instrumental de cara al riesgo correspondiente impide que estos constituyan, de forma autónoma, fuente de enriquecimiento.

Finalmente, respecto al **carácter accesorio** de la garantía hay que señalar que, como los demás rasgos referidos previamente, se deriva de la finalidad que persiguen las garantías, de manera que si estas surgen o se justifican frente a otras obligaciones, esa relación marca, en principio, dicha característica.

Sin embargo, en el estudio del carácter accesorio se han considerado y han sido objeto de discusión algunos aspectos, tales como la clasificación -principal o accesorio- de los contratos de garantía como la prenda y la hipoteca; los efectos de la obligación principal sobre la garantía y, de forma especial, la proliferación de medios de aseguramiento que se otorgan sin que exista una obligación específica por respaldar, los cuales se han nominado garantías autónomas⁷.

En la medida en que el propósito de este trabajo está demarcado por la situación del deudor en dos escenarios precisos, determinados por las modificaciones sustanciales que la Ley 1676 de 2013 hizo al régimen de garantías en el ordenamiento jurídico colombiano y no determinar el carácter principal o accesorio de las garantías, basta con referir la discusión que se presenta en este punto y destacar que, en la realización de la garantía, su carácter accesorio o principal no constituye un aspecto con incidencia en la situación del deudor, razón por la que no se adelantará un mayor análisis sobre este principio.

No obstante lo anterior, es importante anunciar que, tal y como se desarrollará más adelante, la precitada ley zanjó la discusión sobre esa clasificación -principal o accesorio- en cuanto a las garantías mobiliarias al establecer en el artículo 3° que las mismas se constituyen a través de contratos que tienen el carácter de principales, con base en una consideración económica respecto al otorgamiento de la garantía. En ese sentido, Bonilla (2014) reconoce como propósitos no declarados de la categorización en mención (i) la facilitación de la ejecución de las garantías al ser desligada de las obligaciones garantizadas y (ii) permitir la operatividad de la garantía para contratos en los que se requiere su carácter independiente, tales como la titularización de activos.

⁷ “(...) que no es cierto, a pesar del texto legal, que el contrato accesorio requiera para su existencia de la vida de un contrato o de una obligación principal, de manera tal que, como lo dice textualmente la norma, no pueda subsistir lo accesorio sin lo principal. El estudio de otras disposiciones del mismo ordenamiento civil, que admiten expresamente la constitución de las llamadas garantías abiertas, es decir, de aquellas que puedan respaldar no solamente obligaciones previas o concomitantes, sino también compromisos aún no constituidos, indica la posibilidad de que las obligaciones que derivan del contrato accesorio, como es la del fiador de responder por el compromiso de su fiado o la del deudor hipotecario de atender con el bien hipotecado el cumplimiento de la obligación respaldada, crean obligaciones que existen o que pueden existir aun antes de que se hayan constituido aquéllas de carácter principal.

Como consecuencia, lo correcto es afirmar que los contratos accesorios, así como algunas disposiciones legales en casos como los ya vistos, generan obligaciones cuya exigibilidad está, necesariamente, supeditada a aquélla de la obligación principal. Por tal razón, las obligaciones accesorias, que tienen vida propia, con independencia de las principales, no resultan exigibles sino en la medida en que lo sean aquéllas de carácter principal, a las cuales están supeditadas. Sin perjuicio de lo anterior, los contratos o las obligaciones de garantía que nacen a la vida jurídica pueden ser considerados en su existencia, en su validez y en sus alcances, así aquellos compromisos que van a respaldar en el futuro no se hayan constituido previamente. De ahí la impropiedad de las expresiones del artículo 1499 de nuestro Código Civil. (Mendoza, 2005, p.202)

1.3.La prohibición del pacto comisorio, artículo 2422 del Código Civil

En atención a las características y a la función de la garantía, el inciso 1° del artículo 2422 del Código Civil Colombiano prevé que: “[e]l acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios”. Por su parte, el inciso 2° de dicho artículo establecía que “[t]ampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”, **previsión que constituía la prohibición del pacto comisorio** en los contratos de prenda, que se extendía a la hipoteca y anticresis, y que eliminaba la posibilidad de que el acreedor se apropiara directamente del bien sobre el que recaía la garantía.

En un sentido similar, el artículo 1203 del Código de Comercio en la regulación de la prenda mercantil señala que “[t]oda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno”, y el artículo 1242 del Código de Comercio establece la ineficacia de “toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”.

Las disposiciones referidas reflejan la prohibición del pacto comisorio en el ordenamiento jurídico colombiano, que constituye una medida de protección de los derechos del deudor cuyo origen se remonta al derecho romano, particularmente a la prohibición de la *lex commisoria* por parte de Constantino, quien a través de edicto proferido en el año 320 d.C. estableció su proscripción en los siguientes términos:

“El emperador Constantino, Augusto, al pueblo. Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, nos ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados los casos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron”
Citado en Wegmann (2009, p.1) y Villamil (2013,p.38).

La *lex commisoria*, de acuerdo con Betancourt, (2007, p.614) “no era más que el pacto entre el acreedor pignoraticio y el deudor pignorante, en virtud del cual este renuncia a reclamar la devolución de la cosa pignorada, quedándose aquél como propietario de la cosa a título de compra por el valor de la deuda, si el deudor pignoraticio no cumple con la obligación principal”.

En ese orden de ideas, la *lex Commisoria*⁸ se trataba de una garantía consensual que le reportaba grandes ventajas al acreedor en un escenario en el que contaba con menores garantías,

⁸ Mullerat (1971, p. 2) indica en un comentario sobre la definición de Lex Comissoria que: “MAYNZ: Derecho Romano, Tomo II, pág 403, nota, explicando el valor de las palabras de esta expresión dice que *Lex* es en esta locución sinónimo de *pactum* y significa una convención establecida entre partes y, por consiguiente, obligatoria entre ellas. El propio valor tiene la palabra *lex* en las expresiones *lex mancipii*, *lex venditionis* o *conductionis* que son las condiciones de una mancipación, de una venta o de un

particularmente cuando la persona del deudor había dejado de ser garantía de las obligaciones adquiridas.

En ese sentido es necesario destacar que la forma contractual denominada *nexum*, de acuerdo con la cual el cuerpo del deudor constituía garantía de cumplimiento de las obligaciones, fue abolida como consecuencia de la *Lex Poetelia Papiria*⁹, la cual “[d]eclaró libres a los ciudadanos que eran nexi en el momento de su promulgación; prohibió encadenar en lo sucesivo a los deudores, y decidió que no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor sino solamente sus bienes” (Petit, 2002, p.320).

El *nexum* tenía por causa un préstamo de dinero y, de acuerdo con Petit:

*“se realizaba por medio del cobre y de la balanza, peraes et libram. En una época en que los romanos ignoraban aún el arte de acuñar la moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un libripens, investido, sin duda, de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y púberos. El peso del metal subsistió aún después de empezar a acuñar el cobre; porque esta moneda aún tosca, no tenía valor más que según su peso, que era preciso verificar (Gayo, I, §122). Pero después de la aparición de la moneda de plata no se tuvo necesidad de pesar las piezas; se las cuenta (V.n.º 360, nota 5). El empleo del cobre y de la balanza no tuvo ya desde entonces utilidad material. No se conservó como parte del contrato más que a título de símbolo. A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor, o nuncupatio, que fijaba la naturaleza del acto y **contenía una damnatio: esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la manus injectio contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado (corpus) estaba, pues, comprometida y respondía del pago de la deuda.**”*(subrayas fuera del texto original) Petit (2002, p.318-319).

Superada una primera etapa de graves desventajas para el deudor, en la que su cuerpo e integridad personal eran prenda del acreedor, la prohibición del pacto comisorio demarca una nueva etapa de protección en la que aquél es defendido de los abusos de los acreedores y del desequilibrio que se presenta en una relación en la que concurre, de un lado, un sujeto con un excedente de recursos y, de otra parte, un sujeto que tiene la necesidad de obtenerlos. En efecto, la doctrina reconoce que la proscripción del pacto comisorio por parte de Constantino, a través del edicto que profirió en el año 320 d.C., tiene un carácter proteccionista del deudor y surge de una consideración sobre su situación de desventaja, ya que por la necesidad de los recursos se ve conminado a aceptar condiciones desproporcionadas y altamente perjudiciales para sus intereses en las relaciones contractuales, y por el usual encubrimiento, a través del pacto, de situaciones de usura.

En ese sentido, Zamora (2007, p.549) señala que Constantino, a través de la prohibición de la *lex comissoria*, buscó contrarrestar los frecuentes abusos en los que incurrían los acreedores, quienes

arrendamiento establecidas entre partes y *lex praepositionis* que son las instrucciones dadas por los armadores del capitán de un buque. *Committere*, dice, significa aquí incurrir en una pena, en una pérdida en virtud de un acto indebidamente hecho o dejado de hacer”

⁹ “Lex Poetelia Papiria (-326).- Del tiempo de la Vía Apia (-312). Prohíbe la aprehensión corporal del deudor que prometa pagar su deuda: abre una puerta a la superación del endeudamiento personal –nexum-. Propuesta por los cónsules Poetelio y Papirio” Díaz, (1991, p.144).

sometían a engaños a los deudores para la constitución de las garantías y la fijación del crédito, y se excedían en el cobro de la obligación correspondiente. Este propósito, a juicio del autor, estuvo relacionado, de un lado, con la influencia del cristianismo, centrado en la protección de los más desfavorecidos y, en consecuencia, la eliminación de una cláusula que confrontaba determinados valores, y, de otro lado, con el fortalecimiento del poder político del emperador y el aumento de simpatizantes con su modelo intervencionista, dirigido, entre otras finalidades, a alcanzar una relación más simétrica entre el deudor y el acreedor.

El autor considera que otra de las manifestaciones del propósito de equilibrar la relación acreedor-deudor, a través de la disminución de las cargas impuestas al deudor, se evidencia en la *impetratio dominii*, la cual se promulgó por el emperador Alejandro en el año 229 d.C., y le permitía al acreedor que no podía apropiarse directamente del bien sobre el que recae la prenda y no lograba encontrar comprador, elevar una petición al emperador para que la cosa pignorada pasara a ser de su propiedad pagando su justo precio.

Por su parte, en relación con las motivaciones de la Lex Comissoria, Wegmann (2009, p.p. 98-99) indicó que:

“El edicto de Constantino habría sido motivado por tres razones: en primer lugar, porque la elaboración de la figura del pignus había llegado un punto tal que por sí misma era suficiente garantía, en virtud de la facultad irrenunciable de la venta. En segundo lugar, porque a través del pacto comisorio se encubrían prestamos usurarios, puesto que el valor de la cosa era, por lo general, muy superior al del crédito garantizado. En efecto, los acreedores se servían de esta estipulación para apropiarse de los bienes de sus deudores a un precio mucho menor del real, obteniendo un enriquecimiento a sus expensas e infiriendo una lesión grave a su patrimonio. Esta tesis sería ratificada por la limitación a la tasa de interés impuesta por el mismo Emperador el año 325 d. C. En tercer lugar, no hay que olvidar la creciente influencia de la Iglesia Católica, tolerada y reconocida en virtud del edicto de Milán de 313, también de Constantino (y convertida en oficial por el edicto de Tesalónica de Teodosio el Grande, del año 380), la cual sancionaba moralmente la usura. En efecto, ya desde los primeros tiempos de la Iglesia primitiva, tanto los apóstoles como los santos padres de la Iglesia tomaron cartas en el asunto, prohibiendo la usura por considerarla pecado. Ésta era la interpretación que se daba por parte de la jerarquía eclesiástica a un pasaje del Evangelio de Lucas, que señala: “Si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué gracia tenéis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor”.

Como se vio, en el derecho romano se adoptaron diversas medidas que, con los fundamentos descritos, se dirigieron a aliviar las cargas impuestas al deudor en el marco de la relación generalmente asimétrica que tiene con el acreedor y a contrarrestar los abusos de los acreedores. De las medidas adoptadas, se resalta, en esta oportunidad, la prohibición del pacto comisorio, la cual se convirtió en una institución que ha permeado los ordenamientos jurídicos inspirados en la tradición romano-germánica y se ha reproducido a través de las codificaciones civiles. Por ejemplo, frente a la prohibición del pacto comisorio, Planiol y Ripert (1942, p.119) precisaron en el Tratado Práctico de Derecho Civil Francés que:

“El pacto comisorio es aquella cláusula que autoriza al acreedor para conservar la prenda como pago de la deuda, atribuyéndole por adelantado y de pleno derecho la propiedad para el caso de no ser pagado. Esa cláusula que en derecho romano y en el nuestro antiguo, anulaba el contrato en su totalidad, de suerte que el acreedor tenía que restituir la prenda y podía pedir inmediatamente el pago, es actualmente considerada sólo como no escrita: es nula (art.2078, C. civ.; art. 93, párr.4, C.com), pero no implica la nulidad de la constitución de la prenda. Esa nulidad se ha establecido en interés del deudor, porque la cláusula esconde casi siempre un préstamo usurario, ya que el valor del objeto constituido en prenda será superior a la deuda garantizada; esa prohibición por tanto es de orden público”.

En cuanto a dicha prohibición en el derecho civil francés conviene destacar que, a partir de la reforma del artículo 2348 del Code, es posible que en el contrato de prenda se pacte que el acreedor se convierta en el propietario del bien dado en garantía, cuyo valor se determinará según la tasación oficial en un mercado regulado o la realizada por un perito tasador designado por las partes o por el juez. En ese sentido Villamil (2013, p.40-41) indica que: “[e]sta reforma del año 2006, permite entonces el pacto comisorio en la modalidad de pacto marciano, es decir, que es posible convenir que el acreedor se quede con la cosa, pero al precio determinado en el mercado de valores, si se trata de créditos o papeles bursátiles o por el precio fijado por un tercero”.

La medida de protección en mención también se previó en el derecho civil español, tal como lo describe Tudela (2015 p.517):

“En derecho español contemporáneo, la prohibición del pacto comisorio aparece en el proyecto de 1836, en su artículo 1.712, si bien no se declara expresamente contra otras formas de realización de la garantía. En el proyecto de 1851 en su artículo 1.775, se expresa en sentido similar. Frente a toda la tradición arraigada hasta entonces el anteproyecto inmediatamente anterior al Código civil de 1889 acepta el pacto comisorio en su artículo 6 del Título relativo a la prenda para el caso de que se hubiere pactado expresamente. En el actual Código civil el artículo 1859 establece que «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»”.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano la prohibición del pacto comisorio se estableció en el Código Civil, su alcance y justificación se abordaron por la jurisprudencia civil en los siguientes términos:

“(…) el legislador aspira a equilibrar los intereses de las partes, de modo que las mayores o menores presiones que pudiera tener el prestatario que sufre ‘la dura ley de la necesidad’, y que se gestan en ciertos casos en atención a “la explotación de la miseria por la codicia” –a voces de la doctrina-, no puedan ser aprovechadas por el prestamista para obtener una ventaja que, en grado superior del que es pertinente, restrinja el libre ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes objeto de prenda. Con otras palabras, el apremio del deudor, sus carencias o limitaciones económicas, o, en el mejor de los casos, su falta de liquidez, son factores que no pueden incidir al

momento de determinar el alcance de los derechos del acreedor sobre los bienes objeto de prenda o hipoteca”¹⁰.

Asimismo, la jurisprudencia se ocupó del alcance de la prohibición para precisar que esta operaba en el momento de celebración del contrato, pero no se extendía al de ejecución, ya que en ese escenario se superaba la situación de apremio y coacción, y la medida de protección perdía, en un alto grado, su fundamento. La posibilidad de que las partes acordaran la apropiación directa de la garantía en la fase de ejecución contractual se explicó por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 29 de julio de 2005 - expediente 20302-02- y luego, frente a la fiducia en garantía, en la sentencia de 14 de febrero de 2006 –expediente 1999-1000-01-.

En cuanto al alcance de la prohibición del pacto comisorio en el ordenamiento jurídico colombiano y los contratos sobre los que recae la restricción se generaron algunas polémicas, pues en atención a la naturaleza tuitiva de la medida se procuró extender la prohibición a otros contratos, tal y como lo devela Nieto (2009, p.411), en la siguiente disquisición:

“Sin embargo, algunos juristas, equivocadamente, a mi juicio, pretenden ver en la prohibición del ‘pacto comisorio’ un principio general aplicable a todo tipo de garantías, tanto en el derecho civil como en el comercial, cuando la ley, en realidad, sólo ha consagrado dicha prohibición como una regla particular aplicable a los contratos de prenda e hipoteca. Estos doctrinantes parten del supuesto errado de que todo acuerdo en virtud del cual una persona se obligue a garantizar con unos bienes una obligación propia o ajena, constituye un contrato de prenda o de hipoteca, aunque dicho contrato muchas veces sea simulado. Con base en esta premisa, la obligación de transferir la propiedad de tales bienes al acreedor o a un tercero, implicaría, para tales juristas, una violación a la prohibición del pacto comisorio y supondría, por lo tanto, un objeto ilícito que viciaría el respectivo acto o contrato”.

De acuerdo con lo expuesto se advierte que el pacto que le permite al acreedor apropiarse del bien dado en garantía ante el incumplimiento del deudor se ha considerado, desde el derecho romano, como una fórmula contractual en el marco de la cual se presentaban excesos del acreedor que podían afectar, de forma desproporcionada, los derechos del deudor, razón por la que se dispuso su prohibición. La medida tuitiva que constituye la prohibición de ese acuerdo se reprodujo en diversos sistemas jurídicos, incluido el colombiano, que la consagró para los contratos de prenda, hipoteca, anticresis y fiducia, y previó la nulidad en el Código Civil y la ineficacia en el Código de Comercio. Con todo, la prohibición se limitó a la celebración del contrato, pues el pacto posterior de apropiación de la garantía por parte del acreedor es válido.

1.3.1. El papel del juez en la realización de las garantías

Como quiera que la protección que brinda la prohibición del pacto comisorio es la forzosa intervención judicial para la realización de la garantía, es necesario determinar cuál ha sido el papel del juez en el proceso de ejecución para así dimensionar los efectos de su pretermisión.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de julio de 2005, expediente 20302-02.

Para establecer el rol del juez en el ordenamiento jurídico colombiano son relevantes dos elementos, de un lado, el sistema procesal que demarca sus deberes, prohibiciones y facultades, y, de otro lado, la alteración que sobre el alcance de la actividad judicial comportó el modelo de Estado Social de Derecho previsto en la Constitución Política de 1991.

En primer lugar, debe considerarse que el papel del juez varía de acuerdo con el sistema procesal, pues, por ejemplo, el grado de intervención y su función están altamente restringidos en un sistema dispositivo, en el que las actuaciones e impulso procesal están reservadas principalmente a las partes. A su vez, un modelo de corte inquisitivo tiene una labor más activa, que incluye la iniciativa probatoria y facultades para el despliegue de diversas actuaciones procesales dirigidas a la resolución de la controversia.

Para evidenciar las diferencias entre los sistemas en mención, Vescovi (1984) enumera los sub principios del sistema dispositivo y precisa que los del inquisitivo se oponen a estos. En particular, destaca que en el sistema dispositivo: i) el inicio del proceso está en cabeza de las partes; ii) el tema se fija por estas, la competencia del juez se circunscribe a los asuntos que aquellas proponen; iii) los recursos sólo pueden ser formulados por las partes; iv) los actos procesales pueden disponerse por aquellas y son las llamadas a adelantar el impulso procesal.

Por otro lado, los sistemas mixtos concilian las posturas descritas, de un lado las cargas asignadas a las partes fundadas en la percepción del proceso como instrumento dirigido a la satisfacción de las pretensiones de los interesados y, de otro, la concepción del proceso como un asunto que interesa a la sociedad en su conjunto y, en esa medida, es de interés público.

Ahora bien, respecto al sistema establecido para la solución de los conflictos de carácter civil, el ordenamiento jurídico y, de forma particular, el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) fijó un régimen mixto, en el que las cargas y el impulso procesal están radicados, principalmente, en cabeza de las partes. Sin embargo, el juez no cumplía un rol pasivo, pues también se le impusieron diversos deberes relacionados con la dirección del proceso y la adopción de medidas para su rápida solución, la garantía y promoción de los deberes de conducta de las partes, la búsqueda de la verdad y el logro de una pronta y cumplida justicia, obligaciones que se reprodujeron en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

Respecto a las reglas técnicas del procedimiento, particularmente sobre la regla dispositiva en el sistema procesal civil, erigida sobre la actividad y disposición de las partes, López (2016, p.129) indica que aún en vigencia de esa regla:

“Hoy no se puede aceptar que el Estado siga con el papel de convidado de piedra en la tarea de asegurar la efectividad de los derechos consagrados en la ley civil porque para que cumpla con su obligación constitucional de tutelar los derechos, es preciso que participe activamente en todos los campos del ordenamiento jurídico, pues tanto daño puede causar la comisión de un crimen como el desconocimiento de obligaciones de índole civil, de familia o comercial; es más, el amparar adecuadamente los derechos previstos en esas codificaciones se refleja en la disminución del fenómeno delincencial”.

De manera que el juez, aún en las controversias de carácter civil y comercial, pasó de ser un tercero neutral a ejercer un papel activo marcado por los deberes que le impuso el Código de Procedimiento Civil reproducidos en el Código General del Proceso y por el cambio de perspectiva que comportó el modelo de Estado Social de Derecho instituido en la Carta Política, a la que se ajusta la nueva codificación procesal.

La alteración de la labor de los jueces y, en general, de la concepción del ordenamiento jurídico también ha sido reconocida por la jurisprudencia. Por ejemplo, la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos indicó que: *“Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta”* (Sentencia T-406 de 1992).

En ese mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 identificó como presupuestos esencial del Estado Social de Derecho la debida administración de justicia, con respecto a la que indicó:

“(…) cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver”.

El reconocimiento de un papel más activo del juez se ha mantenido en la jurisprudencia constitucional. Recientemente la sentencia C-086 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) indicó, frente a la facultad que el Código General del Proceso le otorgó a los jueces de distribuir la carga de la prueba, que:

“La nueva Carta Política robusteció la misión del juez como garante del acceso efectivo a la administración de justicia y de la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos. Es así como se demandan de él altas dosis de sensibilidad y una actitud diligente para corregir las asimetrías entre las partes, asegurar los derechos fundamentales, entre otros el derecho a la tutela judicial efectiva, y, en últimas, la vigencia de un orden justo”.

La alteración de la labor del juez y su papel como garante de los derechos de las partes se manifiesta en todas sus actuaciones e incluyen la actividad jurisdiccional en un sentido amplio. Con respecto al rol del juez se destaca el título IV, de la Sección I, del Libro I del Código de Procedimiento Civil -Decreto 1400 de 1970- que prevé los deberes, poderes y responsabilidades de los jueces civiles, entre los que se encuentra hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, y el título III de la Sección I del Libro I del Código General del Proceso que establece los deberes y poderes de los jueces.

En efecto, dentro de las disposiciones iniciales del Código General del Proceso se establece que el juez debe hacer uso de sus poderes para lograr la igualdad real de las partes (artículo 4), y se fijaron pautas de interpretación de las normas procesales en las que cobra relevancia la

efectividad del derecho sustancial, la igualdad material de las partes, el derecho de defensa, el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 11).

Las obligaciones del juez se extienden sobre toda su actividad jurisdiccional y las diversas actuaciones que adelanta, incluidas, por supuesto, la dirección y el conocimiento de los procesos de ejecución, en los que suele existir desigualdad material entre las partes. En la doctrina se ha considerado que el usual desequilibrio entre los sujetos del proceso ejecutivo obedece a diversos factores, entre los que se encuentra:

- (i) La imposición de cláusulas del contrato que da lugar a la ejecución, fundada en la situación de desventaja del deudor, la cual está determinada por la frecuente necesidad de recursos.
- (ii) La suscripción de contratos de adhesión¹¹. Con respecto a las características de este tipo de contratos se ha indicado que *“(...) sobresale el carácter asimétrico de los contratos de adhesión, el cual se concreta en la desigualdad que existe entre las partes con relación a su poder contractual. Dicha desigualdad se manifiesta, por una parte, en los especiales y profundos conocimientos que ha adquirido el predisponente como consecuencia del desarrollo de su actividad económica, y de los cuales normalmente no dispone el adherente; y, por otra parte, en el poder que tiene el predisponente en razón de su posición económica en el mercado”* (Torres, 2015, p.144).
- (iii) La usual divergencia entre el tipo de sujetos que se enfrentan en el proceso (litigantes frecuentes vs. litigantes ocasionales)¹². En el análisis del funcionamiento de la justicia civil y de familia en Colombia adelantado por Sousa & Villegas (2001) reconocen dos tipos de litigantes, frecuentes y ocasionales, e identifican las siguientes ventajas para los litigantes frecuentes:
 - (a) los litigantes frecuentes al tener mayor experiencia en el manejo de litigios pueden evaluar con mayor precisión los procesos y diseñar una estrategia adecuada para ganarlos;
 - (b) cuentan con asesoría legal calificada;
 - (c) los litigantes frecuentes suelen ser quienes imponen los términos de los contratos y las relaciones jurídicas que posteriormente dan lugar al proceso;
 - (d) el riesgo económico que corren los litigantes frecuentes es menor al riesgo que representan el proceso específico para el litigante ocasional, y
 - (e) los litigantes frecuentes tienen más recursos para asegurar el cumplimiento de las reglas y decisiones judiciales que le son favorables.

¹¹En los contratos de adhesión se imponen los términos contractuales por una de las partes y la otra sólo puede manifestar su aceptación o rechazo frente a esos términos. “La doctrina ha definido el contrato de adhesión como aquel acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido, dentro de un esquema de “lo toma o lo deja.”(Torres, 2015, p.143).

¹² “En términos generales existen dos tipos de litigantes. De un lado, los que acuden a los despachos judiciales asiduamente –e incluso, usualmente están involucrados en varios procesos al mismo tiempo-, que pueden ser denominados “litigantes frecuentes”; de otro lado, los que participan en procesos judiciales sólo de manera espontánea –e incluso, en el caso de muchos, sólo una vez en la vida-, que pueden ser llamados litigantes ocasionales.”(Sousa & Villegas, 2001, p.554).

De suerte que los diferentes factores mencionados tornan desigual el proceso judicial y, por ende, el juez interviene para hacer efectiva la igualdad procesal de las partes, intervención que se manifiesta de diversas formas, tales como el control del mandamiento de pago, la práctica de pruebas de oficio, la declaración oficiosa de excepciones de fondo (salvo las de prescripción, nulidad relativa y compensación), la declaración oficiosa de nulidades insaneables, el control de la liquidación del crédito y el control del remate.

En concordancia con lo anterior, cabe destacar que uno de los principios rectores del proceso ejecutivo, que ha sido reconocido por la doctrina, es el respeto por los derechos del deudor. En relación con dicho principio Canosa (2010, p.507) indica que se manifiesta en el proceso de tres formas:

“-En el respeto y ponderación a la persona del deudor y la consideración con sus necesidades primarias, honores y creencias.

(...)

-En el respeto que se debe observar por los derechos fundamentales, porque el proceso ejecutivo debe garantizar, siempre, los derechos fundamentales de todas las partes, entre estos el del debido proceso, integrado por las garantías mínimas para toda persona dentro de la actuación procesal. La calidad de ejecutivo del título del demandante jamás justificará excepcionar las garantías fundamentales a que tiene derecho.

(...)

-En el sacrificio mínimo del patrimonio del deudor, porque el proceso ejecutivo debe afectar únicamente dicho patrimonio, y bajo ninguna circunstancia a la persona del deudor, y solo en la justa medida, esto es, en lo absolutamente indispensable para que se pueda concretar la equitativa satisfacción del derecho del acreedor. Los instrumentos que concede el proceso ejecutivo para facilitar la realización de los derechos ciertos del acreedor no pueden utilizarse para consumir excesos perjudiciales”.

Como se advierte, la intervención del juez en el proceso ha constituido una garantía de protección de los derechos de las partes y, de forma particular, en el proceso ejecutivo cobra especial relevancia ante la desigualdad usual entre los sujetos procesales y el carácter sumario del proceso, la labor del juez se robustece como elemento esencial para lograr la satisfacción máxima de las pretensiones del acreedor, pero sin desconocer los derechos mínimos del deudor y de terceros, y los principios que rigen las garantías en aras de que el trámite de realización no desconozca el principio de no enriquecimiento y de proporcionalidad.

1.3.2. La derogatoria de la prohibición del pacto comisorio en el ordenamiento jurídico colombiano

Tal como se explicó en un acápite precedente, la prohibición del pacto comisorio en los contratos de prenda, hipoteca, anticresis y fiducia prevista en el ordenamiento jurídico colombiano constituía una medida de protección del deudor, heredada del derecho romano, a través de la cual se proscribía la realización directa de las garantías y, por ende, se hacía la necesaria intervención del juez para ese propósito.

La referida prohibición, vigente desde la expedición del Código Civil, se derogó por la Ley 1676 de 2013, “[p]or la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías

mobiliarias” a través de la que se estableció un sistema de garantías que agiliza y facilita su constitución y su forma de ejecución, permitiendo la realización directa, es decir la venta o la apropiación por parte del acreedor del bien sobre el que recae la garantía sin necesidad de intermediarios. Dicho sistema se justificó como medida para solventar la congestión que aqueja a la Rama Judicial del Poder Público -saturada de procesos ejecutivos-, la dinámica de los negocios y la consideración económica frente a la democratización del crédito y la reducción de tasas de interés por vía de un sistema simple, ágil y eficaz de constitución y realización de garantías.

Con respecto a esa derogatoria, Álvarez (2014, p.55) indicó:

“Y he aquí al legislador de hoy tomando cartas en un asunto añoso: ha dispuesto derogar expresamente los artículos 2422, inciso 2º del Código Civil y 1203 del Código de Comercio con lo cual la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía real ha dejado de existir en el ordenamiento jurídico patrio. Así ordenó el artículo 91 de la ley 1676 de 2013, que también por derogatoria tacita, levantó la veda en la anticresis (C.C. artículo 2464). Respecto de la prenda se entiende, pues la ley se ocupó de regular íntegramente las ahora llamadas garantías mobiliarias, no todas ellas reales; frente a la hipoteca parece que el legislador no reparó en que los derechos del acreedor hipotecario no tenían regulación en norma especial sino que la encontraban en el régimen de la prenda, a cuyo artículo 2422 remitía el 2448 del Código Civil. Mejor dicho, la prohibición del pacto de comiso en el contrato de hipoteca se levantó por rebote (...)”.

Tal y como lo destaca el autor citado, en la derogatoria de la prohibición del pacto comisorio que efectuó la Ley 1676 de 2013 se presenta una duda sobre su alcance, que consiste en determinar si las previsiones del mencionado cuerpo normativo y los principios que irradian ese nuevo sistema de garantías, principalmente la agilidad, informalidad y consensualidad deben también regir la hipoteca que, como es sabido, recae sobre bienes inmuebles, lo que la excluiría, en principio, de dicha regulación.

Aunque el objetivo de este trabajo no consiste en establecer el alcance de la derogatoria del inciso 2º del artículo 2422 del Código Civil, resulta importante hacer algunas reflexiones sobre el tema, ya que la hipoteca es un importante instrumento para la consecución de vivienda, de suerte que una *“relajación”* o la flexibilización de la realización o ejecución de esa caución puede resultar muy gravosa para un alto número de personas que acuden a esa garantía como forma de obtención de su vivienda.

Una aproximación general a los contenidos de la Ley 1676 de 2013 llevaría a concluir que la hipoteca por referirse a bienes inmuebles está excluida de la regulación de la norma en mención. Sin embargo, la derogatoria el inciso 2º del artículo 2422 del Código Civil, que constituía la fuente normativa de la prohibición del pacto comisorio para la hipoteca genera dudas sobre el alcance de la derogatoria y es fundamento de la hipótesis planteada por Álvarez, según la cual al derogarse la prohibición con el objetivo, aparente, de eliminarla sólo de las garantías mobiliarias se permitió la realización directa de la hipoteca.

La cuestión descrita, es decir, la determinación del alcance de la derogatoria de la prohibición puede abordarse desde dos perspectivas. La primera, relacionada con la suficiencia de las normas que rigen el asunto y a partir de una interpretación gramatical de las disposiciones. La segunda, relacionada con el propósito de la norma y con base en una interpretación finalista.

En primer lugar, a partir de una consideración sobre la suficiencia de las previsiones legales, de acuerdo con la cual el ordenamiento y, particularmente, el Legislador previó y reglamentó todos los asuntos a los que se refiere la norma se podría concluir que la derogatoria del inciso 2° del artículo 2422 del Código Civil sin ninguna salvedad revelaría que la intención de eliminar la prohibición del pacto comisorio en el ordenamiento jurídico colombiano en todas las circunstancias, incluyendo, por supuesto, la totalidad de las garantías, en aras de tornar más ágiles y eficaces los mecanismos de recaudo de las obligaciones, dinamizar el comercio y brindar seguridad a la inversión y a los colocadores de recursos en la economía.

En contraste, la interpretación finalista de la cuestión obligaría a volver sobre el ámbito de aplicación de la norma y el propósito específico que estableció, esto es:

“la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles”.

En ese análisis se podría considerar que la disposición diseñó un sistema unitario de garantías sobre bienes muebles y definió el concepto de garantía mobiliaria que aparece como el tema que reglamenta, precisando en el artículo 3° que:

“[i]ndependientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley”.

De donde no se desprendería que el propósito del sistema era unificador, ya que la norma especificó el tipo de garantías que regula, definidas por la clase de bienes sobre las que recaen: muebles, como así lo precisa cada una de las definiciones que contempla. Es decir, la derogatoria de la prohibición del pacto comisorio para la hipoteca no se previó específicamente por el Legislador y, por ende, no se puede entender abolida esa proscripción para ese contrato que recae por definición sobre inmuebles.

Finalmente, es necesario destacar que así se admitiera en gracia de discusión que la derogatoria de la medida de protección del deudor se extienda sobre la hipoteca, lo cierto es que los propósitos de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio y las demás medidas sobre

garantías adoptadas en la Ley 1676 de 2013 están relacionados principalmente con el fortalecimiento de la posición del acreedor, en aras de que cuente con mecanismos más expeditos y robustos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, situación que no parece del todo necesaria para los acreedores hipotecarios, pues los procesos ejecutivos para lograr el pago de obligaciones que cuentan con este tipo de garantías, generalmente son más céleres y efectivos, y cuentan con reglas que benefician la posición del demandante, amén de que en todo caso podrían solicitar en un juicio aún más rápido, la realización o adjudicación de la garantía real (arts. 467 y s.s. del C. G. del P.).

2. Manifestaciones de la realización directa de las garantías previas a la Ley 1676 de 2013

Establecido el alcance de la prohibición de pacto comisorio derogada por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013 es necesario rastrear las manifestaciones de garantías de realización directa en el ordenamiento jurídico colombiano previas a la reglamentación de las garantías mobiliarias. Es importante considerar que, en vigencia de la prohibición del pacto comisorio, ante la necesidad de garantías más expeditas se acudió a diversos instrumentos en aras de obtener mecanismos de aseguramiento más eficaces, es decir, el mercado reclamaba instrumentos de cumplimiento más robustos y ágiles.

2.1. Fiducia en garantía

El contrato de fiducia mercantil está definido en el artículo 1226 del Código de Comercio, en el que se prevén los sujetos del contrato (i) fiduciante o fideicomitente, (ii) fiduciario y (iii) beneficiario; se establece la relación entre los sujetos, la cual puede involucrar únicamente al fiduciante y fiduciario, o extenderse sobre un tercero –beneficiario–, y se define el objeto del contrato, el cual es la transferencia de bienes por parte del fiduciante para que este los administre o enajene de acuerdo con las instrucciones emitidas por el fiduciante, en su provecho o de un tercero, que corresponde al beneficiario.

La fiducia ha sido definida por la doctrina como:

“El contrato de fideicomiso es aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que a cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido (Peña, 1989, p.16)”.

Por su parte, la fiducia en garantía corresponde al contrato mediante el cual:

“(…) se transfiere a la fiduciaria un bien, con el encargo de que, en el supuesto incumplimiento de una obligación de fiduciante o de un tercero, la fiduciaria proceda a la venta del bien y entregue el producto de la realización del mismo, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor beneficiario de la constitución del fideicomiso” (Arrubla, 2013, p. 160).

La fiducia en garantía, que apareció por primera vez en el derecho colombiano en la comunicación núm. 25416 de 9 de julio de 1982 de la Superintendencia Bancaria, es un mecanismo de aseguramiento que cumple la función general de la caución prevista en el artículo

65 del Código Civil, esto es, asegurar un deber de prestación como mecanismo dirigido a obtener una garantía de realización más ágil y efectiva que acompañe con las necesidades negociales, en la medida en que para su realización no requiere acudir a un proceso judicial, pues cumplida la condición -el incumplimiento- la fiduciaria, de acuerdo con las instrucciones que fueron otorgadas por el fideicomitente, transfiere la propiedad del bien fideicomitado al beneficiario, que corresponde al acreedor, o vende los bienes para pagar las acreencias con su producto.

La principal ventaja que plantea el contrato de fiducia en garantía es la pretermisión del juez para hacer efectivo el aseguramiento ante el cumplimiento del deudor y el carácter profesional de la fiduciaria como tercero, ajeno a la relación que generó la obligación garantizada con la fiducia. En ese sentido, es necesario precisar que la prohibición del pacto comisorio en el contrato de fiducia estaba relacionada con la posibilidad de que la fiduciaria pasara a ser propietaria de los bienes dados para su administración, pero la fiducia en garantía con la designación del acreedor como beneficiario sirvió como un mecanismo de aseguramiento de las obligaciones que hacía innecesaria la intervención del juez.

Como quiera que la fiducia en garantía permite al acreedor convertirse en propietario de los bienes que constituyeron la garantía -sin necesidad de que medie un proceso judicial- a través de la dación en pago dispuesta por el fideicomitente y ejecutada por la fiduciaria, la Sala de Casación Civil¹³ analizó si la fiducia en garantía desconocía la prohibición del pacto comisorio, vigente entonces. En efecto, establecida la aptitud del cargo de casación precisó:

“(...) el problema jurídico que debe resolver, en puridad, consiste en establecer si la denominada fiducia mercantil de garantía, en cuanto habilita al fiduciario para vender los bienes fideicomitados en caso de incumplimiento del fideicomitente en el pago de las obligaciones garantizadas a los beneficiarios o, si fuere necesario, para transferírseles en dación en pago, constituye una prototípica manifestación del llamado pacto de comiso –o comisorio-, a juicio del censor prohibido claramente por las leyes civil y comercial”.

En las consideraciones expuestas en esa oportunidad y frente al alcance de la fiducia en garantía la Sala en primer lugar destacó que:

“(...) la apellidada fiducia en garantía, envuelve una caución, entendida “genéricamente” como la “obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena” (art. 65 C.C.). Si se miran bien las cosas, lo que hace el constituyente deudor al celebrar una fiducia mercantil con esa concreta y determinada finalidad, es prever un mecanismo que permita la solución de la obligación, si ella, in futurum, no puede ser satisfecha oportunamente, siendo claro que no es el acreedor quien realiza la garantía, sino un tercero, el fiduciario, en un todo de acuerdo con las instrucciones otorgadas”.

Para resolver el problema planteado, la Sala consideró que: (i) la fiducia en garantía no es ni genera un arquetípico derecho real, en atención a la taxatividad de estos derechos y porque no está dotado del atributo de persecución; (ii) la inaplicabilidad analógica o extensiva de la prohibición de pacto comisorio a negocios jurídicos diferentes a las garantías típicamente reales

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de febrero de 2006. Exp.1999-1000-01.

o de aquellos frente a los que opera la prohibición; (iii) existe un tercero encargado de la realización de los bienes fideicomitidos, lo que descarta que el acreedor-beneficiario disponga directamente de los bienes, (iv) el fiduciario, como institución financiera especializada y profesional sometida al control y vigilancia del Estado, tiene el deber de hacer efectiva la garantía con absoluta neutralidad, (v) los actos de enajenación que realiza el fiduciario en orden a pagar las obligaciones garantizadas a los beneficiarios son actos de pago voluntario, y no de ejecución forzada, (vi) la fiducia mercantil de garantía entendida como un negocio jurídico que facilita el pago extrajudicial de una obligación no puede afectar el debido proceso.

Los argumentos expuestos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia para descartar el desconocimiento de la prohibición del pacto comisorio en la fiducia en garantía, a pesar de que identificaron el contrato como un medio de pago extrajudicial, reconocieron que envuelve una caución en los términos del artículo 65 del Código Civil, es decir, que en virtud del contrato en mención se contrae una obligación para la seguridad de otra. En consecuencia, el reconocimiento de la fiducia en garantía como medio para satisfacer la obligación en el que no interviene el juez **confirma que dicho contrato corresponde a una manifestación de garantías de realización directa previa a la expedición de la Ley 1676 de 2013.**

Asimismo, es necesario destacar que el análisis que adelantó la Sala, al reconocer el carácter tuitivo de la prohibición del pacto comisorio, giró en torno a la protección del deudor, en este caso el fiduciante, para determinar si a través de la venta de los bienes por parte de la fiduciaria se afectaban sus intereses y derechos, análisis en el que destacó varios elementos que descartaban la afectación, tales como la intervención de un tercero -fiduciaria-, el carácter neutral de su intervención y la vigilancia del Estado sobre la entidad fiduciaria.

La jurisprudencia referida permite llegar a las siguientes conclusiones en relación con la fiducia en garantía, relevantes para este trabajo: (i) corresponde a un contrato que asegura un deber de prestación, (ii) constituye una garantía de realización directa previa a la Ley 1676 de 2013, y (iii) no comporta una violación de la prohibición del pacto comisorio, en la medida en que este se previó para garantías concretas, el acreedor no dispone directamente de los bienes y constituye un mecanismo de pago voluntario, que descarta el escenario de ejecución forzada en el que aplicaba la prohibición del pacto comisorio.

Establecidas esas conclusiones que permiten determinar la finalidad de la fiducia en garantía, es necesario establecer las ventajas del contrato en mención, asunto que ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina y en el que cobra especial relevancia, como se verá, la decisión 4106120 proferida por la Superintendencia de Sociedades el 20 de diciembre de 1995 y confirmada a través de auto 4103480.

La doctrina se ha ocupado de analizar las ventajas y desventajas del contrato de fiducia en garantía como mecanismo de aseguramiento, Agudelo & Pérez (2011) identificaron las siguientes **ventajas**:

- (i) La pretermisión de un proceso judicial para la realización de la garantía
- (ii) La intervención de un tercero profesional, que es la fiduciaria.

- (iii) La libertad de negociar el contrato de fiducia, lo que representa ventajas para el acreedor quien puede establecer de antemano cuáles son los bienes con los que se va a garantizar la obligación.
- (iv) La dación en pago de los bienes al acreedor.
- (v) La posibilidad de pactar avalúos periódicos para mantener actualizado el valor de los bienes fideicomitidos.

Por su parte, Rodríguez, Rincón y Calderón (2006) reconocieron las dificultades jurídicas y de mercado que ha enfrentado la fiducia en garantía, tales como la discusión sobre su viabilidad en el concepto emitido por la Superintendencia Bancaria el 4 de noviembre de 1974, quien consideró que desconocía normas de derecho privado y violaba la prohibición del pacto comisorio¹⁴; la falta de claridad de la Superintendencia de Notariado y Registro sobre la base gravable para la transferencia de los bienes a la fiduciaria; la posición de la Superintendencia de Sociedades de acuerdo con la cual los bienes entregados a la fiducia no pueden ser vendidos sin autorización de dicha autoridad; la posibilidad de que los acreedores anteriores a la constitución de la fiducia persigan los bienes; la posibilidad de revocar los fideicomisos prevista en el artículo 146 de la Ley 222 de 1995. No obstante reconocieron que:

“(...) la fiducia en garantía existe, es operativamente viable y tiene gran acogida dentro del sector financiero, a punto tal que se le ha privilegiado con calificaciones que no corresponden a su naturaleza, pues se la asimila a las garantías reales para efectos de calificación de cartera, de cupos ampliados de crédito, de garantías idóneas admisibles para efectos del Sistema de Administración del Riesgo Crediticio (SARC).

Su gran fortaleza está en la posibilidad de realizar los bienes sin necesidad de los costosos y largos procesos judiciales. Además se logra llevar al máximo la capacidad del garantía del deudor, en la medida en que un mismo bien puede servir de garantía para una multiplicidad de acreedores, pues se logra un justo valor al momento de la venta, estipulado por las partes”.

La fiducia en garantía y el caso de Acería Paz del Río

En el análisis de la fiducia en garantía como mecanismo de aseguramiento del cumplimiento de una obligación es necesario referirse a una decisión hito en el ordenamiento jurídico colombiano, en la que la Superintendencia de Sociedades fijó límites a la eficacia del contrato de cara al proceso concordatario.

Los antecedentes de la decisión se remontan al 1º de julio de 1994, momento en el que Acerías Paz del Río S.A. celebró un contrato de fiducia en garantía con FIDUANGLO S.A., a través del cual le transfirió más de 83.000 acciones de Cementos Paz del Río con el fin de garantizar principalmente las obligaciones de determinados beneficiarios, principalmente bancos acreedores de la fideicomitente (Banco de Bogotá S.A., Banco de Colombia S.A., Banco Colpatria S.A. entre otros).

¹⁴ Esta posición varió en concepto 136 de 1981 según lo reconocen los mismos autores.

El 2 de mayo de 1995, Acerías Paz del Río S.A. fue admitida a concordato preventivo obligatorio y se precisó que la venta de las acciones fideicomitidas por parte de la fiduciaria debía ser autorizada por la Superintendencia de Sociedades.

Tras la discusión en relación con la obligación de solicitar la autorización, FIDUANGLO S.A. elevó una petición a la Superintendencia de Sociedades para que le permitiera ejecutar el contrato de fiducia mercantil y cumplir con el encargo fiduciario. Esta solicitud fue negada en el auto 4106120, entre otras razones porque la fiduciaria pretendía cubrir las obligaciones contraídas con los beneficiarios de la fiducia y, en consecuencia, pagar a acreedores por fuera del concordato, desconociendo de esa forma las normas sobre prelación de créditos.

Al resolver los recursos formulados en contra del auto 4106120, presentados por los beneficiarios del fideicomiso, quienes exigían que se autorizará la venta de las acciones para dar cumplimiento al contrato de fiducia en garantía, la Superintendencia destacó **el contexto**, el trámite concursal y señaló que el elemento determinante de las normas en ese escenario era la insolvencia, la cual envuelve diversos intereses de orden plural y de interés público y colectivo. Entonces, la concurrencia de intereses que superan a los de los acreedores de la sociedad justifican las medidas previstas en el ordenamiento frente al deudor insolvente en el marco de los procesos concursales.

Luego, identificó el **objeto del proceso concordatario**, destinado a definir el tratamiento que debe darse a los deudores que no pueden cumplir en su oportunidad y de forma integral con las obligaciones adquiridas.

Con base en esas premisas identificó la motivación de las partes en el contrato de fiducia, y adujo que los bancos, la sociedad fiduciaria y el constituyente celebraron el contrato de fiducia en garantía porque querían evitar las vicisitudes que generarían la insolvencia del deudor y los trámites relacionados con el proceso concordatario.

De cara a ese propósito, destacó que de las obligaciones de la fiduciaria previstas en el artículo 1234 del Código de Comercio resulta claro que los derechos transferidos a la fiducia estaban limitados por las condiciones fijadas por el fiduciante en el acto constitutivo y por la finalidad del fideicomiso.

Asimismo señaló que los acreedores de Acerías Paz del Río que no se hicieron parte del concordato porque creyeron que los certificados de garantía fiduciaria que detentaban eran valiosas fuentes de pago a espaldas del concordato y de los acreedores se equivocaron, debido a que:

“(...) la fiducia en cualquiera de sus modalidades, no puede extinguir los créditos a cargo del deudor en concordato.

La fiducia, por si sola, no puede extinguir los créditos a cargo del deudor en concordato; todos los acreedores, sin distingo alguno, deben hacerse parte en el proceso concursal o asumir los riesgos de su ausencia”.

En concordancia con lo anterior, precisó frente a las obligaciones de la fiduciaria que:

“Si la fiduciaria sabe que no puede pagar deudas concordatarias porque hechos posteriores a la celebración del contrato de fiducia se lo impiden, tampoco pueden vender las cosas fideicomitidas no porque tales ventas sean ilícitas en sí, ya que por razones de necesidad y conveniencia pueden ser autorizadas por la Superintendencia de Sociedades, sino porque una vez admitido el deudor al trámite concordatario e imposibilitada la fiduciaria para pagar, tales enajenaciones ya no resultan conducentes al fin propuesto: pagar”.

En ese sentido, destacó que de acuerdo con el Decreto 350 de 1989, cuando el deudor es admitido al trámite de concordato, la fiducia se encuentra legalmente impedida para pagar las obligaciones concordatarias y enajenar los bienes fideicomitidos, debido a que la facultad de enajenación se había otorgado exclusivamente para el cumplimiento de una obligación que ya no puede cumplir como consecuencia del concordato. En consecuencia, si la fiduciaria desconoce la finalidad para la que se otorgó la facultad de enajenación y a pesar del concordato enajena los bienes, compromete su propia responsabilidad frente al constituyente y los terceros perjudicados con esa actuación.

Asimismo, la Superintendencia de Sociedades resaltó que la fiducia no es un modo de extinguir las obligaciones y no pueden mejorar la extensión, clase, modalidades o derechos garantizados con el contrato.

También precisó que las fiduciarias no son terceros ajenos al concordato, ya que: i) el patrimonio del que son voceras está conformado por bienes del deudor; ii) obran de conformidad con las instrucciones dadas por el fideicomitente; iii) el pago que efectúan es un pago distinto al realizado por un tercero, el cual generaría la subrogación de los derechos del acreedor; iv) cuando le pagan al beneficiario extinguen las obligaciones adquiridas cuando se comprometió a cumplir las instrucciones emitidas por el fideicomitente y, principalmente, extinguen las obligaciones contraídas por el deudor.

En síntesis, para la Superintendencia de Sociedades como consecuencia del contrato de fiducia en garantía la fiduciaria puede satisfacer las obligaciones del fideicomitente de acuerdo con sus instrucciones y en relación con los acreedores que decidió privilegiar, pero iniciado el concordato, en la medida en que este es universal, allí deben concurrir todos los acreedores. En consecuencia, el pago del deudor que está en proceso de concordato por fuera del concurso es ineficaz de pleno derecho y la liquidación del contrato fiduciario que comprenda activos afectados por el deudor al pago de obligaciones, una vez admitido el concurso, debe contar con la autorización de la Superintendencia de Sociedades.

La postura fijada por la Superintendencia de Sociedades en relación con la fiducia en garantía en el caso de Acerías Paz del Río y que se resumió previamente, comportó un gran debilitamiento para la figura y el desconocimiento de la dinámica propia del contrato, ya que pretermite el objeto de este, en virtud del cual los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del deudor - fideicomitente- a un patrimonio autónomo afecto a una finalidad específica, esto es, el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con los beneficiarios determinados.

Justamente, la ventaja reconocida de la fiducia en garantía es la celeridad en la realización y la seguridad que representa para al acreedor. Entonces, al desconocer la transferencia del dominio

sobre el bien efectuada antes del proceso concordatario y exigir la autorización del juez del concurso para el cumplimiento del encargo fiduciario, las ventajas del contrato se reducen ostensiblemente, en la medida en que el acreedor, de un lado, no va a tener seguridad sobre la pretermisión de la mora en la realización de la garantía, pues queda expuesto a los tiempos del eventual concordato y, de otra parte, tampoco se asegura el cumplimiento de la obligación, ya que entra como los demás acreedores al trámite concursal.

En ese sentido, Arrubla (2013) reconoce que algunas de las desventajas de la fiducia en garantía se desprenden principalmente del artículo 1238 del Código de Comercio, ya que se permite la persecución de los bienes fideicomitidos por los acreedores del fiduciante anteriores a la constitución del fideicomiso, y añade que tal y como sucedió en el caso de Acerías Paz del Río S.A. cuando existe un concordato de acreedores del fiduciante, los bienes fideicomitidos en garantía tienen que entrar a la masa de los bienes.

Con todo, el uso de la fiducia en garantía ha aumentado de forma constante en los últimos 7 años, tal y como lo demuestran los reportes emitidos por la Asociación de Fiduciarias de Colombia. Como se verá, de acuerdo con los informes anuales del sector fiduciario correspondientes a los años 2011 a 2016, el volumen de los recursos administrados por negocios fiduciarios ha aumentado progresivamente, así como el número de negocios celebrados que pasaron de 1594 en el año 2010 a 2405 en el año 2016 y el porcentaje de utilidades de las fiduciarias por comisiones derivadas de dichos negocios.

Año	Recursos administrados¹⁵
2010	14 billones
2011	16.02 billones
2012	21.4 billones
2013	25 billones
2014	30 billones
2015	36.5 billones
2016	42.1. billones

2.2. La Transferencia de la Propiedad como Mecanismo de Garantía

La doctrina ha reconocido en términos generales la propiedad como garantía para el cumplimiento de las obligaciones. Ese reconocimiento parte en nuestro ordenamiento de la fijación del patrimonio del deudor como prenda general de los acreedores, tal y como lo prevé el artículo 2488 del Código Civil, según el cual *“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”*.

No obstante esa previsión, el riesgo para el acreedor se deriva de la insolvencia del deudor. Entonces, como lo explica Ternera (2009) *“Para suplir esta insuficiencia del derecho de prenda*

¹⁵ Información extraída de los informes anuales del sector presentados por la Asociación de Fiduciarias de Colombia consultados en la página web <https://www.asofiduciarias.org.co/index.php/pages/informe-anual>.

general de los acreedores, se instituyen herramientas especiales como las garantías y las cauciones que suplen las insuficiencias de la prenda general de los acreedores” (pág.361).

En concordancia con lo anterior y luego de referir los atributos del dominio o la *plena potestas*, uso, goce y disposición, Ternerá (2009) destaca la función de la propiedad como instrumento que asegura el cumplimiento de la obligación y precisa que “(...) *la función de la garantía no se nos presenta como un cuarto poder que complementa el criterio romano de propiedad. Pensamos más bien, que esta función de garantía se nos presenta como un ejercicio sui generis del derecho, en los términos prometidos por su propietario en un contrato” (pág.363).*

Nieto (2009) coincide con esa percepción sobre la función de la propiedad y señala que:

“(...) no solo en el Código de Comercio, sino también en el Código Civil, hay varias figuras que claramente cumplen una función de garantía y que, sin embargo, suponen la transferencia de la propiedad de los bienes al acreedor o a un tercero, incluso antes de que se produzca el incumplimiento del deudor, sin necesidad de que se adelante para ello un proceso judicial o administrativo” (pág. 411).

Los contratos en los que se evidencia con mayor claridad el rol de garantía de la propiedad son (i) la compraventa con pacto de retroventa; (ii) la compraventa con pacto de reserva de dominio; y (iii) el reporto. Para evidenciar esa función es necesario hacer referencia a la dinámica de los instrumentos en mención.

Compraventa con pacto de retroventa

El primero de los contratos en el que se puede advertir el papel de la propiedad como mecanismo de aseguramiento específico es el contrato de compraventa con pacto de retroventa, el cual, de acuerdo con Bonivento (2004):

“(...) no es más que una venta sometida a una condición resolutoria, mediante el ejercicio del derecho de recobro por el vendedor, de conformidad con los términos del artículo 1939. Hay, por tanto, una venta con todos los requisitos de ley. También se ofrece la transferencia del dominio si el vendedor tiene la capacidad y facultad para traspasar. Sólo que puede recobrar esa misma cosa de acuerdo con las estipulaciones contractuales, sin necesidad de nuevo o diferente negocio de venta. Por el mismo contrato se puede resolver el vínculo sin requerir de posterior declaración de voluntad de comprar y vender. El derecho del comprador desaparece al ejercer el vendedor el derecho que emana de la retroventa, aun contra la voluntad posterior del comprador. En lugar de nacer un nuevo contrato, se extingue el primero por el querer de los otorgantes” (pág. 181).

Con respecto a la función de la compraventa con pacto de retroventa como garantía del cumplimiento de una obligación, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que dicho contrato puede estar motivado no tanto por la intención del vendedor de transferir el dominio, sino, principalmente, por la necesidad de acceder a una suma de dinero y por ende:

*“(…) no se puede hablar de simulación en una venta con pacto de retracto (sic) por el hecho de que se requiera de un dinero, y ser éste el interés inmediato del vendedor. No. El que vende con retroventa más que un propósito de disposición persigue un dinero, que al no alcanzarlo mediante el mutuo acude al pacto de retro como una manera ágil y rápida de lograr el objetivo. Empero, la voluntad cuando se expresa en sentido de vender sí es real, o mejor, querida, bajo la especial circunstancia de poder readquirir el bien con el pago de lo pactado o de lo consignado como precio de venta”.*¹⁶

Entonces, resulta claro, que la compraventa con pacto de retroventa puede envolver una arquetípica función de garantía y, por ende, facilitar el acceso a recursos por parte del titular del derecho de dominio, quien a través de la transferencia previa de la propiedad con la posibilidad de recuperarla confiere una garantía robusta, ágil y que le brinda alta seguridad al acreedor, quien, en consecuencia, estará más dispuesto a suministrar los recursos requeridos por el deudor.

El pacto de reserva de dominio

El artículo 1º de la Ley 45 de 1930 prevé la validez de la cláusula de no transferir el dominio de los bienes muebles hasta que se produzca el pago del precio en las condiciones estipuladas por las partes. En relación con los efectos del pacto frente a las partes, Bonivento (2004) ha precisado que:

“La venta de muebles con la cláusula de no transferirse el dominio supone un negocio perfecto, tan solo que la tradición es sometida a una condición suspensiva, hasta tanto no se satisfaga el precio en su totalidad. El título en sí es completo; invulnerable. Y bajo esa secuela, el vendedor mantiene el dominio de la cosa, convirtiéndose el comprador en un tenedor de ella” (pág. 167).

Asimismo, Rodríguez, Rincón y Calderón (2006) señalan que en virtud del pacto de reserva de dominio:

“En principio, es posible pactar que, pese a existir acuerdo sobre la cosa y el precio y haber sido aquella entregada, se reserve el dominio en cabeza del vendedor en tanto el precio no haya sido pagado en su integridad. Se trata de una forma de garantía a favor del vendedor que se traduce en que la entrega no sea traslativa y que, por consiguiente, el comprador no pase de ser un mero tenedor a del bien en tanto no haya cancelado integralmente el precio” (pág. 758).

De otra parte, cuando hubo entrega material del bien, el vendedor cuenta con una acción de restitución sumaria fundada en el carácter de mero tenedor del comprador. Por lo tanto, puede establecerse que la pretensión de la reserva del dominio es asegurar el pago de la obligación a cargo del comprador cuando este se estipula de forma periódica y constituye una garantía erigida sobre la abstención de transferir la propiedad hasta que se cumpla la obligación. En consecuencia, se trata de un mecanismo de aseguramiento

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de enero de 1985.

2.2.El Reporto

El reporto está previsto en el artículo 1° del Decreto 4432 de 2006 y se ha definido por la doctrina como:

“(...) aquel convenio en virtud del cual el Banco, llamado reportador, adquiere de otro llamado reportado, la propiedad o titularidad de los títulos valores que se le entregan a cambio de un precio, con la obligación de transferirles los mismos a dichas personas por el mismo precio con la remuneración correspondiente (v.gr. prima, comisión, interés, etc); todo lo cual tiene como función la de otorgar un crédito temporal corto (v.gr. generalmente de 24, 48 a 72 horas) al reportado)” (Lafont, 2001, pág.681).

En relación con el objeto del contrato y su dinámica, Azuero (2009) señala que:

“Se trata, de un típico negocio de crédito, desde el punto de vista jurídico, en donde existe la transmisión actual de la propiedad por parte del reportado al reportador con la obligación, para este último, de retransmitirla ulteriormente. Existe, entonces, una doble transmisión separada en el tiempo que da origen al reconocimiento de una remuneración pecuniaria, a favor, ordinariamente del reportador quien entrega la suma de dinero” (pág. 661).

Con respecto al funcionamiento del contrato, el autor refiere la necesidad de preguntarse por la remuneración del reportador, ya que por tratarse de dos compraventas, las partes podrían considerar que sus intereses se encuentran satisfechos de forma integral con el valor correspondiente a los títulos valores que se adquieren en cada oportunidad. Sin embargo, existe una remuneración a favor del reportador, la cual se explica para Azuero (2013) desde la finalidad del contrato:

“(...) pues se supone que, por regla general, quien busca obtener un beneficio directo con su celebración es el reportado, quien requiere una suma de dinero para cuya obtención transfiere en propiedad títulos valores que, en últimas, van a cumplir una función de garantía. O en donde se presenta cierta similitud con el descuento, por lo que dice con la función económica y los efectos jurídicos, pues la transferencia en propiedad de los títulos no es definitiva ni liberatoria” (pág. 661).

Entonces, el contrato de reporto que involucra dos compraventas constituye un mecanismo de aseguramiento de una obligación, pues frente a la necesidad de los recursos por parte del reportado, este transfiere al reportador títulos valores como garantía de cumplimiento, los cuales serán nuevamente adquiridos por el reportado, cuya intención principal no era la de transferir el dominio sino la de contar con la liquidez provista por el reportador.

Los contratos descritos evidencian el uso de la propiedad como mecanismo de aseguramiento en lo que no interviene la autoridad judicial y que se previeron en el ordenamiento jurídico colombiano bajo la vigencia de la prohibición del pacto comisorio. En relación con esas manifestaciones de la función de garantía de la propiedad, Nieto (2009) señala:

“Lo que quiero resaltar con ello es que en todos estos casos la ley permite expresamente que la propiedad (o la tenencia en el ejemplo del depósito) sea utilizada

directamente por una de las partes para garantizar una determinada obligación a su favor, ya sea obteniendo la transferencia del dominio sobre un bien perteneciente al deudor, sin que en ninguno de tales casos se exija la intervención judicial o administrativa para declarar el incumplimiento del deudor y hacer efectiva la garantía a favor del acreedor” (pág. 412).

Aunadas a esas manifestaciones, se evidencia una función de aseguramiento autónoma y con pretermisión del juez en los bonos de prenda expedidos por los almacenes generales de depósito y, además, en el derecho de retención.

2.3. Los Bonos de Prenda

De acuerdo con lo previsto en el artículo 757 del Código de Comercio y en el concepto 2010087262-001 del 1° de abril de 2011 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, los bonos de prenda son expedidos por el depositante de las mercancías en almacenes generales de depósito y, a través de estos, se le confiere al beneficiario la calidad y todas las prerrogativas de un acreedor prendario con respecto a las mercancías depositadas. Los bonos de prenda son accesorios a los certificados de depósito de mercancías que también expide el almacén general de depósito correspondiente.

En el evento de incumplimiento de la obligación principal adquirida por el depositario (deudor) y que se respaldó con el bono de prenda, el tenedor del bono tiene derecho a que las mercaderías se subasten públicamente por el almacén con el fin de satisfacer un crédito. Esta posibilidad corresponde a una garantía de realización directa, pues ante el incumplimiento de la obligación esta se satisface sin acudir a una autoridad judicial. En efecto:

“Por el bono de prenda la persona adquiere los mismos derechos y privilegios del acreedor prendario. En el primer sentido, el tenedor del bono de prenda, en caso de no pago del instrumento, tiene derecho a que las mercaderías se subasten públicamente por el almacén, a fin de satisfacer su crédito. En el segundo sentido, el titular del bono en el concurso de acreedores tiene prelación en la satisfacción de su crédito, conforme a lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 2494 y 2497, ordinal 3” (Peña, 1998, p.267).

Asimismo, Cruz (1985) destaca la función negocial y de garantía de los bonos de prenda y luego de transcribir el artículo 757 del Código de Comercio precisa:

“Cuando el citado artículo expresa que en el bono de prenda se incorpora un crédito no hace otra cosa que la de clasificarlo entre los títulos valores de contenido crediticio (...). Pero para el caso sólo debemos tener en cuenta que estos títulos son expedidos por el almacén general de depósito a solicitud del depositante, y que cuando es solicitado se presume la intención de negociarlo mediante la obtención de un crédito, cuya garantía serán las mercancías que en él se relacionan y que asimismo están señaladas en el certificado de depósito” (pág.63).

La posibilidad de que el acreedor ejecute la garantía y satisfaga su obligación en caso de incumplimiento por parte del deudor también resulta clara si se consideran las personas que intervienen en el bono de prenda. Cruz (1985) precisa que la creación del bono está en cabeza del

almacén general de depósito, la transferencia del bono de prenda se realiza por el depositante y, por su parte, el acreedor:

“(...) es el que recibe el préstamo con garantía prendaria sobre la mercancía se le llama beneficiario y es quien está autorizado para reclamar los dineros prestados primeramente a quien le endosó y que es obligado directo, y luego al almacén que se comprometió a no permitir el retiro de la mercancía mientras no se efectuara el pago o, como alternativa, a vender aquella y proporcionar el pago que representa el bono emitido” (pág. 64-65).

De manera que resulta evidente que los bonos de prenda que se constituyen con respecto a las mercancías depositadas en almacenes generales de depósito, corresponden a un título valor que comporta un mecanismo de realización extrajudicial, en el que se permite que el almacén, tercero, venda los bienes sobre los que recae la prenda y satisfaga el derecho del acreedor.

La utilización de los bonos de prenda como mecanismo de aseguramiento de obligaciones es corroborada por el artículo 3º de la Ley 1676 de 2013 en el que, con el propósito de regulación sistemática, se prevé que cuando en otras disposiciones se haga referencia a las normas sobre bonos de prenda se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto en dicha ley.

2.4.El Derecho de Retención

Finalmente, es importante mencionar el derecho de retención como un mecanismo que busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Este derecho no estaba regulado de forma orgánica en el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en que se prevenían diversas manifestaciones disgregadas del derecho. Sin embargo la Ley 1676 de 2013 precisó que el derecho de retención correspondía a una garantía mobiliaria.

El ordenamiento jurídico no cuenta con una definición legal genérica del derecho de retención, pero de acuerdo con el funcionamiento en los diversos ámbitos en los que se consagra, la jurisprudencia ha precisado que es el derecho:

“(...) de retardar la entrega de la cosa debida en los supuestos en que la ley expresamente lo autoriza, como medio de obligar a la persona a quien pertenece a pagar al detentador de dicha cosa la deuda nacida con ocasión da la misma cosa. En consecuencia para que opere son éstos los requisitos: 1º. La detentación de la cosa. 2o. La conexión del crédito con la cosa poseída (debitum rei cohaerens), por haberlo producido ésta sin necesidad de un negocio jurídico; y 3o. El detentador debe ser acreedor, y deudor aquel a quien la cosa ha de restituirse (...)”¹⁷.

Con base en la definición descrita, el derecho de retención ya operaba, antes del reconocimiento de la Ley 1676 de 2013, como un mecanismo para obtener el cumplimiento de una obligación específica, derivada del bien que se detenta y, por ende, puede ser considerado una manifestación de una garantía de realización directa, que cumple su función con el ejercicio del derecho por parte del tenedor y acreedor en relación con esa obligación específica.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 17 de mayo de 1995.

De las figuras descritas se advierte que aún en vigencia de la prohibición del pacto comisorio se preveían garantías de realización directa. En efecto, en aras de obtener mayor seguridad para el acreedor y agilidad en el cubrimiento de la obligación insoluble se pretermitía la intervención del juez. Estas garantías fueron admitidas en el ordenamiento, reguladas por el Legislador y no estaban fundadas en la lógica proteccionista del deudor, es decir, evidenciaban la necesidad y la tendencia hacia la utilización de garantías de realización directa.

3. Consolidación de la tendencia hacia las garantías de realización directa

En el capítulo anterior se demostró que la prohibición del pacto comisorio correspondía a una medida de protección del deudor heredada del derecho romano, que consistía en la forzosa intervención del juez para la realización de garantías específicas, fundada, entre otras, en la situación de desventaja del deudor frente al acreedor por la necesidad de los recursos. No obstante, la vigencia de esa figura de protección en el ordenamiento jurídico colombiano surgieron y se desarrollaron múltiples garantías de realización directa, dirigidas a obtener mecanismos de aseguramiento más efectivos, debido a que no requieren la intervención del juez para su realización.

En efecto, antes de la expedición de la Ley 1676 de 2013 ya era evidente el uso extendido de mecanismos para asegurar el cumplimiento de obligaciones que no requieren la intervención judicial, tales como la venta con pacto de retroventa, las operaciones de reporto, los bonos de prenda, la fiducia en garantía y otras formas de utilización de la propiedad como mecanismo de aseguramiento de las obligaciones. Esta tendencia hacia la consecución de garantías de realización más expedita se consolidó con la expedición de la Ley 1676 de 2013 “*Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias*”, la cual responde a (i) exigencias en escenario internacional –Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias-; (ii) requerimientos del mercado interno –necesidad de garantías más eficaces- y, de forma particular, (iii) la promoción de acceso al crédito a partir de la ampliación de los bienes sobre los que recaen las garantías.

Con respecto a las exigencias del escenario internacional derivadas del aumento del comercio entre sujetos ubicados en diversos foros, Umaña (2004) señala que:

“Las operaciones mercantiles no han obedecido fronteras, su tendencia siempre ha sido trascender de las mismas y, especialmente a finales del siglo pasado y lo poco que va del presente, se ha dado un hiper salto en el que las operaciones cada vez se internacionalizan más. La Organización Mundial del Comercio y la creación de normas que en esa rama obligan cada vez a un número mayor de países es un claro ejemplo”.

En relación con los problemas de acceso al crédito en América Latina que motivaron la creación de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, Almuna & Vercellino (2009) identifican los siguientes temas principales: (i) la falta de regulación uniforme; (ii) limitación de bienes que sirven como objeto de garantía; (iii) dispersión de registros; (iv) falencia del sistema registral; (v) formalidades y requisitos, y (vi) los problemas de ejecución. Estos asuntos se abordan en la ley modelo, en aras de que su adopción e implementación por parte de los países faciliten las transacciones de carácter internacional.

Uno de los principales problemas para el acceso al crédito corresponde a la eficacia de las garantías, el cual está íntimamente relacionado con su **ejecución**, particularmente la mora en el procedimiento de realización ha sido considerado como uno de los obstáculos más significativos que inciden en la determinación del otorgamiento del crédito y, en general, en la celebración de los negocios. En relación con ese asunto se ha indicado que:

“La regulación de la ejecución suele perjudicar mucho la efectividad de las garantías mobiliarias. Una característica de los bienes muebles, es que se deprecian con mayor velocidad que los bienes inmuebles. Cabe señalar que esta característica se agudiza aún más, en el caso de gravarse inventarios que pueden estar constituidos por mercancías perecederas, como frutas o verduras. Sin embargo, esta importante distinción no es considerada en los procedimientos de ejecución de las garantías muebles contemplados en las diversas legislaciones de América Latina, ya que en general se aplica un procedimiento común, usado tanto para realizar bienes inmuebles como muebles. Esto provoca que el proceso de ejecución suela ser muy largo y costoso, lo que en definitiva hace poco atractivo el cumplimiento forzado en caso de incumplimiento, inclusive contando con una garantía preferente” (Almuna & Vercellino, 2009, p. 20).

El problema sobre la mora de los procesos de ejecución y, en general, de la resolución de las controversias judiciales como factor que desestimula el otorgamiento del crédito, la transacción y la inversión ha sido identificado en diversos ordenamientos como un asunto que debe ser confrontado. Por ejemplo, Martínez. Aaron & Westermann (2004) reconocían que México, si bien contaba con una legislación que da certeza a la propiedad, aún tiene *“graves problemas con el cumplimiento de los contratos, lo que hace muy difícil que un acreedor se apodere de los activos de los deudores que no pagan. Estos problemas incluyen largas demoras en la resolución de las disputas comerciales (con una media de más de 30 meses de duración)”*.

Aunado a los problemas procesales y la mora en la realización judicial de las garantías, otro de los asuntos que afectan la inversión en los países y las transacciones comerciales son los riesgos asociados **al nivel de seguridad jurídica** brindado no sólo con respecto al mantenimiento de las condiciones legales sustanciales vigentes al momento de la inversión, sino también con respecto a las previsiones sobre los procedimientos de resolución de las controversias que puedan surgir, particularmente, frente al incumplimiento de los deudores. Ortiz (2013) indica que uno de los elementos principales que determina la inversión es la seguridad jurídica, ya que el inversionista internacional tiene claro que prefiere tener inversiones seguras aun sobre los beneficios que podría obtener.

Asimismo, **la limitación de los bienes reconocidos tradicionalmente como susceptibles de garantía** también se ha considerado como un asunto limitativo del otorgamiento del crédito. En efecto, la regulación de los ordenamientos jurídicos está fundada sobre la prevalencia de los bienes inmuebles como medios de garantía, que corresponde a una percepción que no compagina con las circunstancias actuales, en las que los bienes muebles pueden tener mayor valor que los inmuebles y, por ende, debe ser modificada. En consecuencia, el sistema fijado en la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias busca la armonización de las legislaciones de los países

del continente americano, en aras de provocar la celeridad de las transacciones, generar la seguridad de los negocios y promover el acceso al crédito. En ese sentido, se indicó que:

“Esta ley tiene por objeto la armonización de las legislaciones del continente americano en esta materia; su ámbito de aplicación corresponde a la “constitución, perfeccionamiento, prelación y ejecución de todo derecho real de garantía sobre bienes muebles (corporales e incorporales)”. (Garro, M., 2007, p. 123). *Esta ley sigue muy de cerca las condiciones y los efectos de la prenda del sistema romano-germánico, con algunas pocas salvedades, como la introducción de mecanismos de publicidad de la prenda y el pacto comisorio. En consecuencia, en caso de incumplimiento de la obligación, el deudor puede transferir la propiedad del bien gravado a favor del acreedor, en pago de dicha obligación. Ahora bien, para impedir cualquier tipo de abuso por parte del acreedor en el ejercicio de este derecho, la ley “combina la necesidad de celeridad procesal con la observancia de estándares básicos de protección constitucional”* (Kozolchik & Wilson, 2010, p. 65).

De acuerdo con los problemas de acceso al crédito identificados, la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado de la Organización de los Estados Americanos reunida el 8 de febrero de 2002 expidió la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, la cual fue producto de la labor de un grupo de trabajo presidido por delegaciones de Estados Unidos y México. En la norma se fijaron los siguientes objetivos: (i) facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación del espectro de bienes que pueden constituir una garantía (artículo 4); (ii) simplificar los procedimientos de constitución de la garantía en aras de reducir los costos (artículos 5 a 9); (iii) establecer criterios claros sobre publicidad (artículos 10 a 34); (iv) estandarizar los aspectos documentales y registrales relacionados con la garantía (artículos 35 a 46); (v) asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios claros y específicos sobre la prelación (artículos 47 a 53) y (vi) eficacia en los procesos de realización de las garantías (artículos 54 a 67).

Como antecedente relevante de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, se resaltan los proyectos de reglamentación adelantados en México. En relación con ese antecedente Kozolchik relata que:

“La Ley Modelo de la OEA se benefició considerablemente de los trabajos anteriores realizados para la redacción de una ley de garantías mobiliarias para México, tarea que se inició en 1996 y concluyó en 2003. Por disposición del entonces presidente de México, Ernesto Zedillo, la Secretaría de Economía y Fomento Industrial (Secofi) fue designada como agencia proyectista e invitó al NLCIFT a participar en el esfuerzo de redacción”(Kozolchik, 2009).

El autor destaca que los principios NLCIFT (National Law Center for Inter-American Free Trade) los cuales tuvieron varias revisiones y su versión final se expidió en el año 2006, fueron útiles como guías de redacción legislativa, debido a que:

“1) proporcionan un resumen de las mejores prácticas para los préstamos garantizados y así proveen un buen punto de partida para la redacción de muchas disposiciones; 2) facilitan la búsqueda de las instituciones jurídicas locales compatibles e incompatibles, al permitir la comparación entre las disposiciones cuestionables y el principio

aplicable; 3) ayudan a identificar las normas que deberán ser obligatorias a la luz de las inconsistencias entre el derecho de garantías mobiliarias y las prácticas locales; 4) contribuyen a la coherencia interna del proyecto al permitir contrastar las disposiciones que parecen estar en conflicto entre sí y/o con sus principios rectores o excluyentes; 5) como enunciaciones de las razones que justifican reglas técnicamente complejas, permiten explicar estas reglas a los legisladores locales, jueces, oficiales registrales o abogados practicantes que carecen de la necesaria experiencia práctica; y 6) su naturaleza internacional contribuye a tender un puente entre los sistemas de derecho civil y de derecho común, al demostrar cómo el derecho romano (raíz de ambos) provee bases conceptuales aplicables a ambos sistemas y a sus leyes en materia de garantías mobiliarias”.

Los principios NLCIFT destacados previamente indican, de forma principal, que (i) las garantías mobiliarias propician el desarrollo económico porque permiten al deudor movilizar sus activos; (ii) la garantía mobiliaria es un derecho de posesión o de control preferente sobre bienes muebles, por ende no es necesario que el deudor que otorga la garantía sea el propietario del bien; (iii) la garantía mobiliaria se puede constituir sobre cualquier bien susceptible de valoración pecuniaria y, por ende, no se trata de bienes taxativos; (iv) cuando la garantía mobiliaria se utilice para la adquisición de bienes sobre los que, a su vez, se va a constituir la garantía, esta tendrá preferencia sobre garantías preexistentes que afecten a dichos bienes; (v) el comprador en el curso ordinario de los negocios adquiere el bien libre de cualquier garantía perfeccionada anteriormente por el vendedor; (vi) la realización o cancelación de las garantías mobiliarias requieren mecanismos de resolución contractuales y extrajudiciales, o procesos judiciales expeditos, (vii) en la medida de lo posible, la garantía mobiliaria perfeccionada no debe formar parte de los procedimientos de quiebra y (viii) la armonización de las leyes sobre garantías mobiliarias es esencial para promover la disponibilidad del crédito transfronterizo.

En concordancia con las finalidades que justifican la promoción de la unificación de los sistemas de garantías mobiliarias en el continente, particularmente asegurar las prácticas crediticias y reducir el costo del crédito, la Ley Modelo precisó que los países pueden excluir de la regulación algunos tipos de bienes muebles y destacó que los Estados que adoptaran la ley debían crear un sistema de registro único y uniforme aplicable a todo el sistema de garantías.

En la ley también se indicó que la regulación se extiende sobre todo tipo de garantía mobiliaria (excluye provisiones taxativas), identificó el tipo de obligaciones que pueden ser garantizadas, precisó la forma de constitución de la garantía -contrato- y señaló que si se trata de garantía sin posesión el contrato se debe otorgar por escrito y surte efectos desde la suscripción, pero sí la garantía involucra la transferencia de la posesión surte efectos desde el momento en que el deudor le entregue la posesión del bien al acreedor.

Asimismo previó reglas en relación con la publicidad, el registro, la prelación, la ejecución, el arbitraje, los conflictos de leyes y el alcance territorial de aplicación, al paso que estableció reglas específicas con respecto a garantías mobiliarias de adquisición, cesión de créditos, cartas de créditos, documentos negociables y derechos de propiedad intelectual.

De otra parte, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI también expresó su preocupación sobre la compatibilidad y uniformidad de los

regímenes de garantías locales, razón por la que expidió la “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas” bajo la premisa de que:

“(…) todo régimen sólido de las operaciones garantizadas puede aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten, concretamente atrayendo fondos de prestamistas nacionales y extranjeros y de otras entidades crediticias, fomentando así la creación y la expansión de empresas nacionales (en especial, de las pequeñas y medianas empresas) y, en general, incrementando el comercio”.

Bajo esa consideración CNUDMI emitió unas indicaciones sobre el tema que considera las diferentes tradiciones jurídicas en aras de alcanzar la mayor uniformidad en punto a las operaciones garantizadas.

Dicha guía exalta la proliferación del crédito como consecuencia de la existencia de un mayor abanico de obligaciones que pueden respaldarlo y de mecanismos de recuperación de la inversión más efectivos, ya que los prestamistas:

“estarán dispuestos a conceder crédito, siempre y cuando las leyes (y la infraestructura jurídica y estatal de la que formen parte) les permitan determinar con un alto grado de seguridad los riesgos que entrañe la operación y puedan confiar en que, en última instancia, les sea posible obtener el valor económico de los bienes gravados en caso de impago u otro tipo de incumplimiento del deudor”.

Tomando como referente las previsiones de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias y de la Guía Legislativa de la CNUDMI para Operaciones Garantizadas, Colombia expidió la Ley 1676 de 2013 “*Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias*”. En concordancia con esa finalidad, en la exposición de motivos del proyecto en mención se resaltó que de acuerdo con el Reporte Doing Business del Banco Mundial del año 2012, en lo que respecta al Índice de Obtención de Crédito, Colombia ocupaba el puesto 67 en las 183 economías medidas y el puesto 10, en América Latina y El Caribe. Por ende se indicó:

“(…) Colombia tiene importantes retos en el índice de fortaleza de derechos legales, pues obtiene una calificación de 5 sobre 10. Para mejorar nuestra calificación es necesario que las empresas puedan conferir derechos de garantía sobre bienes como cuentas por cobrar o su inventario; poner en funcionamiento un registro de garantías unificado geográficamente, accesible por Internet; que los acreedores garantizados sean pagados con preferencia cuando un negocio es liquidado y permitir a las partes acordar que el acreedor pueda ejecutar su garantía de manera extrajudicial”.

Asimismo, se justificó la necesidad de fortalecer el sistema de garantías sobre bienes muebles en experiencias comparadas. En particular, se indicó que:

“Investigaciones demuestran que en países desarrollados, un deudor con garantías mobiliarias obtiene crédito nueve veces más fácil que un deudor sin garantía mobiliaria e igualmente se benefician de mayores periodos de amortización (11 veces más largos) y tasas de interés significativamente menores (50% menos)”.

Además de la modificación del sistema de garantías en Colombia, la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias ha generado la transformación de los sistemas de otros países del continente, a través de la adopción de los lineamientos establecidos en dicha norma. Por ejemplo, Perú expidió la ley de la Garantía Mobiliaria Ley núm. 28677; Guatemala profirió la Ley de Garantías Mobiliarias Decreto núm. 51 de 2007; Honduras profirió la Ley de Garantías Mobiliarias Decreto núm. 182 de 2009; Costa Rica dictó la Ley de Garantías Mobiliarias Ley núm. 9.2463 de 2014; El Salvador emitió la Ley de Garantías Mobiliarias a través del Decreto 488; Panamá expidió la Ley 129 de 2013; México, en el año 2009 expidió el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Reglamento del Registro Público de Comercio y Chile profirió la Ley de prenda sin desplazamiento Ley N° 20.190 de 2007, en la que incluyó algunas disposiciones de garantías mobiliarias.

Descrita una de las motivaciones principales de la Ley 1676 de 2013, que corresponde a las exigencias de orden internacional, es importante observar cómo el proceso de alteración del sistema de garantías se ha adelantado en otros países de tradición jurídica romano germánica, en los que se han procurado mecanismos expeditos de realización de las garantías, bajo la priorización del factor tiempo y eficacia, y con una alteración de la concepción de desventaja del deudor.

3.1. Tendencia hacia la realización directa de las garantías en el derecho comparado

3.1.1. La modificación del sistema de garantías en Francia

Los ordenamientos jurídicos evolucionan como respuesta a las dinámicas sociales y a los requerimientos de los diversos sectores de la sociedad. Esta transformación, como se verá, no ha sido ajena a las regulaciones sobre el sistema de garantías en diversos países.

Por ejemplo, con respecto a la alteración del sistema de garantías en Francia, Rodríguez (2014) destaca que el Código Civil Francés durante la mayor parte de su vigencia solamente preveía la figura de la prenda con tenencia del acreedor. Sin embargo, por presiones de sectores económicos influyentes se introdujeron algunas modificaciones dirigidas a ampliar la prenda e introducir modalidades específicas de dicha garantía.

En ese mismo sentido, en relación con la regulación del sistema de garantías de Francia, De Cores precisa que:

“Como señala Laurent Aynés, el derecho común en materia de garantías vigente en Francia derivaba en buena medida del Código Civil de 1804. Durante sus dos siglos de vigencia, el derecho de las garantías había sido objeto solamente de reformas tan puntuales como numerosas en ámbitos específicos de la actividad económica, en atención a sus características particulares, con la finalidad de facilitar el acceso al crédito. Sin embargo, no había existido en Francia un replanteo del sistema de las garantías en su conjunto y, según todos los testimonios, existía una creciente presión de los operadores jurídicos y económicos en el sentido de modificar el sistema en su conjunto” (De Cores, 2007, p. 76).

En atención a la estricta regulación de las garantías en el ordenamiento francés se publicaron las ordenanzas de 23 de marzo de 2006, las cuales introdujeron el libro IV en el Código Civil, denominado “*De las Garantías*” y dividido en tres capítulos (disposiciones generales, garantías personales, garantías reales). Esta modificación constituye:

“(…) una reforma considerable en materia de garantías mobiliarias, una modernización que buscaba introducir una disciplina que pudiera competir en el mercado de las garantías. Entre las principales innovaciones de dicha reforma se encuentra la introducción de una disciplina general de la prenda sin tenencia del acreedor, una reforma a la que se sumó la introducción en el 2007 de la figura de la fiducia en el ordenamiento jurídico francés (...)” (Rodríguez, 2014).

En efecto, De Cores (2007, p. 76) con fundamento en la exposición de motivos presentada por el Ministerio de Justicia al Presidente de la República de Francia adujo que el propósito principal de la reforma fue la modernización del derecho de las garantías con el fin de hacerlas claras y eficaces, y de esa forma responder a las exigencias comerciales y a la dinámica de los negocios. A pesar del reconocimiento de esa finalidad también se destacó la necesidad de preservar la protección del deudor. En consecuencia, el Ministerio indicó que se trata de reglas novedosas diseñada para que “*amplíen el abanico de bienes susceptibles de prenda y flexibilicen los modos de ejecución, previendo siempre, por otra parte, reglas protectoras a favor de quienes han de recurrir al crédito*”.

En efecto, la regulación de las garantías en el ordenamiento jurídico francés hacía énfasis en la protección del deudor y organizaba, de forma rígida, las garantías. Por ende, para Rodríguez (2014) se trataba de un sistema que no favorecía los intereses del acreedor, quien quedaba en una posición de desventaja y expuesto a la pérdida de la garantía en los eventos en los que se alteraban las previsiones sobre el diseño y objeto de la misma.

La evolución del sistema de garantías en Francia (que partía de una regulación rígida y centrada en el deudor) como consecuencia de la reforma del año 2006 se evidencia, entre otros aspectos, en la eliminación de la prohibición del pacto comisorio, que constituía un mecanismo clásico de protección de los intereses del deudor heredado del derecho romano. En relación con esta derogatoria Paredes (2009) describe que:

“En el año 2006, el libro IV del Code Civil francés fue objeto de una importante reforma. La modernización del derecho de garantías constituye la esencia de dicho cambio, que reformuló en su mayoría las antiguas premisas jurídicas establecidas siglos atrás.

En el texto de la reforma se acepta expresamente el pacto comisorio en la prenda y la hipoteca. Entendiendo que si en algún momento se prohibió dicho pacto, fue con el ánimo de salvaguardar los intereses del deudor, dicha intención es mantenida, al establecerse que la valoración del bien debe ser realizada por un perito experto al momento de la ejecución de la garantía” (Paredes, 2009, p.750).

En relación con la eliminación de la prohibición del pacto comisorio, De Cores (2007) señala que:

“(…) la más trascendente y si se quiere más escandalosa reforma ha sido la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. Como es sabido, el antiguo derecho romano permitía —mediante la fiducia cum creditore y el pacto de la lex comisoria— que el acreedor insatisfecho se hiciese dueño de la cosa dada en garantía por el solo hecho del incumplimiento. A partir del derecho justiniano, los países de Europa continental en general eliminaron la fiducia cum creditore, reservando al acreedor únicamente los derechos de prenda y de hipoteca, concebidos no como un traspaso del dominio sino como derechos reales menores en cosa ajena, y prohibiendo el pacto comisorio en dichos contratos, es decir, vedando la posibilidad del pacto por el cual el acreedor se hacía dueño de la cosa prendada o hipotecada por el solo incumplimiento. Este proceso se explica por la sensibilización general frente a los abusos cometidos por los usureros, que vía pacto comisorio adquirirían bienes de valor muchas veces superior al monto de la deuda, enriqueciéndose injustamente a costa de su deudor” (De Cores, 2007, p. 97).

Por su parte, Ríos (2007) señala que si bien se mantuvo el rechazo de la venta libre del bien por parte del acreedor, se aceptó el pacto comisorio y la adjudicación inmediata del bien dado en garantía en la prenda sobre bienes corporales (artículos 2.347 y 2.348) créditos (2.365 y 2.366) y en la hipoteca (2.458 y 2.459). Esta modificación, a su juicio, presenta las siguientes ventajas:

“Agiliza la ejecución de las garantías y aminora su costo, pues el acreedor no estará obligado a iniciar y proseguir un largo procedimiento de embargo y venta judicial; previene un enriquecimiento injusto por parte del acreedor, protegiendo, al mismo tiempo, el interés del deudor, quien no será expoliado y que, además, hay que decirlo, no sufrirá la natural disminución del valor de la cosa por el sólo hecho de ser vendida en una pública subasta. A este último respecto, la lógica del legislador de 1.804 (la mejor manera de obtener un alto precio por el bien dado en garantía es a través de las pujas en pública subasta) se ha visto claramente superada por la realidad. Pero el principio de no enriquecimiento es mucho más que un mero contrapeso a la ejecución del pacto comisorio o a la adjudicación inmediata. Tiene, también, aplicación en la ejecución normal de otras garantías como, por ejemplo, en la reserva de propiedad. Todas las garantías reales contenidas en la reforma están sometidas, entonces, a este principio” (Ríos, 2006, p.97).

De las modificaciones del sistema de garantías en Francia también se destaca la regulación general de la prenda sin tenencia como mecanismo de garantía, en oposición a la reglamentación previa, la cual estaba fraccionada y se circunscribía a bienes específicos; la ampliación de los bienes sobre los que puede recaer la prenda y la creación de un sistema de publicidad. En efecto, se precisó que en los casos de prenda con tenencia, la publicidad se cumple con la entrega y si se trata de prenda sin tenencia la publicidad se logra con el registro.

Entonces, como queda demostrado -y sin la pretensión de dar cuenta de la totalidad de las implicaciones de la modificación-, en el derecho civil francés se preservó hasta hace pocos años la prohibición de pacto comisorio heredada del derecho romano que, como se indicó, buscaba evitar los abusos del acreedor. La eliminación de esta medida de protección, aunada a la ampliación y simplificación de garantías como la prenda, surgieron de la necesidad de actualizar la regulación de las garantías y ajustar el ordenamiento a los requerimientos de la dinámica contractual contemporánea. A pesar de esa finalidad, también se consideró y mantuvo la preocupación sobre la situación de desventaja del deudor y en la regulación se procuró

resguardar sus intereses a través de la tasación del bien por un tercero experto cuando se realiza directamente la garantía.

3.1.2. El sistema de garantías en Argentina

En concordancia con lo expuesto sobre la evolución de los sistemas de garantías en los ordenamientos jurídicos, la cual está determinada por las dinámicas comerciales y los requerimientos de la sociedad, se hará una breve referencia a esa transformación en el derecho argentino.

Como punto de partida para establecer esa modificación es necesario precisar, de un lado, que bajo la regencia del anterior Código Civil de la República de Argentina, vigente hasta el año 2014, se prohibía en algunos contratos, de forma expresa, la apropiación del bien objeto de garantía por parte del acreedor. Por ejemplo, el artículo 1203 prohibía el pacto comisorio en el contrato de prenda. Por su parte, el artículo 3251 precisaba que *“No pagando el deudor el crédito al tiempo convenido, el acreedor puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble. Es de ningún valor toda convención que le atribuya el derecho de hacer vender por sí el inmueble que tiene en anticresis”*. Asimismo, el artículo 3252 suprimía la validez de las cláusulas en el contrato de anticresis que autorizaban al acreedor tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda.

De otra parte, es necesario considerar las previsiones procesales en relación con la ejecución del deudor, con base en las cuales Boretto (2011) señala que la ejecución patrimonial, en principio, se trata de un proceso en el que hay una instancia de conocimiento sobre la pretensión de condena y es posible que prosperen las excepciones presentadas por el deudor. Entonces, como el trámite de ejecución tiene la fase de contradicción en el que hay lugar a oponerse a la pretensión:

“(...) Como regla, el derecho procesal argentino no tolera que el acreedor ejecute privadamente al deudor sin juicio previo. Si bien se reconoce eficacia ejecutiva a ciertos títulos extrajudiciales, estos no son equiparados en sus efectos a una sentencia judicial de condena -que si autoriza sin más a ejecutar patrimonialmente al deudor- pues dicha eficacia se limita a habilitar una vía procesal acelerada (llamada compulsoria) (...).

Como vemos en el proceso argentino hay conocimiento judicial previo a la ejecución patrimonial; se parte de la premisa de que prima facie solo la sentencia judicial de condena -que contiene una declaración oficial de certeza tras un imparcial relevamiento de la situación jurídica- tendría eficacia para autorizar la agresión patrimonial del deudor, quien siempre y previamente ha podido defenderse -periodo de conocimiento-” (Boretto, 2011, p.49-50).

En ese mismo sentido, el autor en mención destaca que incluso emitida la sentencia judicial de condena que abre la etapa de ejecución hay lugar a la intimación del deudor, quien, de nuevo, puede oponerse a la ejecución a través de la formulación de excepciones relacionadas con circunstancias posteriores a la sentencia de condena. En síntesis, el ordenamiento privilegia, de forma principal, el ejercicio del derecho de defensa del ejecutado.

Establecida la orientación del sistema jurídico argentino en relación con la ejecución del deudor, en el que se privilegiaba la defensa del demandado y, por ende, se restringía la eficacia de las garantías, surgieron requerimientos del comercio y de la dinámica económica, dirigidos a contar mecanismos más expeditos:

“(...) fue así que en algunos casos la propia legislación de fondo (v.gr. warrants, ley 9643-, prenda con registro privada, art. 39 del decreto-ley 15.348/46, ratificado por ley 16.962) y en otras, el ingenio propio de los operadores económicos con algún respaldo normativo (v.gr. garantías a primera demanda al amparo del art. 1197, Cód. Civ.) comenzó a forzar la idea de igualar en sus efectos –pese a la diferencia sustancial del contenido- a ciertos títulos extrajudiciales con la sentencia judicial, confiriéndoles aptitud para ejecutar de forma directa al deudor sin posibilidad de juicio previo” (Boretto, 2011, p. 54).

El autor reconoce las dificultades que se desprenden del ordenamiento jurídico de su país para la efectividad de las garantías y destaca cómo los requerimientos del mercado han provocado desarrollos jurídicos y fácticos, dirigidos a contar con mecanismos de aseguramiento de las obligaciones céleres que reduzcan los costos de realización y que le brinden mayor seguridad al acreedor.

Algunos de los mecanismos destacados por Boretto son (i) la prenda comercial común no registrable que, de acuerdo con el artículo 585 del Código de Comercio autorizaba a vender el bien sin intervención judicial al día siguiente del incumplimiento; (ii) los almacenes de depósito (warrant) que permiten el almacenamiento de mercancías, la obtención del crédito y la transferencia de bienes; (iii) las garantías a primera demanda; y (iv) el fideicomiso en garantía.

Esos desarrollos insulares de mecanismos de garantía también han sido objeto de críticas. Por ejemplo, All (2007) los identifica como factores que afectaban el acceso al crédito de las pequeñas empresas, en la medida en que la disgregación de la regulación de las garantías provoca inseguridad jurídica y reduce el otorgamiento de crédito:

“Argentina presenta una situación de pluralidad legislativa que acentúa el régimen de parcialización de las garantías mobiliarias. Se ha señalado con razón que en nuestro país las garantías mobiliarias registrables más conocidas y utilizadas se encuentran desactualizadas en el tiempo y fragmentariamente reguladas. Dentro de este ámbito merecen ser tenidas en cuenta, entre otras, la prenda agraria (ley 9644), la prenda con registro (decreto ley 15348/46 y decreto 897/95), el warrant (ley 9288 y 96439), los debentures con garantía real (ley 19550 y leyes de obligaciones negociables 23576 y 23962), el fideicomiso de garantía (ley 24441) y el leasing (ley 25248), figuras todas que tienen regímenes normativos diferenciados y registros separados”.

Ahora bien, la expedición del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994) también evidencia la tendencia identificada por Boretto con respecto a la consecución de mecanismos más ágiles de ejecución. Por ejemplo, el estatuto en mención autoriza que, mediante acuerdo entre las partes, se adopten medidas para la realización de la prenda más expeditas, tales como la posibilidad de que el acreedor se apropie de la cosa por la estimación de que esta haga un tercero

experto o la fijación de un procedimiento especial de venta del bien que puede ser adelantado por el acreedor o por un tercero (artículo 2229).

Las referencias sobre la regulación de las garantías en el ordenamiento jurídico argentino evidencian que, tal y como sucede en otros sistemas, hay una tendencia hacia la simplificación de los mecanismos de realización, el diseño y la obtención de garantías más eficaces que brinden seguridad al acreedor, en contraste con el arraigado sistema de prelación del ejercicio del derecho de defensa del deudor o garante.

3.1 3. El sistema de garantías en México

La preocupación por el acceso al crédito y la regulación clara de las garantías sobre bienes muebles también fue un asunto de discusión y preocupación en el sistema jurídico mexicano. En efecto, Ciscomani (2003) destaca la necesidad de que todos los agentes del mercado accedan al crédito, especialmente las pequeñas y medianas empresas, y cómo la promoción de las garantías sobre muebles aumenta el capital disponible, reduce los costos asociados al acceso al crédito y fomenta la inversión. Con respecto al régimen jurídico de las garantías sobre muebles antes del año 2000 destacó que se trataba de una regulación dispersa en la que no resultaba clara su funcionalidad y seguridad:

“En México, las garantías sobre bienes muebles se perfeccionan a través de diversas figuras, entre las cuales se encuentra: la prenda civil establecida en los códigos civiles de las entidades federativas; las prendas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (mercantil) y de la Ley de Instituciones de Crédito, donde se pueden pactar esquemas limitados para que no exista transmisión de posesión; la hipoteca industrial; el crédito refaccionario, y el de habilitación y avío, en los cuales pueden existir bienes muebles contenidos en las unidades de explotación que tampoco implican la desposesión para el deudor.

Por otro lado, existen otros mecanismos que tienen efectos equivalentes a la prenda sin transmisión de posesión, como los contratos de consignación, de compraventa con reserva de dominio, de arrendamiento financiero y los fideicomisos. No obstante, ninguno de estos proporciona certeza jurídica al acreedor, ya que en la mayoría de los casos los gravámenes están ocultos y no gozan de publicidad alguna a través de un registro” Ciscomani (2003, p. 5-6).

En atención a la crisis económica de 1995 y la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica, la regulación de las garantías mobiliarias se volvió un tema de interés para el Gobierno mexicano, que emprendió el estudio del asunto con apoyo de sector financiero, consideró documentos elaborados por instancias internacionales como UNCITRAL y el anteproyecto legislativo que resultó de esa labor se consideró por la Organización de Estados Americanos en la Sexta Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado.

Tras el estudio de una primera propuesta legislativa formulada por el Gobierno Mexicano que tuvo un propósito unificador y fue objeto de múltiples críticas, el 28 de abril de 2000 se aprobó por el Congreso de La Unión una ley que se apartó de esa pretensión de regulación integral, modificó en lo correspondiente las normas vigentes sobre la materia e introdujo el fideicomiso de garantía y la prenda sin tenencia, así como un sistema sencillo de publicidad.

Para Iturbide, a través de los cambios que se introdujeron en la norma en mención (2001) se cumplieron los principios que rigen un sistema de garantías moderno, debido a que: i) se permite que después de la constitución de la garantía esta se amplíe a otros bienes adquiridos con posterioridad o generados en el marco de la actividad del deudor; ii) se prevé un mecanismo que le permite al deudor adquirir un nuevo crédito a pesar de que haya gravado bienes presentes y futuros; iii) se garantiza obligaciones futuras; iv) se protege a los consumidores que adquieran los bienes del deudor en el curso de sus operaciones ordinarias; v) se cuenta con un sistema ágil y efectivo de realización de la garantía; y vi) le permita al deudor conservar la posesión del bien gravado.

4. Garantías mobiliarias en Colombia. Ley 1676 de 2013

4.1. Propósitos

La dinamización de las comunicaciones, el desarrollo y optimización de los medios de transporte, la superación de las barreras geográficas y el avance industrial con la consecuente superproducción de materias primas, bienes y servicios que superan la demanda local, han sido escenario fértil para el fortalecimiento de las relaciones y el comercio internacional. El comercio, en tanto capta y genera riqueza tiene especial preponderancia en el nuevo orden jurídico supranacional, constituido, desde organismos multilaterales, al que se adhieren los Estados, resignando en parte su soberanía y por estamentos privados de tal especialidad y poderío (vg. Cámara de Comercio Internacional) que marcan las pautas de las relaciones comerciales supranacionales en las que los Estados actúan como meros agentes del mercado.

Ese escenario someramente descrito se erige como una de las causas o justificaciones de la Ley 1676 de 2013 que, entre otras motivaciones que en seguida se aludirán, responde a la necesidad de alteración del régimen de garantías existente en nuestro país para ajustarla a las exigencias del comercio internacional, estos es, la simplificación y robustecimiento de las garantías para atraer a los inversionistas.

Asimismo, entre los objetivos de la expedición de la Ley 1676 de 2013 se estableció, principalmente, la promoción del acceso al crédito y la regulación de las garantías mobiliarias que de acuerdo con la doctrina:

“(...) se apartó de la concepción de garantía que hasta entonces se tenía, y modificando la legislación, amplió el catálogo de bienes que pueden servir como garantía para créditos activos, fomentando el acceso al crédito e impartiendo mayor seguridad a los diferentes acreedores, que además de la garantía, contarán con mecanismos eficaces para obtener el pago en caso de incumplimiento, tales como la adjudicación o realización de la garantía, como se regula en los artículos 467 y 468 del CGP, el pago directo regulado en el artículo 60 de la ley 1676 de 2013 o la enajenación especial de la garantía, establecida en los artículos 62 a 76 ibídem. De esta manera, quedaron incluidas como garantías mobiliarias todas las categorías de prendas (Con tenencia, sin tenencia, forestal, agraria, minera, forestal etc.), el derecho de retención, el control sobre cuentas bancarias, la anticresis, el bono de prenda, las cuentas por cobrar, la fiducia en garantía, la venta con reserva de dominio, la cesión en garantía, entre otras, con una particularidad especial, unas garantías mobiliarias otorgan verdaderos derechos reales y otras no” (Álvarez, 2014, p. 162).

El proyecto de ley 200 de 2012 Senado fue radicado por Sergio Díaz-Granados Guida que en ese momento era el Ministro encargado de Comercio, Industria y Turismo, el cual tenía como finalidad principal promover el acceso al crédito de las micro, pequeñas y medianas empresas, sin perjuicio de que otros actores económicos también se beneficiaran de los mecanismos flexibles y seguros para constituir garantías mobiliarias.

En efecto, para lograr un mayor acceso al crédito, el Gobierno propuso una reforma integral al Régimen de Garantías Mobiliarias, mediante su actualización, conceptualización unificada y modernización de los mecanismos para constituir, publicar y ejecutarlas. Adicionalmente, se tuvieron en cuenta los estándares internacionales trazados por la OEA y la CNUDMI.

La necesidad de modernizar la legislación en materia de garantías para la promoción de acceso al crédito como objetivo principal de la Ley 1676 de 2013 también ha sido resaltada por la doctrina. En un primer momento, al analizar la regulación del régimen de garantías mobiliarias en Colombia, Bonilla (2014) destacó que según las estadísticas manejadas por las Superintendencia de Sociedades y de Industria y Comercio hasta abril del 2013, sólo el 12% de las PYMES en Colombia tenía acceso al crédito, razón por la que resultaba necesario generar fuentes de financiamiento para aumentar su productividad y crecimiento, tales como la modernización del régimen de garantías.

Asimismo, con base en la exposición de motivos de la norma en mención, Rojas (2015) resaltó que la ausencia de un sistema efectivo de acceso al crédito en el país:

“(…) no solo restringe el libre crecimiento de la empresa como fuente generadora de riqueza y de empleo, sino que también tiene repercusión en los consumidores de bienes y servicios, «en la medida en que los altos costos de financiación terminan trasladándose al precio de los bienes y servicios»” (Rojas, 2015, p. 36).

En ese mismo sentido, Bonilla (2014) al estudiar el equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias identificó la motivación económica que justificó el cambio de régimen de garantías, particularmente el aumento del crédito disponible, debido a que:

“Bajo un esquema de mercado, las empresas o los consumidores necesitan tener un acceso a recursos de capital que pueden utilizar para sus actividades productivas o para resolver sus necesidades de consumo. Así, el acceso a los recursos de capital se ha vuelto una condición para asegurar la participación en la vida económica ya que sin recursos de capital es evidente que una empresa no puede desarrollar su actividad productiva y los consumidores ven limitadas las opciones para acudir al mercado a satisfacer sus necesidades.

Consecuencialmente, estudios especializados, utilizados por el gobierno al estructurar el proyecto de ley presentado al Congreso, consideran que una de las formas de promover el acceso al crédito consiste en la implementación de un sistema de garantías para el cumplimiento de las obligaciones de pago de esos créditos adquiridos, el cual se caracterice por facilidades en su constitución, certeza en los derechos que confiere y en especial por la fácil ejecución de las mismas. Adicionalmente, lo que resulta particularmente notorio en la práctica legal y comercial colombiana, se ha considerado que el aumento del espectro de bienes que pueden ser utilizados a modo de garantía

también contribuiría a aumentar la disponibilidad de recursos de capital en una economía. Como efecto adicional de un esquema así diseñado se considera que, por lo menos desde el punto de vista teórico, la existencia de garantías efectivas debe ocasionar una disminución en los porcentajes de las tasas de interés que se cobran por los créditos garantizados (bajo la lógica de que a menor riesgo, menor tasa de interés)”.

En consecuencia, se advierte que la finalidad de la modificación del régimen de garantías es preponderantemente económica. En efecto, Gaviria (2015) reconoce los fundamentos económicos de la Ley 1676 de 2016, los cuales aborda a partir del reconocimiento general de las funciones económicas de las garantías, que enuncia y describe así: (i) las garantías incrementan la oferta de crédito; (ii) las garantías solucionan problemas de información asimétrica entre acreedores y deudores; (iii) las garantías reducen la aversión al riesgo de los acreedores; (iv) las garantías son un contrapeso a la dilución de una acreencia y al riesgo de conductas oportunistas del deudor; (v) las garantías reducen los costos de transacción de los contratos de garantía; (vi) las garantías reducen los costos de monitoreo del cumplimiento de los contratos de mutuo por parte de los deudores; (vii) las garantías sirven como un rehén que el deudor entrega a su acreedor y que disuade a aquel de incumplir el préstamo, y (viii) las garantías son eficientes.

Establecidos los beneficios generales de las garantías, Gaviria (2015) destacó los siguientes efectos económicos de la Ley 1676 de 2013 en su conjunto y como régimen unificado. En primer lugar, refirió la **armonización de la regulación con la de otros países**, la cual reduce los costos de transacción de los negocios internacionales, ya que genera tranquilidad en los inversionistas y acreedores que tienen filiales en diferentes países con regulaciones similares.

El autor también identificó **la seguridad de los actores nacionales** derivada de la unificación en un solo cuerpo normativo de las disposiciones que antes estaban dispersas, en la medida en que tienen claridad y certeza sobre el marco normativo aplicable a la constitución, registro y aspectos procesales.

Asimismo reconoce que si bien el artículo 1200 del Código de Comercio permitía que se gravara con prenda todo tipo de bienes, la fijación de un concepto amplio de garantía mobiliaria en la Ley 1676 de 2013, en el que se prevé la posibilidad de que recaiga sobre bienes muebles corporales e incorporales, singulares o colectivos, y presentes o futuros *“persuade a los acreedores de que muchos bienes, diferentes a los tradicionalmente otorgados como prenda, sí son viables jurídicamente como garantía”* Gaviria (2015, p.53).

Para el autor, la unificación normativa genera que el valor jurídico de las garantías mobiliarias ya no dependa de su nombre, de la naturaleza jurídica de una de las partes o del dominio sobre el bien, sino de la capacidad de este para generar ingresos, lo que provoca que el uso de las garantías esté determinado por su función.

Finalmente, como ventaja general derivada de la regulación integral de las garantías destacó que la norma en mención le permite a los empresarios nacionales competir en igualdad de condiciones con pares de otros países, en cuanto a los costos de transacción derivados del acceso al crédito y la posibilidad de obtener créditos en condiciones –tasas de interés y requerimientos de constitución de la garantía- más favorables.

De otra parte, Gaviria identificó la función económica de algunos de los asuntos novedosos de la norma:

Con respecto a la posibilidad de que los bienes futuros sean objeto de garantía identificó, ese autor las siguientes funciones económicas: (i) permite a las partes, acreedor y deudor que planean realizar negocios de forma continua, constituir y registrar por una sola vez una garantía que grava bienes que rotan con frecuencia, (ii) reduce el riesgo para el acreedor y, en consecuencia, la tasa de interés correspondiente, en la medida en que un mayor número de activos respaldan el cumplimiento de la obligación.

La garantía prioritaria de adquisición que se otorga a favor del acreedor que financie la adquisición del bien mueble corporal sobre el que recae la garantía, tiene además las siguientes características: (i) constituye un contrapeso al monopolio situacional derivado de la garantía sobre bienes futuros; (ii) facilita la financiación de activos de segunda que han sido otorgados como garantía por un propietario anterior; (iii) constituye un mecanismo que permite a los deudores enfrentar crisis transitorias de liquidez o solvencia. Como riesgos de la figura, el autor refiere: (i) la afectación de los anteriores acreedores y (ii) la posibilidad de ser utilizada para fraudes en perjuicio de los acreedores

En relación con las disposiciones sobre las garantías mobiliarias en los procesos de reorganización empresarial, de acuerdo con las cuales no se admiten ni se permite la continuación de los procesos de cobro sobre bienes muebles o inmuebles del deudor necesarios para el desarrollo de la actividad económica, pero se permiten sobre los bienes que no son necesarios para dicha actividad, destacó su función económica en la medida en que permite que el deudor continúe con su actividad y de esta forma también se asegure el cumplimiento de las obligaciones. De otra parte, consideró adecuado que la norma no definiera cuáles son los bienes necesarios para el desarrollo de la actividad del deudor.

De lo expuesto, se advierte con claridad que la expedición de la Ley 1676 y la regulación uniforme de las garantías mobiliarias tuvo propósitos económicos, relacionados con la promoción y aumento del acceso al crédito, la reducción de las tasas de interés y la competitividad de los empresarios nacionales, derivada de la reducción de las tasas de interés y de los costos asociados a la obtención de los créditos.

4.2. Los mecanismos de realización de las garantías en el sistema previstos en la Ley 1676

La ley 1676 de 2013 fija un sistema unitario de garantías mobiliarias, en el que se prevé un concepto amplio de garantía mobiliaria, dirigido a unificar las reglas aplicables a esos instrumentos y que abarca la mayoría de cauciones para asegurar el cumplimiento de obligaciones. En efecto, refiere de forma indicativa y no taxativa diversos mecanismos de aseguramiento regulados en el ordenamiento, tales como la prenda en sus diversas modalidades, civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, sobre establecimiento de comercio, de acciones, agraria, minera, del derecho a explorar y explotar, de créditos, sobre marcas y patentes, la anticresis y los bonos de prenda. De otra parte, en el artículo 4º excluye de forma expresa las garantías constituidas sobre (i) aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo

ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por la Ley 967 de 2005; (ii) valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la Ley 964 de 2005; (iii) títulos valores, y (iv) depósitos de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.

Asimismo, amplía de forma expresa las clases de bienes sobre los que se pueden constituir garantías, describe algunos tipos de obligaciones que pueden garantizar, refiere el origen contractual de la constitución de la garantía y el registro correspondiente como medio para determinar la prelación cuando la propiedad de los bienes dados en garantía esté sujeta a inscripción en un registro especial.

En cuanto a los mecanismos de ejecución y, en concordancia con la eliminación de la prohibición del pacto comisorio, la Ley 1676 de 2013 previó diversas modalidades de realización expeditas. En particular, estableció el pago directo, la adjudicación o realización especial de garantía, y el proceso de ejecución especial de garantía. A continuación se describirán esos mecanismos de realización y se presentarán diagramas de flujo que reflejan esos procedimientos.

4.2.1. El pago directo

El primer mecanismo de realización previsto en la Ley 1676 es el **pago directo**, el cual se autorizó en el artículo 60 y procede en las siguientes hipótesis: (i) cuando existe pacto por mutuo acuerdo o (ii) cuando el acreedor garantizado es el tenedor del bien dado en garantía.

El avalúo del bien es obligatorio y se realiza por un perito escogido por sorteo de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual se efectuara en el momento de entrega o de apropiación del bien por parte del acreedor.

En caso de que no se entreguen los bienes por parte del deudor, el acreedor podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional que **libre orden de aprehensión y entrega del bien**.

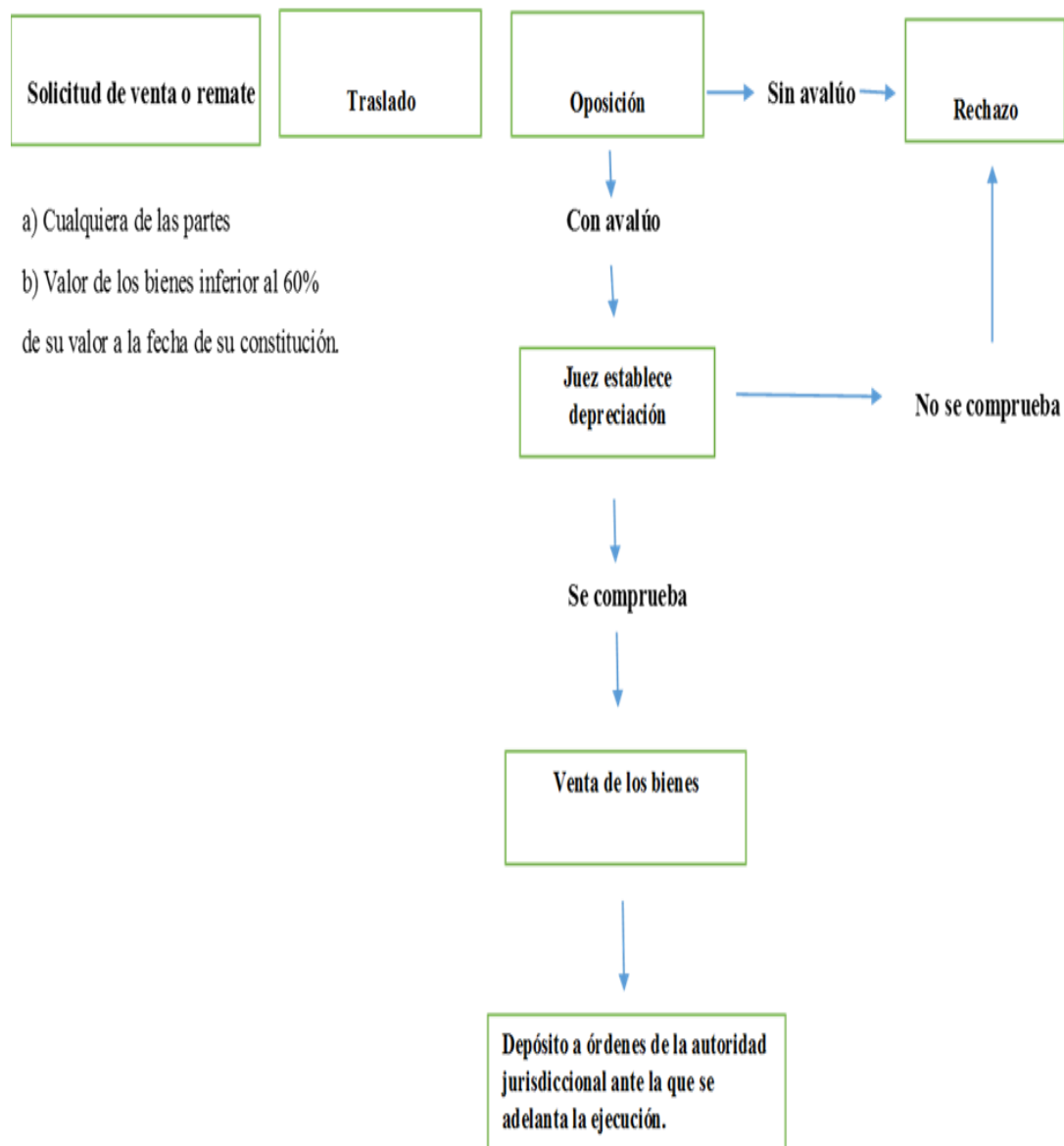
4.2.2. Venta de los bienes por depreciación

En la regulación de la ejecución judicial y en aras de salvaguardar los intereses de las partes del contrato, se prevé un trámite expedito para la venta de los bienes dados en garantía por depreciación, en los casos en los que su valor sea inferior al sesenta por ciento (60%) del precio que tenían a la fecha de la constitución de la garantía.

En efecto, en el artículo 61 de la Ley 1676 de 2013 se prevé esta opción para cualquiera de las partes en el trámite de ejecución judicial y en el especial de la garantía. Para obtener la venta por depreciación, el peticionario deberá aportar prueba del precio de los bienes para la época de la constitución de la garantía y un avalúo actualizado que den cuenta de la devaluación que establece la norma, y con base en estos elementos podrá solicitar al juez que ordene la venta o remate de los bienes dados en garantía.

Elevada la solicitud con los anexos correspondientes, se dará traslado al garante o al acreedor garantizado por el término de tres días para que presente las objeciones frente al avalúo actualizado aportado con fundamentos en un nuevo avalúo de los bienes.

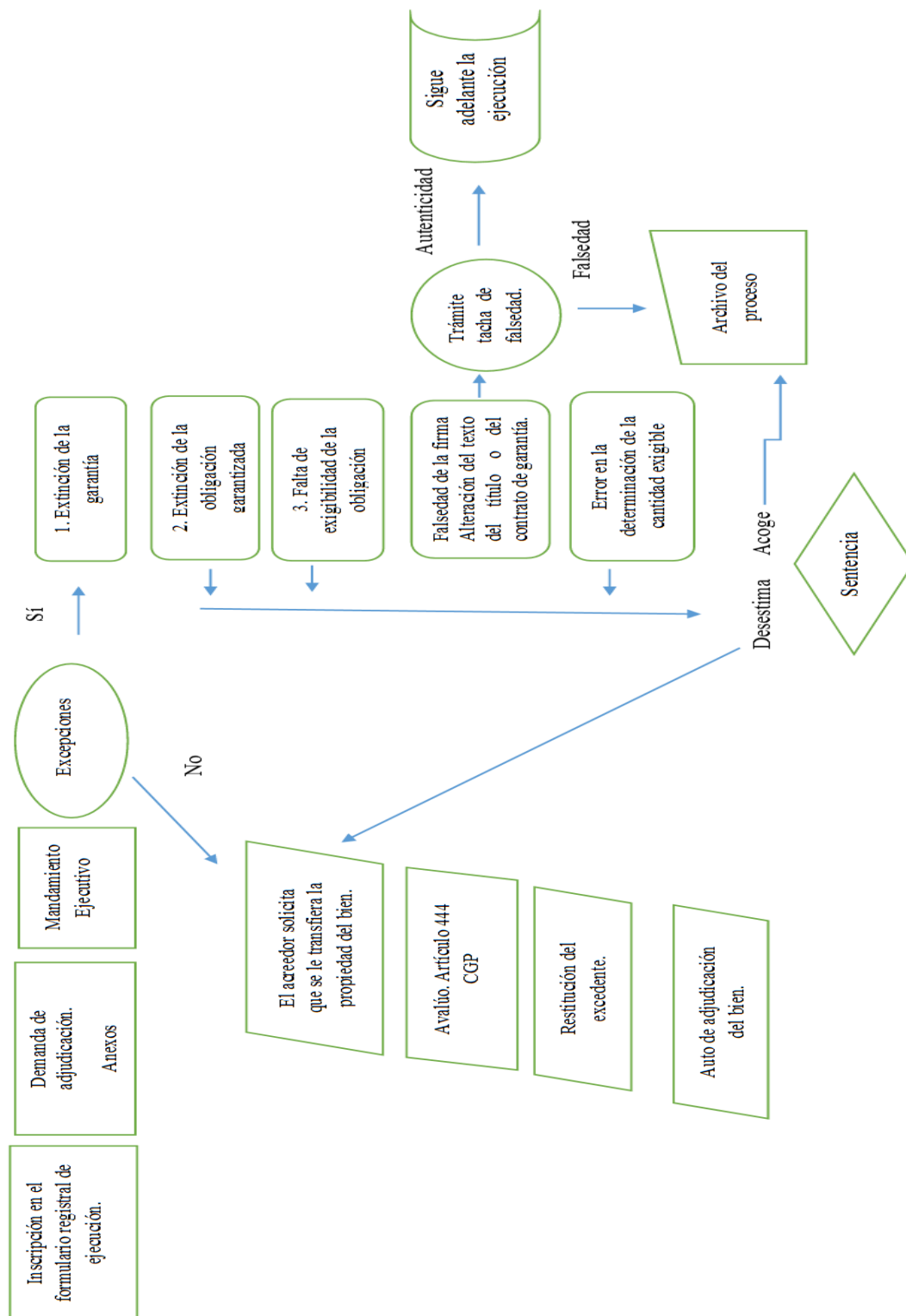
Venta de los bienes por depreciación



4.2.3. El proceso de adjudicación o realización especial de la garantía

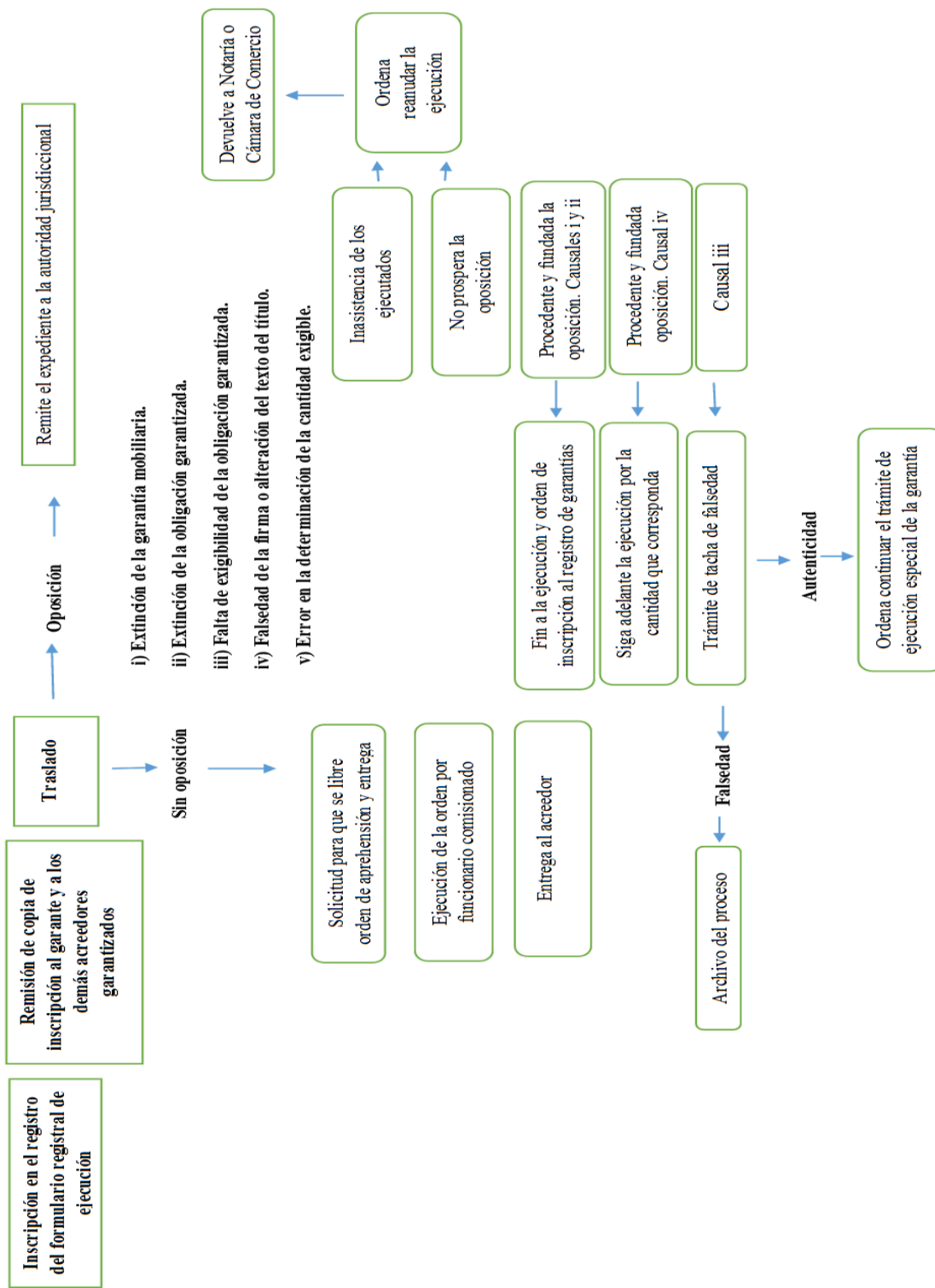
El acreedor podrá hacer efectiva la garantía mobiliaria a través del proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real previsto en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso bajo unas reglas especiales que atienden a la naturaleza de las garantías mobiliarias y que se describen en el siguiente diagrama de flujo:

El proceso de adjudicación o realización especial de la garantía. Procedimiento



Finalmente, el proceso de Ejecución Especial de la Garantía procede por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores. Este mecanismo procede cuando: (i) el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía; (ii) el acreedor tenga derecho legal de retención del bien; (iii) el bien

Proceso de Ejecución Especial de la Garantía – Procedimiento



tenga un valor inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales; (iv) cuando se cumpla un plazo o una condición resolutoria de una obligación, siempre que expresamente se haya previsto la posibilidad de la ejecución especial, y (v) cuando el bien sea precedero.

4.3. Las características de los procedimientos de realización de garantías frente al deudor

Tal y como se indicó previamente, la Ley 1676 de 2013 tiene una justificación predominantemente económica, de acuerdo con la cual la ampliación de los bienes que pueden servir como medio de garantía, la previsión de mecanismos expeditos para su realización, el registro público y la sistematización de las normas que regulan la materia, permiten generar mayor seguridad a los acreedores e incrementan el acceso al crédito. Sin embargo, frente a la eventual ventaja que genera para el deudor el incremento de las posibilidades de acceder al crédito, es necesario considerar las consecuencias derivadas de los procedimientos de realización de las garantías.

4.3.1. Permiso del pacto comisorio

Los procedimientos establecidos en la Ley 1676 de 2013 permiten que cuando exista un acuerdo entre las partes o el acreedor sea el tenedor del bien dado en garantía, el pago se realice directamente sin intervención de autoridad judicial. La única previsión sobre la intervención de un tercero es la de un perito para la valuación del bien. Este método de realización corresponde al pacto comisorio, es decir a la apropiación del bien objeto de garantía por parte del acreedor.

4.3.2. Eliminación de la garantía de intervención judicial en el proceso de ejecución

Además del pago directo, los otros procedimientos restringen la actuación de la autoridad judicial y prevén la intervención de autoridades administrativas como las cámaras de comercio y notarías, es decir que la intervención del juez como mecanismo de protección de los derechos del deudor en la fase de ejecución queda altamente limitada. En efecto, como se indicó en los apartes iniciales de este trabajo, la ejecución a través de un proceso judicial constituía una garantía de protección de los derechos de las partes y, de forma particular, en el proceso ejecutivo ante la usual desigualdad entre los sujetos procesales y el carácter sumario del proceso, la labor del juez se robustecía como elemento esencial para lograr la satisfacción máxima de las pretensiones del acreedor, pero sin desconocer las garantías mínimas del deudor y de terceros, y los principios que rigen las garantías en aras de que el trámite de realización no desconozca los principios de no enriquecimiento y de proporcionalidad.

4.3.3. Restricción de los mecanismos de defensa del deudor en los procedimientos de realización de la garantía y traslado de la mora judicial

Como elemento relevante de los procedimientos de realización de cara a la situación del deudor se advierte la limitación de las excepciones y defensas que puede proponer para evitar la realización de la garantía, las cuales se restringen a la extinción de la garantía mobiliaria o la obligación garantizada, la falta de exigibilidad de la obligación, la falsedad de la firma o alteración del texto del título de deuda o del contrato de garantía, o de su registro, y error en la determinación de la cantidad exigible.

En efecto, la discusión sobre asuntos diferentes a los indicados previamente, a pesar de que puedan tener incidencia en la obligación o en la realización de la garantía, deberá adelantarse a través de un procedimiento declarativo posterior ante el juez civil competente, o sea, tras la

ejecución de la garantía. Asimismo, la adjudicación o realización del bien en el proceso de ejecución no pueden resultar afectados por los resultados del proceso posterior.

Entonces, las posibilidades de defensa del deudor en el proceso de ejecución quedan altamente restringidas. Por lo tanto, debe soportar las consecuencias de la ejecución y luego acudir al juez para discutir asuntos relacionados con esta en un proceso declarativo, es decir, que la mora judicial que tornaba muy lento e inoperante el proceso de ejecución judicial es trasladada al deudor para el ejercicio de su defensa.

5. Debate sobre la modificación de las vías de realización de las garantías frente a la posición del deudor

Establecido el cambio en el régimen de las garantías mobiliarias, el cual estuvo motivado por la necesidad de dinamizar y hacer más efectivos los mecanismos de aseguramiento de las obligaciones en aras de promover el acceso al crédito, y demostrada la adopción de medidas que se apartan de la concepción previa en la que primaba el ejercicio del derecho de defensa del deudor, se advierte que ahora: (i) se permite la realización directa y la eliminación de la intervención judicial, (ii) se limitan las defensas del garante en el proceso de ejecución y (iii) se traslada la mora judicial. En ese contexto, es necesario evaluar los cambios que introdujo la Ley 1676 en materia de realización de las garantías y la permisón del pacto comisorio frente a los derechos del deudor.

En efecto, el nuevo sistema de garantías mobiliarias elimina la posibilidad de que el deudor ejerza el derecho de defensa de manera previa a la ejecución cuando se pacta la realización directa de la garantía, y limita el alcance del derecho en los casos en los que se acude a los mecanismos expeditos de ejecución. Esta circunstancia restringe la opción del deudor, quien deberá promover un proceso posterior para cuestionar los abusos en los que se pudo incurrir en la realización, posibilidad que fue cuestionada por Podetti (1968.p.p.8), quien en el análisis de ejecuciones sin la intervención del juez en el derecho argentino señaló:

“Un proceso en el cual el demandado no pudiera ejercitar sus defensas, sería claramente contrario a la garantía aludida. La circunstancia de que el ejecutado pueda iniciar luego un proceso de repetición por la vía ordinaria, no elude la violación constitucional, ya que el ‘juicio’ sin audiencia y sin posibilidad de controversia, no sería tal y sus consecuencias nunca podrían ser totalmente reparadas mediante el proceso posterior”.

En ese mismo sentido, Boretto expresó su preocupación en relación con los derechos del demandado en los mecanismos de realización directa. Así lo devela el siguiente análisis sobre el cambio que se presentó en el ordenamiento argentino descrito en el acápite 3.1.2. de este trabajo, en el que, como se vio, existen elementos comunes a los del contexto nacional:

“Ahora bien, no cabe duda de que hemos pasado de un proceso jurisdiccional en el cual el principio de contradicción no admite aplazamiento alguno –salvo para el caso de las medidas cautelares clásicas- a otro en el cual, en atención a la entidad de los derechos subjetivos en juego y a la necesidad de dar solución rápida de sus conflictos a los justiciables, se tolera una postergación del despliegue de ejercicio del derecho a ser

oído por parte del demandado a una etapa ulterior, sin que por ello se entienda que se cercena la garantía a la tutela judicial efectiva de los derechos.

En especial, entendemos que ha adquirido relevancia el factor “tiempo” lo que justifica:

- (a) La posposición de la oportunidad para que el accionado se defienda, y*
- (b) El surgimiento de una nueva manera de concebir la garantía del contradictorio” (Boretto, 2010, p.143).*

En efecto, como se extrae del planteamiento descrito, resultan evidentes las similitudes entre la modificación de la orientación del sistema de realización de las garantías de Argentina y el cambio que introdujo la Ley 1676 de 2013, pues se trata de sistemas en los que inicialmente se privilegiaba la protección de los derechos del deudor a través de la intervención del juez y el ejercicio del derecho defensa previo a la ejecución y, a partir de cambios legislativos recientes, esa orientación se alteró con el propósito de obtener mecanismos de realización más eficaces.

Ahora bien, en el escenario colombiano también se ha expresado la preocupación en torno a la eventual afectación que pueden generar para los derechos de los deudores los mecanismos de realización directa. En ese sentido, Herrera (2014) concluye que la eliminación de la intervención judicial:

“(…) podrá significar que su estipulación haga del préstamo algo oneroso y lesivo para el deudor, que es la parte más débil y, por tanto, más vulnerable al momento de determinarse el contenido del contrato, soportado en la falta de libertad del deudor que, ante la necesidad del crédito, acuerda conceder al acreedor prendario la facultad de autoapropiación o libre disposición del objeto que se ofrece como garantía. Las cuales son circunstancias que juntas darían lugar a que en muchas ocasiones se supere el equilibrio económico de lo debido, así como también se abriría paso al fraude contractual, una especulación errada de las deudas y a la autotutela de los derechos de los particulares”.

En contraste, Veiga (2017) reconoce el carácter proteccionista de la prohibición del pacto comisorio y su arraigo en los ordenamientos jurídicos, y da cuenta de la modificación introducida por la Ley 1676 de 2013, en la que una de las manifestaciones de la mayor autonomía que se le otorga a las partes es la admisión del pacto comisorio.

En cuanto a la justificación de esa permisión, el autor destaca, con base en consideraciones expuestas por Bonilla, que la prohibición del pacto comisorio no es la forma más eficiente de proteger a los deudores o garantes de los abusos del acreedor, debido a que la mora en el trámite de ejecución genera la depreciación de los bienes y crea incentivos para la compraventa de bienes en remate a menores precios, además de otros eventos que dejan ver la elusión de la prohibición.

Asimismo, resalta que el Legislador fue consciente del cambio y, por ende, tomó medidas de protección del deudor *ex post*, tales como la asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en materia de garantías mobiliarias, así como las previsiones expresas sobre, de un lado, la posibilidad de buscar la indemnización de perjuicios en los casos

en los que el acreedor abuse del derecho y, de otro, la obligación de que los pactos respeten las normas sobre contratos de adhesión y cláusulas abusivas¹⁸.

En ese mismo sentido, cuestiona la eficacia de la prohibición en los eventos en los que (i) el valor del bien sobre el que recae el pacto es menor al de la obligación garantizada, (ii) se admiten medios de pago como la dación en pago, en los que se elude la prohibición, y (iii) se suscribe el pacto luego de la celebración del contrato de garantía (pacto *ex intervallo* y pacto marciano).

En síntesis, para Veiga el Legislador eliminó la prohibición del pacto comisorio en el ordenamiento jurídico colombiano consciente de que prescindía de una medida de protección del deudor. Sin embargo, considera que no hay una afectación de la posición del deudor porque, de una parte, la prohibición no era efectiva y, de otra, el Legislador previó medidas dirigidas a garantizar sus derechos.

De las consideraciones expuestas es posible advertir que se acepta, de forma unánime, el carácter proteccionista de la prohibición del pacto comisorio. No obstante, es posible identificar dos posturas en relación con la evaluación de las consecuencias de la eliminación de la medida frente a los derechos del deudor, las cuales pueden resumirse así:

La **primera**, en concordancia con el carácter proteccionista de la medida, parte de la situación de desventaja del deudor por la necesidad de los recursos, cuestiona los efectos que genera la ejecución unilateral del acreedor por fuera del escenario judicial y las restricciones impuestas al derecho de defensa. Por el contrario, la **segunda** considera que la prohibición del pacto no es eficaz y, por ende, la protección de los derechos del deudor no se elimina, máxime cuando se consagran medidas de protección posteriores a la ejecución y aumenta el acceso al crédito.

Como quiera que el presente trabajo se enfoca en la prohibición del pacto comisorio, fundada en la protección de los intereses del deudor, se comparte la primera de las ópticas descritas a partir de tres premisas: (i) la situación de desventaja del deudor ante la necesidad de los recursos como presupuesto general que sustenta la medida, (ii) la aceptación unánime sobre la intervención judicial como garantía de protección de los derechos de las partes, y (iii) la relevancia del ejercicio del derecho de defensa.

En ese sentido, aunque son de recibo las consideraciones sobre la necesidad de mecanismos de realización de las garantías más ágiles, la promoción de acceso al crédito y la reducción de las tasas de interés, lo cierto es que estos objetivos pueden alcanzarse a través de medidas que no comporten la eliminación de la intervención judicial o el sacrificio del derecho de defensa del deudor o de su garante.

¹⁸ **Ley 1676 de 2013**

“**Artículo 69. Venta de bienes en garantía.** Previo el cumplimiento de las disposiciones anteriores, en la venta de los bienes dados en garantía se tomará en cuenta las siguientes disposiciones especiales:

(...)

Parágrafo. En los acuerdos relativos a la enajenación se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor.”

“**Artículo 73. Ejercicio abusivo de los derechos del acreedor.** En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor y del garante de reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las disposiciones de esta ley por parte del acreedor garantizado y por el abuso en el ejercicio de los derechos que la ley le otorga.”

Ahora bien, con respecto a las razones en las que Veiga sustenta su aquiescencia con la eliminación de la prohibición del pacto comisorio, pueden formularse **las siguientes críticas**:

En **primer lugar**, admitir el remplazo de la intervención judicial para la ejecución por la posibilidad de que, en forma posterior, el deudor afectado persiga la indemnización de los perjuicios ocasionados por el acreedor, desconoce el papel del juez en el Estado Social de Derecho y, de forma particular, el rol del juez civil, dirigido a hacer realidad la igualdad de las partes en el proceso.

En **segundo lugar**, es necesario destacar que las críticas a la eficacia de la intervención judicial como medida de protección se sustentan en una falla del sistema y no de la medida de protección, es decir, no se cuestiona el rol del juez en la protección del deudor, sino la mora en su intervención.

En consecuencia, si se admite de forma unánime la garantía que representa el juez, las medidas legislativas deberían estar dirigidas a que esa intervención sea más célere, mediante el fortalecimiento de la Rama Judicial del Poder Público.

En **tercer lugar**, no está demostrado que los mecanismos de elusión de la prohibición del pacto comisorio tornaran inoperante la medida, tal y como se sugiere. Si se admitiera esta hipótesis no sería necesario derogarla, ni exponer como fundamento de la modificación el impacto de los procesos ejecutivos en el sistema judicial.

En **cuarto lugar**, es necesario considerar que los pactos posteriores a la celebración del contrato de garantía *-pactos ex intervallo y marciano-*, se admitían en vigencia de la prohibición porque se adelantaban en una instancia en la que se había superado la situación de necesidad de los recursos por parte del deudor. Esto es, que aún estando prohibido el pacto comisorio, las partes podían pactar libremente la dación en pago para satisfacer la deuda, todo con base en los principios de libertad contractual y autonomía negocial.

Finalmente, las críticas fundadas en la admisión de formas de cumplimiento como la dación en pago desconocen el escenario al que apuntaba la medida de protección, esto es, a la realización de la garantía que procede en un escenario de incumplimiento del deudor. En ese sentido, es necesario destacar que el contexto en el que operaba la prohibición es el adversarial, en el que hay una situación de aparente incumplimiento por una de las partes y en el que el juez interviene para controlar excesos en la ejecución forzada.

Así las cosas, advertida la eliminación de una importante medida de protección del deudor y reconocida la relevancia del ejercicio del derecho de defensa previo a la ejecución, es necesario identificar y desarrollar medidas tendientes a equilibrar los intereses del sujeto que queda en situación de desventaja como consecuencia de los trámites de realización de la garantía.

En concordancia con ese objetivo reseñado, se enunciarán algunos de los mecanismos que deben robustecerse en el marco del sistema implementado en la Ley 1676 de 2013, en aras de lograr mayor eficacia en el proceso.

6. Las vías de preservación de las características primigenias de las garantías, benéficas para el deudor

6.1. Buena fe contractual

Como el régimen de las garantías mobiliarias permite que las partes pacten que el acreedor se apropie directamente del bien sobre el que recae la garantía y, en general, procura eliminar la intervención del juez para su realización, el debido ejercicio de los derechos del acreedor y la contención de los eventuales abusos derivados de su situación de ventaja están supeditados, en primer lugar, a la voluntad de las partes, a través del respeto de los deberes de conducta y la observancia de la buena fe objetiva. En la medida en que se trata de un principio que vincula la conducta de todos los asociados, tiene incidencia en diversos escenarios de la vida en comunidad, incluido el contractual.

La buena fe constituye un mandato de conducta para las autoridades públicas, pero también para los particulares, razón por la que tiene diversas previsiones en el ordenamiento jurídico. De forma principal, el artículo 83 de la Constitución Política señala que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (...)”*. Por su parte, el artículo 1603 del Código Civil prevé que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*, y los artículos 863 y 871 del Código de Comercio refieren el carácter vinculante del principio no sólo en la celebración del contrato sino también en la etapa precontractual y de ejecución.

En relación con el carácter general del principio, la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

“Dicho principio aporta un contenido de naturaleza ética y de rango constitucional a las relaciones de los particulares entre sí, y de éstos con las autoridades públicas. Adicionalmente debe resaltarse que el principio de buena fe fue concebido por el constituyente como un mecanismo para buscar la protección de los derechos, los que tendrán menos amenazas si en las actuaciones que se surtan ante las autoridades, o en la interpretación de las relaciones negociales entre particulares y administración, o en el entendimiento de las relaciones entre particulares se toma la buena fe como un elemento fundacional de las mismas y de ella se derivan contenidos de solidaridad, probidad, honestidad y lealtad”¹⁹

La exigencia de un actuar probo de las partes de un contrato o, en general, de los extremos de una relación obligatoria corresponde a la **buena fe contractual**, la cual se manifiesta en las diversas instancias contractuales, esto es, en el escenario previo -de negociación-, en la celebración y en la ejecución del contrato.

Sobre las implicaciones de la buena fe en el escenario contractual, Solarte (2004) señala que el principio en mención (i) genera múltiples deberes de conducta para las partes adicionales a las

¹⁹Corte Constitucional. Sentencia T-537 de 2009.

obligaciones previstas, de forma expresa, en el contrato y son aquellos recíprocos, dirigidos a satisfacer el interés contractual de la otra parte; (ii) limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes, en particular el abuso de los contratantes y (iii) tiene incidencia en el escenario de cumplimiento y liquidación de las obligaciones.

En relación con la proscripción del abuso del derecho, Solarte (2004) destaca que

“Díez-Picazo hace referencia a algunos comportamientos que la doctrina y la jurisprudencia alemanas han identificado como conductas que no se podrían ejecutar por contrariar la buena fe, tales como el ejercicio de un derecho cuando ya ha transcurrido mucho tiempo desde su exigibilidad, el abuso de la nulidad por motivos formales, la pretensión de cumplimiento ejercitada cuando el objeto deberá ser restituido inmediatamente e, incluso, la declaración de incumplimiento por una trasgresión insignificante del plazo pactado” Solarte (2004, p.290).

Por su parte, Cubides (2010) precisa que del principio de la buena fe en materia contractual se derivan deberes de: información, confidencialidad, seriedad y búsqueda de la eficacia final en la **etapa de formación del contrato**; realización de la expectativa concreta, mantenimiento de una conducta coherente con respecto al sentido del contrato, cumplimiento de las obligaciones adquiridas, consideración a las expectativas de las partes, preservación del equilibrio prestacional en los contratos bilaterales onerosos, búsqueda de ganancias para los contratantes y evitar los daños en la **etapa contractual**. Finalmente, destaca la obligación de resarcir los daños causados que rige en la **etapa postcontractual**.

Entonces, para el autor el principio de buena fe impone deberes de conducta a las partes que se extienden sobre todas las etapas de la relación contractual y aunque dicho mandato comporta valores abstractos, la determinación de su alcance exige la consideración de las expectativas concretas de las partes en la celebración del contrato.

Como quiera que la Ley 1676 de 2013 autoriza que las partes contratantes pacten la realización directa de la garantía y prevé mecanismos de ejecución expeditos en los que no hay lugar a discutir el contrato que es la base de la ejecución, más allá de la falsedad del documento, el primer instrumento que opera como medida de protección de los derechos del deudor es la actuación de buena fe de los contratantes de acuerdo con las expectativas y motivaciones de la relación contractual. En particular, la actuación del acreedor, en situación de ventaja por el superávit de recursos, deberá considerar las características de la garantía, es decir, el carácter proporcional y la exclusión como fuente enriquecimiento. En efecto, la previsión de procedimientos más expeditos para constituir y hacer efectiva las garantías mobiliarias no elimina su naturaleza y función, la cual de acuerdo con la definición de caución prevista en el artículo 65 del Código Civil, se limita a lograr la seguridad de otra obligación.

En esa medida, los deberes de conducta que se desprenden de la buena fe contractual y la naturaleza de la garantía permiten identificar conductas contrarias a la buena fe en materia de constitución y realización de garantías, tal y como lo plantea Díez-Picazo en términos generales sobre las conductas contractuales. Por ejemplo, pueden identificarse *a priori* las siguientes conductas como contrarias a la buena fe: (i) la celebración de acuerdos dirigidos a gravar de forma desproporcionada, de cara a la obligación, el patrimonio del deudor o garante, e

inmovilizar su actuación y sus relaciones negociales y (ii) la imposición de condiciones abusivas, tales como la pretermisión del avalúo por parte de un perito en el evento de pago directo previsto en el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013.

6.2. Celebración del contrato y los contratos de adhesión. Medidas legislativas, administrativas y judiciales

Como quiera que el cambio en la realización de las garantías mobiliarias abarca las de uso frecuente como la prenda en sus diversas modalidades, las cuales son utilizadas, entre otros, por los establecimientos de crédito para respaldar la colocación de los recursos en el público, quienes además suelen acudir a contratos de adhesión en los que hay una determinación previa de las obligaciones y de los elementos del contrato correspondiente, entre las que se encuentra la regulación anticipada de cuestiones relacionadas con la ejecución forzada de la obligación y la realización de la garantía, es importante un acercamiento a dichos contratos para reconocer las herramientas contra las posibles cláusulas abusivas que puedan contener.

En efecto, para Laguado (2003) el contrato de adhesión puede definirse como

“el acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene un poder de negociación superior, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, de modo tal que la otra, no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar” (Laguado, 2003, p. 235).

De acuerdo con las definiciones expuestas en la doctrina y la legislación, los contratos de adhesión pueden identificarse a través de dos elementos principales. De un lado, la elaboración unilateral del acuerdo por una de las partes y, de otro, la eliminación de las posibilidades de discusión de las condiciones del contrato por parte de los adherentes.

Dada la imposición de las condiciones generales de contratación por una de la partes de la relación contractual, que suele tener la posición más fuerte, debido a que se trata de sujetos expertos en relaciones comerciales y que cuentan con mayor respaldo económico e institucional, ha existido una preocupación constante por el resguardo de los derechos del adherente, cuyo poder de negociación resulta anulado o reducido a unos aspectos muy puntuales del compromiso concreto.

En primer lugar, la jurisprudencia ha destacado la necesidad de que el predisponente actúe de buena fe, no abuse de la posición de superioridad contractual y se abstenga de imponer cláusulas abusivas. Por ejemplo, la Sala de Casación Civil destacó la obligatoriedad de la buena fe en los contratos de adhesión elaborados por las entidades financieras, pues si bien se encuentran en una posición dominante no pueden abusar de esta ventaja, ya que desconocerían el deber de actuar de buena fe, el cual es *“(…) entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente (...)”*²⁰.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de diciembre de 2011.

Aunada a la buena fe que debe regir la actuación de los contratantes, existen otras herramientas para contrarrestar el abuso de la posición dominante de una de las partes en los contratos de adhesión, tales como las medidas legislativas, administrativas y judiciales.

En materia **legislativa** se prevé, de forma anticipada, la invalidez de algunas cláusulas que reportan ventajas desproporcionadas para el predisponente, en particular “[s]e ha optado por establecer listas de cláusulas negras o grises. Se trata de leyes que descalifican previamente ciertas cláusulas, calificándolas como abusivas y prohibiendo su uso absolutamente, o como sospechosamente abusivas, caso en el cual deberán ser analizadas en conjunto respecto al resto del contrato” (Moreno, p. 338).

Asimismo, desde el Legislador se diseña un sistema de protección del consumidor de forma general y algunas disposiciones específicas destinadas al consumidor financiero, en el que se prevén las entidades de supervisión y autorregulación, requisitos de funcionamiento, medidas de supervisión, corrección y sanción.

En concordancia con las medidas legislativas, se han desarrollado mecanismos **administrativos** en los que intervienen las autoridades de inspección y vigilancia de aquellas entidades que suelen imponer los contenidos contractuales por vía de contratos de adhesión, tales como entidades financieras, empresas de prestación de servicios públicos, establecimientos comerciales, entre otros. Con respecto al control administrativo, Echeverri (2011) destaca la medida de aprobación previa, por parte de la autoridad correspondiente, del contrato que va a ser impuesto, especialmente cuando se trata de contratos en masa, y el control posterior a través de la imposición de sanciones por parte de las autoridades administrativas cuando se establezca la fijación de cláusulas abusivas.

Adicionalmente, para determinar el alcance de las medidas de protección también es necesario considerar el tipo de adherente, específicamente, si se trata de un consumidor, concepto que está definido en el numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011²¹. En efecto, Posada (2015) señala que la determinación de la calidad de consumidor permite establecer el régimen legal aplicable para la protección del adherente, pues si se trata de consumidores, estos cuentan con medidas de protección especiales fijadas en las normas del Estatuto del Consumidor, mientras que los adherentes que no se encuentren en esa categoría y hayan suscrito contratos de adhesión, por ejemplo empresarios más débiles a quienes se les impuso el contenido contractual, contarán con el régimen legal general para la protección de sus intereses y la eventual confrontación de cláusulas abusivas.

En efecto, la Ley 1480 de 2011 en el artículo 42 define las cláusulas abusivas como aquellas que “*producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos*”. Por su parte, el artículo 43 enumera las cláusulas abusivas e ineficaces de pleno derecho, las

²¹ Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

cuales están relacionadas principalmente con la limitación o exención de la responsabilidad de los productores y proveedores de bienes y servicios, o imposición de obligaciones desproporcionadas al consumidor.

Finalmente, en cuanto a las herramientas **judiciales** el Estatuto del Consumidor prevé acciones de protección al consumidor, le otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia para que conozca las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Otro de los mecanismos judiciales al alcance del afectado con una cláusula abusiva es solicitar ante el juez que se reconozca su nulidad absoluta, la cual se deriva de los siguientes fundamentos: i) el artículo 95 de la Carta Política, que señala que son deberes de la persona y del ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; ii) el artículo 899-1 del Código de Comercio, que prevé que es nulo absolutamente el negocio jurídico que contraría una norma jurídica; y iii) los artículos 1519 y 1523 del Código Civil que señalan que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación y en los contratos prohibidos por las leyes.

En cuanto a las herramientas con las que cuenta el deudor para la protección de sus derechos frente a posibles abusos por parte del acreedor en la fase de ejecución se encuentra, como se anotó, la posibilidad de acudir al juez para que reconozca cláusulas abusivas o determine la responsabilidad civil contractual y el consecuente resarcimiento del daño generado por el abuso del acreedor en la realización de la garantía. Sin embargo, estas herramientas son susceptibles de la misma crítica de ineficacia sobre la que se eliminó la prohibición del pacto comisorio, pues si la Ley 1676 de 2013 toma como presupuesto la mora judicial para desvirtuar la eficacia del procedimiento, dicha mora también tiene la virtualidad de tornar ineficaces los procesos a los que debe acudir el deudor.

En consecuencia, una de las medidas que puede contribuir al equilibrio de la relación es la previsión de mecanismos judiciales más expeditos para la resolución de las disputas sobre los derechos deudor que pudieron resultar afectados en la realización de las garantías. Con respecto a este requerimiento, Veiga (2017) expone la lógica que subyace a la norma, según la cual el control sobre los posibles abusos de los acreedores no debe efectuarse a través de la ley, es decir antes de la celebración y ejecución de los contratos, sino de forma posterior a la realización mediante el control judicial del caso concreto, orientación que exige que los mecanismos ex post sean eficaces.

“Los instrumentos legales de aplicación general buscan incentivar un objetivo deseable, el acceso al crédito, a la vez que los eventuales abusos que se puedan presentar se controlan mediante decisiones judiciales en cada caso concreto. Ahora bien, es evidente que este razonamiento supone que, para que los cambios legislativos sean alcanzados, el mecanismo para el control de los abusos o de las controversias sea rápido y efectivo” (Veiga, 2017, pp. 574).

Finalmente, como herramienta relevante para el análisis de las cláusulas y en el marco de disputas judiciales es necesario destacar que en el marco de contratos en los que las condiciones del acuerdo se imponen por una de las partes, opera una regla de interpretación, reconocida por la doctrina (Azüero, 2013), de acuerdo con la cual en caso de duda la cláusula impuesta por una parte será interpretada de la manera más favorable para la otra. Tal solución también tiene soporte en el artículo 1624 del Código Civil, el cual señala que “(...) *las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.*”

6.3. El deber de información

El deber de información en las diversas etapas de la relación contractual y que obliga a las partes del contrato tiene fundamento en la buena fe como deber general de conducta establecido en el artículo 83 de la Carta Política y en las obligaciones específicas impuestas a la parte dominante, en favor del consumidor, en los contratos de adhesión. En particular, el Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011- prevé en diversas disposiciones el derecho a recibir información oportuna y adecuada en cabeza de los consumidores y las obligaciones correlativas para los productores y proveedores, mientras que en el régimen de protección del consumidor financiero -Ley 1328 de 2009- se establece como derecho del consumidor

De acuerdo con Chinchilla (2011), el deber de información además de tener fundamento en el principio de buena fe, se sustenta en dos supuestos: el primero, la asimetría en la información entre los contratantes, la cual es más evidente en los contratos de adhesión, pero puede predicarse de todos los contratos y, el segundo, que corresponde al propósito de formar adecuadamente el consentimiento de los contratantes²².

En relación con el primer supuesto, el autor destaca que la asimetría de la información impone al contratante que cuenta con mayor información la obligación de dar a conocer al otro contratante todas las circunstancias que conozca y que sean relevantes para el negocio, y que aquel ignora. Asimismo, destaca que si la relación contractual se adelanta entre un profesional y una persona no experta, el deber de información se robustece.

Con respecto al segundo supuesto, se resalta la información como elemento determinante del consentimiento, pues sólo quien conoce los detalles importantes sobre el alcance del negocio y sus implicaciones, en verdad podrá decidir si contrata. Entonces, la voluntad para efectos del contrato está determinada por el conocimiento de la información.

De lo anterior se desprende que el deber de información se traduce en la necesidad de que las partes brinden de manera clara, oportuna y transparente la información relevante para la relación contractual en todas sus etapas y, de forma particular, aquella que incida en la decisión de contratar y el alcance de las obligaciones que emanan del acuerdo correspondiente.

²² Ver también. Salazar, Diego F., Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. Revista de Derecho Privado [en línea] 2006, Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033185001>>

De otra parte, el alcance del deber de información también está determinado por la relación de consumo, pues bajo la consideración de relación asimétrica entre productor y consumidor, el deber en mención permite *“el equilibrio en la relación contractual de consumo, y de no ser posible dicho equilibrio, si permite al menos colocar en una mejor situación al consumidor y hacer menos ostensible su ignorancia”* (Namén, Bonilla, Pabón y Uribe, 2009, pp.4).

En lo que respecta a la realización de las garantías es necesario destacar que, en la medida en que el sistema regulado en la Ley 1676 de 2013 y los mecanismos de realización expeditos están fundados en la consensualidad, se refuerzan los deberes de conducta de las partes, incluido el de suministrar información oportuna y suficiente, en aras de evitar abusos por parte quien tiene la posición dominante en el contrato, derivada del exceso de los recursos.

Finalmente, es necesario destacar que el acrecentamiento del deber de información como un mecanismo de protección del deudor, tiene como base la eliminación de una medida de protección en una relación contractual en la que se ha admitido, de forma reiterada y sistemática, una posible situación de desventaja de una de las partes, lo cual exige la activación de mecanismos alternos para alcanzar cierto equilibrio.

6.4. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Como quiera que los mecanismos de realización previstos en la ley de garantías mobiliarias posponen o restringen el derecho de defensa del deudor, el cual ha sido reconocido como el sujeto en situación de desventaja, una medida que podría dulcificar los efectos del nuevo modelo deberían incrementar la promoción de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en aras de que las partes, ante la situación de incumplimiento, acudan a un escenario de aproximación previo a la realización de la garantía.

En particular, la desventaja que comporta para el deudor un diseño procesal en el que se pospone el ejercicio de su derecho de defensa, debe ser compensada a través de un mayor impulso de mecanismos alternativos de solución de conflictos o, de ser posible, mediante la obligatoriedad de escenarios previos a la realización de la garantía en los que se promueva el acercamiento entre las partes y se planteen soluciones alternativas para superar la situación de incumplimiento.

Aunque las partes cuentan con mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la transacción, la mediación, la amigable composición y la conciliación, a los que pueden acudir voluntariamente para llegar a acuerdos en relación con la situación de incumplimiento, es necesario promocionar dichas herramientas en el marco de la realización directa de las garantías a través de pedagogía o generar instancias obligatorias en las que se exploren, de forma preliminar a la ejecución, medidas de arreglo entre las partes, tal y como consagra el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, en el que se establece la conciliación como requisito de procedibilidad para el acceso a la especialidad jurisdiccional civil en procesos declarativos.

En ese sentido, resulta pertinente señalar las ventajas de dichos mecanismos, las cuales están relacionadas con la satisfacción de los intereses de las partes, es decir, la obtención del dinero por parte del acreedor y la conservación del bien sobre el que recae la garantía por parte del deudor; Una de ellas es que se logra un mayor grado de efectividad, en la medida en que llegar a

soluciones consensuadas genera un mayor grado de vinculatoriedad moral para el cumplimiento y con la posibilidad de ejercer el control del procedimiento y su resultado, debido a que las partes establecen el alcance de los acuerdos logrados.

Entonces, instituir, de forma obligatoria, escenarios de resolución de los conflictos derivados del incumplimiento se justifica por las bondades que han sido ampliamente reconocidas a estos instrumentos, porque la comunicación directa entre las partes o con la eventual intervención de terceros puede ser más efectiva para obtener soluciones frente al incumplimiento del deudor y se mantiene el propósito general de la Ley 1676 de 2013, en el sentido de tornar más eficaces las garantías y, de esa forma, promover el acceso al crédito.

Finalmente, es necesario precisar que la propuesta de acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos en una instancia previa a la ejecución, a pesar de que se adelanten directamente entre las partes, no es equiparable a la realización directa, siempre que la eventual promoción de los mecanismos o su obligatoriedad se dirija a superar la situación de incumplimiento a través del pago voluntario.

6.5. Creación de mecanismos eficaces para el restablecimiento de los derechos del deudor

Por último, la eventual afectación de los derechos del deudor en el marco de los procesos de realización directa o expedita de la garantía que se introdujeron mediante la Ley 1676 de 2013 y la consecuente postergación del derecho de defensa plantean la necesidad de crear procedimientos judiciales más expeditos y céleres para que el deudor haga valer sus derechos tras la realización de la garantía.

Así pues, es posible considerar escenarios judiciales en los que de manera célere y eficaz se determine si en el proceso de realización de la garantía se causaron perjuicios al deudor y se adopten las medidas de reparación correspondientes. La eficacia de estos mecanismos judiciales puede lograrse a través de un diseño legislativo que considere: (i) la eliminación de la conciliación como requisito de procedibilidad; (ii) la especialidad de los jueces; (iii) el carácter preferente y sumario del procedimiento; y (iv) el otorgamiento de facultades oficiosas a los jueces, dirigidas a esclarecer los eventuales actos abusivos y lograr una reparación integral y oportuna.

La adopción de estos mecanismos conciliaría el drástico cambio de orientación de la legislación, inicialmente preocupada por la situación de desventaja del deudor y recientemente orientada a la protección de los intereses del acreedor, y contribuiría a la prevención de abusos por parte de los acreedores.

Conclusiones

La prohibición del pacto comisorio establecida en el inciso 2° del artículo 2422 del Código Civil era una medida de protección del deudor, heredada del derecho romano, que permeó la mayoría de los sistemas jurídicos de tradición romano germánica y que generaba la obligatoria intervención del juez en la realización de la garantía, en aras de controlar posibles abusos de la posición de ventaja del acreedor, fundada en la necesidad del deudor.

En relación con dicha medida se demostró cómo, a través de la intervención judicial obligatoria en la realización, también se mantenían dos de los rasgos clásicos de las garantías reconocidos por la doctrina y que eran relevantes no sólo para la identificación conceptual de los mecanismos de aseguramiento de las obligaciones, sino también y, de forma principal, para la protección del deudor, estos son, la proporcionalidad y la exclusión como fuente de enriquecimiento.

Sin embargo, las circunstancias del ordenamiento jurídico colombiano, en particular, la alta mora judicial y la utilización de garantías expeditas que no estaban sujetas a la restricción que imponía la norma, tales como la fiducia en garantía, la transferencia de la propiedad como mecanismo de aseguramiento y los bonos de prenda, llevaron a cuestionar la eficacia de la medida de protección. Asimismo, los requerimientos del comercio nacional y las sugerencias de instancias internacionales como la OEA, relacionadas con la regulación integral y simplificada las garantías para el cumplimiento de las obligaciones, motivaron la expedición de la Ley 1676 de 2013, en la que a través de la unificación de la reglamentación de las garantías mobiliarias y la simplificación de los procedimientos de realización, incluida la supresión de la medida de protección descrita, se pretende promover el acceso al crédito y reducir las tasas de interés.

La eliminación de la prohibición del pacto comisorio para dar paso tanto a la realización directa entre las partes, como a mecanismos extrajudiciales o judiciales de realización de las garantías muy céleres, es un proceso que también se ha presentado en otros países, en los que contaban con la misma medida de protección y se privilegiaba el ejercicio del derecho de defensa del deudor previo a la ejecución de la garantía.

Establecida la similitud del proceso de modificación del enfoque del sistema de realización con el cambio implementado en otros países se confirmó que el propósito principal de la eliminación de la medida fue económico, fundado específicamente en dos premisas, la previsión de mecanismos más expeditos de realización de las garantías genera mayor confianza en los acreedores, quienes estarán más dispuestos a conceder crédito, y la reducción de los costos relacionados con la ejecución reduce las tasas de interés. Es decir, la simplificación de la ejecución promueve el acceso al crédito y reduce los costos para las partes.

A pesar del fundamento económico descrito es posible evaluar la alteración desde otras perspectivas diferentes al acceso al crédito, tales como la situación del derecho de defensa del deudor. En efecto, en otros países en los que se ha adelantado un tránsito similar al efectuado en nuestro país se ha expresado la preocupación por el ejercicio del derecho de defensa y los demás intereses de la parte débil de la relación en la ejecución de la garantía.

Desde esa perspectiva que supera la consideración económica, se concluyó que los procedimientos de realización de las garantías previstos en la Ley 1676 de 2013 permiten el pacto comisorio y, en consecuencia, eliminan la garantía de intervención judicial en el proceso de ejecución. Asimismo, los procedimientos administrativos o judiciales más expeditos restringen los mecanismos de defensa del deudor y le trasladan las consecuencias de la mora judicial, pues el deudor deberá acudir, de forma posterior a la ejecución, a perseguir el resarcimiento de los perjuicios que le irrogó el abuso del acreedor en el trámite de realización.

La evaluación de las consecuencias de la eliminación de la medida frente a los derechos del deudor admite dos posturas. La **primera**, en concordancia con el carácter proteccionista de la medida, parte de la situación de desventaja del deudor por la necesidad de los recursos, cuestiona los efectos que genera la ejecución por fuera del escenario judicial y las restricciones impuestas al derecho de defensa. En contraste, la **segunda** considera que la prohibición del pacto no es eficaz y, por ende, la protección de los derechos del deudor no se elimina, máxime cuando se consagran medidas de protección posteriores a la ejecución, se aumenta el acceso al crédito y se reducen las tasas de interés.

Como quiera que el trabajo se enfocó en la prohibición del pacto comisorio, que es una medida de protección de los intereses del deudor, se concluyó que el cambio debe leerse desde la primera de las ópticas descritas, a partir de tres premisas: (i) la situación de desventaja del deudor por la necesidad de los recursos como presupuesto general que sustenta la medida, (ii) la aceptación unánime sobre la intervención judicial como garantía de protección de los derechos de las partes, y (iii) la relevancia del ejercicio del derecho de defensa.

A partir de las premisas descritas, se presentaron los fundamentos y las críticas a la postura que admite el sacrificio del ejercicio del derecho de defensa del deudor a cambio del logro de ciertas finalidades económicas, con base en las siguientes consideraciones: (i) el papel del juez en el Estado Social de Derecho y, de forma particular, el rol del juez civil, dirigido a garantizar la igualdad de las partes en el proceso; (ii) el cuestionamiento a la eficacia de la intervención judicial como medida de protección, se sustentan en una falla del sistema y no de la medida de protección, es decir, no se cuestiona el rol del juez en la protección del deudor, sino la mora en su intervención, (iii) las medidas legislativas pueden dirigirse a que la intervención judicial sea más célere, mediante el fortalecimiento de la Rama Judicial del Poder Público, (iv) no se demostró que los mecanismos de elusión de la prohibición del pacto comisorio tornaran inoperante la medida, de ser así no sería necesario derogarla, ni exponer como fundamento de la modificación el impacto de los procesos ejecutivos en el sistema judicial, (v) los pactos posteriores a la celebración del contrato de garantía se admitían en vigencia de la prohibición porque se adelantaban en una instancia en la que se había superado la situación de necesidad de los recursos y (vi) las críticas fundadas en la admisión de formas de cumplimiento como la dación en pago, desconocen el entorno al que apuntaba la medida de protección, esto es, a la realización de la garantía que procede en un escenario de incumplimiento del deudor. En efecto, el contexto en el que operaba la prohibición era el adversarial, marcado por la situación de aparente incumplimiento por una de las partes y en el que el juez intervenía para controlar excesos en la ejecución forzada.

Así las cosas, establecida la afectación del derecho de defensa del deudor en los procesos de realización previstos en la Ley 1676 de 2013, se propusieron algunas medidas dirigidas a equilibrar la situación de desventaja descrita. En particular, el reforzamiento de los deberes de conducta de las partes en todas las etapas contractuales, específicamente el actuar al abrigo de la buena fe y el deber de información; el fortalecimiento de las medidas legislativas, administrativas y judiciales para el control de la posición dominante en los contratos de adhesión y la promoción de mecanismos alternativos de solución de conflictos dirigidos a evitar la instancia de ejecución y obtener el cumplimiento voluntario de la obligación.

Con base en los argumentos expuestos se comprueba la hipótesis según la cual *“la prohibición del pacto comisorio se eliminó para abrirle paso a mecanismos de realización directa, en desmedro del derecho de defensa del deudor, quien está en situación de desventaja por la necesidad de los recursos, lo que obliga a rastrear mecanismos para la preservación de sus intereses y de las características de la garantía.”*

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Sistiva, C.M. & Pérez Rueda, C.E.** 2011, ¿Es la fiducia en garantía un mecanismo para garantizar obligaciones más eficiente que las cauciones tradicionales?. *Revista de derecho privado. Universidad de los Andes*, número 45.
- Almuna Pérez, T.A. y Vercellino Jélvez, F.I.** 2009, Ley modelo sobre garantías mobiliarias de la OEA : una propuesta para facilitar el acceso al crédito a la pequeña y mediana empresa y la armonización jurídica de América. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/106906>
- Álvarez Gómez, M.A.**, 2014, Ensayos sobre el Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Arrubla Paucar, J.A.** 2013, Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía. Universidad de Salamanca.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia.** Informe anual del sector 2010 consultados en la página web <https://www.asofiduciarias.org.co/index.php/pages/informe-anual>.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia.** Informe anual del sector 2011, consultado en la página web <https://www.asofiduciarias.org.co/index.php/pages/informe-anual>.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia.** Informe anual del sector 2012, consultado en la página web <https://www.asofiduciarias.org.co/index.php/pages/informe-anual>.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia.** Informe anual del sector 2013 consultado en la página web <https://www.asofiduciarias.org.co/index.php/pages/informe-anual>.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia.** Informe anual del sector 2014 consultado en la página web <https://www.asofiduciarias.org.co/index.php/pages/informe-anual>.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia.** Informe anual del sector 2015 consultado en la página web <https://www.asofiduciarias.org.co/index.php/pages/informe-anual>.
- Betancourt, F.** 2007, Derecho Romano Clásico. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.
- Bonilla Sanabria, F.A.**, 2014, “El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la *Ley 1676 de 2013*”, en *Revista E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 131-160.
- Bonivento Fernández, J.A.** 2004 “Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Contratos Comerciales” Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Boretto M.** 2010, *Las Garantías Autoliquidables*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Canosa Suárez, U.**, 2010, “*Ejecución Individual*” en Derecho de las Obligaciones. Tomo II Volumen I. p.p.487-513. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Castro de Cifuentes, M.** (Coord.), 2009, “*El Concepto de la Relación Obligatoria*” en Derecho de las Obligaciones. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Claro Solar, L.** 1939, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XII*. Santiago, Chile: Imprenta Nascimento.
- Chinchilla Imbett, Carlos Alberto.** 2011. El deber de información contractual y sus límites.
- Ciscomani Freaner, F.** La Prenda sin Transmisión de Posesión en México. *Revista de Derecho Privado Nueva Época*, año II núm 6. Septiembre-diciembre de 2003. P. 3-23.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil**, 22 de julio 1999. M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.** 29 de enero de 1985. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.** 17 de mayo de 1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia.** Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de julio de 2005; exp. 20302-02.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.** Sentencia del 14 de febrero de 2006. Expediente 05001-3103-012-1999-1000-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,** 14 de diciembre de 2011.
- Corte Constitucional,** Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional,** Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional,** Sentencia T-537 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional,** Sentencia C-086 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Cubides Camacho, J.** 2010. Los deberes de la buena fe contractual en Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado, Vol. 1. Colombia: Bogotá. Editorial Temis.
- Cruz Vergara, R.** 1985. Almacenes Generales de Depósito, Certificados de Depósito y Bonos de Prenda. Bogotá, Colombia. Librería Jurídicas Wilches.
- De Cores, C y Gabrielli E.,** 2008, *El Nuevo Derecho de las Garantías Reales.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- De Cores, C.** 2007. La Reforma Francesa del Derecho de las Garantías Mobiliarias: Una Perspectiva Latinoamericana. *Revista de Derecho. Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay.* Vol. 2, p.p.69-117.
- Díaz, F.E.** 1991. Breve Historia de Roma. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Echeverri Salazar, V,** 2011., El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión de los consumidores. *Revista Opinión Jurídica,* Vol. 10, N° 20, pp. 125-144 - ISSN 1692-2530. Medellín, Colombia.
- Gaviria, J.A.** 2015 Las garantías Mobiliarias. Bogotá: Colombia. Editorial Ibañez.
- Iturbide Galindo, A.** Las Nuevas Garantías: Prenda sin Transmisión de Posesión y el Fideicomiso de Garantía. *Revista Mexicana de Derecho* núm. 3. México 2001.
- Herrera, D.** 2014 “Análisis de las implicaciones del pago directo y de la ejecución directa contemplados en la Ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias”. Pontificia Universidad Javeriana, disponible en <https://repository.javeriana.edu.co:8443/bitstream/handle/10554/14891/HerreraRodriguezDanielMauricio2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hinestrosa, F.** 2007, Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Tomo I, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Kozolchyk, B & Wilson J. (2003).** La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos, Copyright, NLCIFT 2003, Derechos de Autor Reservados, NLCIFT 2003. Recuperado el 2 de mayo de 2010, de la base de datos: <http://www.natlaw.com/hndocs/ulrarttranspan.pdf>
- Kozolchyk, B.** 2009. Modernización del Derecho Mercantil. Uniformidad Internacional y Desarrollo Económico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Vol 125. Recuperado en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art7.htm>
- Lafont Pianetta, P.** 2001. Manual de Contratos. Panorama de la Negociación y Contratación Contemporánea. Tomo II. Bogotá, Colombia. Ediciones Librería del Profesional.

- Laguado Giraldo, C.A. (2003)** Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14847/11987>
- López Blanco, H.**, 2016, Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: DUPRE Editores Ltda.
- Martínez-Cárdenas, B.M. y Ternera Barrios, F.** 2011. De las garantías tradicionales a las garantías derivadas. Opinión Jurídica - Universidad de Medellín.
- Martínez L., Aarón T. y Westermann, F.** 2004 “*Globalización, crecimiento y crisis financieras (las lecciones de México y el mundo en desarrollo)*”, El Trimestre Económico, México, núm. 282.
- Medina de Lemus, M.** 2007. Contratos de Comercio Exterior, Doctrina y Formularios. Editorial Dykinson.
- Mendoza, A.**, 2005, Contratos de Garantía, *Revista Estudios Socio-Jurídicos, Volumen 7* número 1, pp. 197-218.
- Moreno Herrera, M.**, 2014, Control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. Univ. Estud. Bogotá (Colombia), enero-diciembre 2014
- Namén Baquero, J; Bonilla Aldana, J; Pabón Almanza, y Uribe Jiménez I.** (2009) La Obligación de Información en las Diferentes Fases de la Relación de Consumo en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 1, 2009, pp. 1-29.
- Nieto Olivar, G.E.**, 2009, “La transferencia de la propiedad con funciones de garantía: el caso de la cesión de créditos” Universidad del Rosario (Ed) En Estudios sobre Garantías Reales y Personales en Homenaje a Manuel SomarrivaUndurraga, pp. 407-423, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Ortiz Adame, J.** 2013. “Factores que afectan la inversión extranjera directa” en Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI. México. Universidad Nacional Autónoma de México recuperado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3540/9.pdf>
- Ospina Fernández, G.**, 2001 “Régimen General de las Obligaciones” Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- Paredes López, J.C.** 2009, “La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables”, en Universidad del Rosario (Ed) En Estudios sobre Garantías Reales y Personales en Homenaje a Manuel SomarrivaUndurraga, pp. 731-751, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario
- Planiol, M. y Ripert, J.** 1942, Tratado Practico del Derecho Civil Francés, Tomo XII, La Habana, Cuba: Cultural S.A.
- Peña Nossa, L.**, 1985. Curso de Títulos Valores. Bogotá, Colombia. Editorial Cámara de Comercio de Bogotá
- Petit, E.** 2002. Tratado Elemental de Derecho Romano. Bogotá, Colombia. Editorial Esquilo.
- Podetti, R.**, 1968, Tratado de las Ejecuciones, Buenos Aires, Editorial Ediar. Buenos Aires. Editorial Ediar.
- Posada Torres, C.** 2015. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista Derecho Privado* núm. 29. Universidad Externado de Colombia.
- Ríos, S.** 2007. El nuevo libro IV del 'Code Civil'. La reforma del derecho de garantías en Francia. En Foro de Derecho Mercantil. *Revista Internacional*, 17. Recuperado en http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7ff5404ce0430a010151404c

- Ramírez, E.R.** 2017. “La Ética y el Derecho. La Buena Fe como Fuente Axiológica y Valor a Enseñar.”
- Rodríguez Azuero, S.,** 2013, *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina.* Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- Rodríguez, J.** “Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos”, en *Revist@ E- Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 3-27
- Rojas Bolívar, L.M.** Aplicación y Beneficios de la Ley 1676 de 2013 Referente a Garantías Mobiliarias, como Instrumento de Acceso al Crédito. Junio de 2015. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho.
- Rodríguez Azuero, S. Rincón Cárdenas, E. y Calderón Villegas J.** 2006. *Temas de Derecho Financiero Contemporáneo.* Bogotá: Colombia. Universidad del Rosario
- Salazar, D. F.** 2006 *Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual.* Revista de Derecho Privado [en línea] 2006, Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033185001>
- Solarte, Rodríguez, A,** 2004, La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta Vniversitas en revista Universitas. Universidad Javeriana. Recuperado en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730/11880>
- Sousa Santos, Boaventura de y García Villegas, Mauricio.** 2001, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico.* Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Superintendencia de Sociedades,** decisión 4106120 proferida el 20 de diciembre de 1995.
- Tapia Rodríguez, M.,** 2009, “*Noción de Garantía*”, en Universidad del Rosario (Ed) *En Estudios sobre Garantías Reales y Personales en Homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*, pp.18-27, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Torres, C. P.** (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista De Derecho Privado*, (29), 141-182. doi:10.18601/01234366.n29.07
- Tudela Chordá, Sergio.** 2015, La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore. *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015.
- Umaña Aragon, R.A. (2004)** Introducción a la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (OEA) Introducción a la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (OEA), 23 *Rev. Fac. Derecho* 33, 40
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A.** 2004. *Derecho Civil De las Obligaciones Tomo III.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Veiga Copo. A,** 2010, “*Las Garantías Reales*”, Bogotá, Colombia: Editorial Ibañez.
- Veiga Copo, A.B.** 2017. *Garantías Mobiliarias Ley 1676 de 2013.* Bogotá: Universidad Sergio Arboleda; Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Vescovi E.** 1984. *Teoría General del Proceso.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Villamil Portilla, E,** 2013. *Algunas Garantías Civiles.* Bogotá, Colombia: Editorial Ibañez.
- Wegmann Stockebrand, A.** 2009. **Algunas Consideraciones sobre la Prohibición del Pacto Comisorio y el Pacto Marciano.** *Revista Chilena de Derecho, Volumen 13, pp. 95-122.*
- Zamora Manzano, José Luis.** Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus. *Revue Internationale des droits de l’Antiquité LIV (2007*

