

# **EFICACIA DE LA MARCA COMO GARANTÍA MOBILIARIA**

Luis Carlos Restrepo Rojas

Presentado a:

Dr. Gember Angartita

Universidad Libre

Maestría en Derecho Privado y de los Negocios.

Bogotá D.C.

2022

## **Tabla de contenido.**

<b>EFICACIA DE LA MARCA COMO GARANTÍA MOBILIARIA .....</b>	<b>0</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>3</b>
<b>Revisión bibliográfica .....</b>	<b>8</b>
<b>Referencias asociadas a los aspectos marcarios. ....</b>	<b>8</b>
<b>Referencias asociadas a los aspectos de garantías mobiliarias.....</b>	<b>15</b>
<b>Planteamiento del problema .....</b>	<b>21</b>
<b>Formulación del problema .....</b>	<b>23</b>
<b>Justificación .....</b>	<b>23</b>
<b>Objetivos .....</b>	<b>31</b>
<b>Objetivo general .....</b>	<b>31</b>
<b>Objetivos específicos .....</b>	<b>31</b>
<b>Marco referencial.....</b>	<b>32</b>
<b>Referentes normativos .....</b>	<b>32</b>
<b>a. Referentes asociados al derecho marcario. ....</b>	<b>33</b>
<b>b. Referentes del derecho de garantías mobiliarias.....</b>	<b>35</b>
<b>Referentes conceptuales .....</b>	<b>42</b>
<b>a. Referentes asociados al derecho marcario. ....</b>	<b>42</b>
<b>b. Referentes asociados al derecho de garantías mobiliarias.....</b>	<b>51</b>
<b>Conclusión .....</b>	<b>68</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>69</b>
<b>Anexo No 001.....</b>	<b>77</b>

## **Índice de ilustraciones.**

Ilustración 1 Componentes del brand equity .....	4
Ilustración 2 Referencia a la caída de acciones de coca-cola por acción de la marca cr7. ....	5
Ilustración 3 Referencia a la licencia de uso de marca tostao.....	6
Ilustración 4 Solicitudes de marca y otros signos distintivos entre los años 2005 - 2011 .....	26
Ilustración 5 Recuento de clases contenidas en las solicitudes de marcas de productos y servicios por mes, año 2021 .....	28
Ilustración 6 Concesiones de marca y otros signos distintivos entre los años 2005 - 2011 .....	28
Ilustración 7 Tendencia de registrabilidad de los años 1996 – 2010 .....	29
Ilustración 8 Recuento de clases contenidas en las solicitudes de signos distintivos por mes, año 2021.....	30
Ilustración 9 Esquema normativo marcario y de garantías mobiliarias .....	32
Ilustración 10 Elementos distintivos similares a la marca y confundibles con la misma .....	44
Ilustración 11 Clasificación de las marcas.....	46
Ilustración 12 Funciones de la marca.....	49
Ilustración 13 Principios derivados de la ley modelo de la uncitral .....	55
Ilustración 14 Fases de la garantía .....	61
Ilustración 15 Requisitos para constitución de garantía .....	63

## Introducción

En el actual contexto de las economías de mercado y en el marco de las sociedades de la información, donde el tráfico mercantil prácticamente ha migrado al entorno digital y el flujo de la riqueza se ha globalizado (casi que olvidando las nociones tradicionales de estado en cuanto a los aspectos comerciales refiere,) y teniendo en consideración que dicha fenomenología cuenta con una velocidad que no puede denominarse más que vertiginosa, es preciso advertir que los intangibles asociados a la actividad industrial y de suyo a la propiedad intelectual, pasan a ser actores protagónicos del devenir empresarial contemporáneo así como de los circuitos económicos a este asociados. Ello al punto que, en la mayoría de las veces, pasan a ser componentes de alto valor estratégico, que cuando son traducidos o identificados en cálculos patrimoniales, pueden incluso superar el valor total de los bienes materiales de la compañía que los detenta; al efecto, baste mencionar las formas tradicionales de las nuevas creaciones como pudieran ser las patentes, los modelos de utilidad y los diseños industriales.

Al interior de estos intangibles y entrando en la especificidad del presente trabajo, hace entrada en escena la marca comercial, la cual corresponde a la órbita de la propiedad industrial dentro de la sub clasificación de los signos distintivos, la misma “*per se*” encuentra un papel protagónico y de especial importancia en los nuevos mercados, incluyendo los digitales, ya que como signo distintivo del origen empresarial y de las calidades e identidad del producto ofertado, es determinante en la decisión del consumidor a la hora de desarrollar su proceso de compra y de consumo, tanto así que en no pocas oportunidades es la marca y la identidad o fidelidad que esta emana la que se convierte en un criterio preponderante en la toma de decisiones de compra (el

cliente está dispuesto a pagar un mayor valor por una noción de servicio o de calidad sea del producto o del empresario en sí,) incluso frente a productos de similares condiciones a menor precio (brand equity – capital o fidelidad de marca.)

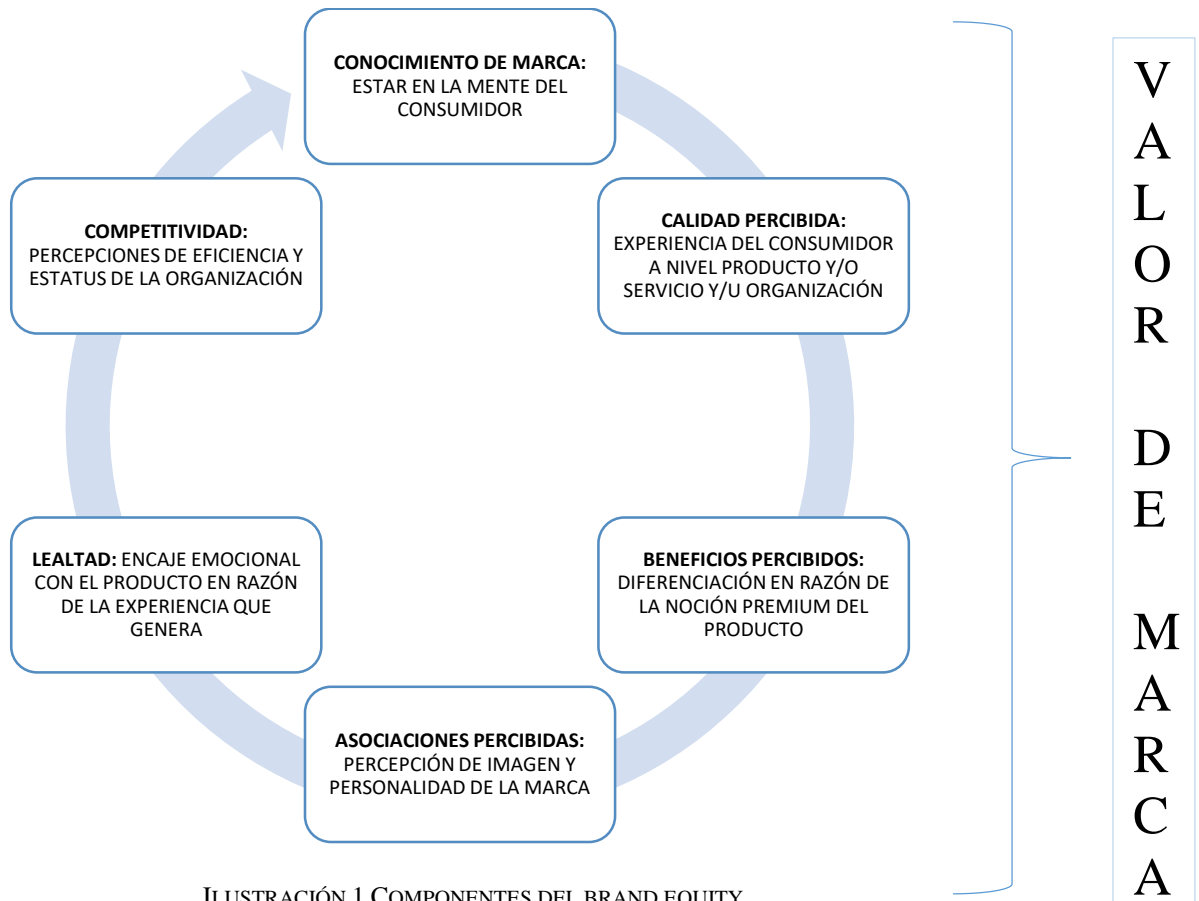


ILUSTRACIÓN 1 COMPONENTES DEL BRAND EQUITY

(Elaboración propia)

Para ejemplificar con toda la claridad posible esta pasmosa, relevante y más que cierta realidad, es procedente traer a colación dos casos relevantes y contemporáneos donde la marca puede llevar a la pervivencia o no de una estructura empresarial y donde la fidelidad de marca puede marcar derroteros de mercado de multimillonario impacto sean positivos o negativos, el primero de estos casos refiere a la colisión de la marca CR7 con la de Coca-Cola en un evento de

backstage deportivo, en el cual el jugador Cristiano Ronaldo (titular de la marca CR7) en una clara referencia a factores de salud y competitividad física, aparta 2 botellas del Coca-Cola y pronuncia la palabra “agua” haciendo ver (como en efecto lo es) el carácter nocivo de las bebidas gaseosas negras versus las bondades del agua, sin embargo, más allá de la realidad de la química de estas bebidas y su impacto en la salud humana, lo relevante es que esta colisión de marcas y de fidelidades de marca, llevó al desplome de las acciones de la compañía Coca-Cola con sus consecuentes efectos ante acreedores, prestamistas y otros stakeholders en un impacto cercano en pérdidas a los cuatro mil millones de dólares (US\$ 4.000'000.000).



ILUSTRACIÓN 2 REFERENCIA A LA CAÍDA DE ACCIONES DE COCA-COLA POR ACCIÓN DE LA MARCA CR7. (TOMADO DE [HTTPS://WWW.MARCA.COM/FUTBOL/EUROCOPIA/2021/06/15/60C8B1E7E2704EC0478B465C.HTML](https://www.marca.com/futbol/eurocopa/2021/06/15/60c8b1e7e2704ec0478b465c.html))

El otro ejemplo a referirse en este punto de reflexión, corresponde a la negociación para la licencia de uso de la marca Tostao en la red de distribución al público de la Organización Ardila

Lule, ello como ejemplo del impacto de la marca precitada en el mercado del café colombiano y como sobre la misma se estructura todo un andamiaje logístico y de modelación financiera para el posicionamiento empresarial, ello sin dejar de lado el acceso a instancias de distribución de cobertura nacional y con acceso directo a casi medio millón de potenciales clientes con alta rotación y alto consumo.



**elespectador** La Organización Ardila Lülle (OAL) cerró un acuerdo para adquirir la licencia para el uso exclusivo de la marca Tostao, una de las principales cadenas de cafeterías y panadería de Colombia.

Con el acuerdo, la OAL podrá vender el café de Tostao por medio de sus canales de venta. Lo que implica que los productos de la marca entrarán a una red comercial y logística que llega a más de 400.000 clientes directos y que cubre el 90 % del territorio nacional.

Asimismo, los productos de Postobón y Nutrium estarán presentes en las 525 tiendas de Tostao en todo el país.

De esta manera, el negocio se considera como la incursión de Postobón al negocio del café en Colombia. De hecho, el acuerdo firmado también contempla la adquisición por parte de la OAL de una planta tostadora de café en Manizales, la cual le compra a más de 8.600 caficultores y produce tanto café molido como en grano.



### ILUSTRACIÓN 3 REFERENCIA A LA LICENCIA DE USO DE MARCA TOSTAO

(Tomado de <https://www.elespectador.com/economia/empresas/la-organizacion-ardila-lulle-compro-la-licencia-de-marca-de-tostao/> )

Por lo anterior, evidenciando la relevancia patrimonial de la marca y que en el contexto del mercado globalizado, la misma puede ser un activo de extraordinario y exponencial valor (tal y como pudiera ser en el caso de las llamadas compañías unicornio o de alto contenido tecnológico u organizaciones exponenciales, por solo citar un ejemplo,) es meritorio el estudio y la revisión de la marca como instrumento de garantía patrimonial del proceso empresarial así como validar

su eficacia como factor de apalancamiento financiero bajo la figura de garantía mobiliaria; la misma se encuentra regulada en Colombia por medio de la ley 1676 del 20 de agosto de 2013 y de esta debe considerarse la funcionabilidad de la garantía frente al acreedor mobiliario (quien tendrá una decisión de otorgamiento o no de fondeo, en razón de la eficacia de la ejecución de su garantía,) ya que al ser la marca íntimamente relacionada con el producto ofertado (y en los actuales entornos incluso con el empresario productor,) y ser intrínseca a la cadena de valor y la identidad empresarial, puede ser ineficaz o inane, por cuanto el acreedor no puede suplir en la gran mayoría de las veces la posición y la dinámica empresarial del titular marcario. Por ende, incluso “*ex ante*,” la garantía mobiliaria supeditada en la marca puede ser poco atractiva o de escaso posicionamiento, generándose una seria y muy fundamentada reflexión de su uso efectivo como prenda de acreencias (y eventualmente como indicador económico de la solidez empresarial.)

Así las cosas, el estudio, análisis y entendimiento de la marca como signo distintivo, en conjunto con la aprehensión de las nociones de las garantías mobiliarias en el marco normativo colombiano (y sin perjuicio de acudir a posturas y concepciones del derecho comparado,) permitirá discernir sobre la eficacia y atractivo de este intangible como garantía patrimonial, así como la operabilidad del mismo en caso de ser necesaria su ejecución, ya que como pocos intangibles, la marca esta intrínsecamente incorporada a la actividad empresarial (al ADN empresarial) y su transferibilidad en cabeza del acreedor marcario, no siempre es la más eficiente en el marco teleológico del contrato de garantía (Véase Anexo No 001 reporte de marcas ejecutadas y embargadas conforme base de datos de Confecamaras - febrero de 2022.)



## **Revisión bibliográfica**

En el desarrollo del presente trabajo académico y para fines de la revisión bibliográfica del mismo, es necesario generar un criterio de validación y de acopio informativo, sistémico, integral y con pretensiones de completitud, ya que de suyo el tema marcario, si bien hace parte del derecho de mercado junto con el derecho de consumo y del derecho de la competencia, es una institución que no nace del derecho, sino que es importada al mismo desde la realidad de los mercados y de otras ciencias tales como el mercadeo, el marketing e incluso el diseño. Por ello, se hará un abordaje bibliográfico procurando dicha completitud, siempre y en todos los casos generando un aspecto transversal cual es el jurídico y el asociado a las garantías mobiliarias, ya que es este y no otro, el enfoque que se procura darle a esta disertación académica.

### **a. Referencias asociadas a los aspectos marcarios.**

Uno de los primeros referentes a consultarse es el desarrollo conceptual del trabajo de (Arias, 2009) el cual está enfocado a la revisión de la configuración regulatoria del derecho marcario en el marco de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana, esto de cara a la estructuración del derecho de la competencia económica y su configuración normativa, este trabajo se desarrolla por medio de un proceso metodológico de investigación descriptiva y bibliográfica, el cual permite dilucidar que una misma conducta atentatoria contra las buenas prácticas comerciales, puede ser sujeto de protección del régimen de la competencia (para la participación de los actores económicos) y la protección marcaria (para la participación monopolística del agente económico.) Igualmente, es posible, e incluso habitual, la existencia de

tensiones entre el derecho marcario y de la competencia en el ejercicio jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio, ya que compiten las previsiones del acceso al mercado sin mayores barreras que las naturales (derecho de la competencia) con las previsiones del “*ius excludendi alios*” propio del ámbito marcario y su vocación monopolística; quiere decir ello entonces que, existe una constante limitación y confrontación entre los linderos del derecho de la competencia con los propios del marcario, uno y otro en cabeza de una misma autoridad estatal, situación que puede ser considerada como benéfica o perjudicial conforme se tenga en consideración, por un lado, la unicidad de una única autoridad para ambos regímenes y por el otro, la posible generación de definiciones y decisiones incongruentes entre sí.

En un enfoque con mayor alcance geográfico, pero sin dejar de lado el marco del mercado colombiano, (Metke, 2010) enfoca su proceso de teorización a exponer los principios, requisitos y condiciones que regulan la obligación del uso de la marca en el entorno de la Comunidad Andina de Naciones, así como los presupuestos para la procedibilidad de las acciones de cancelación, ello en consideración de los contextos tanto de mercados, como de los productos o servicios; su trabajo permite dilucidar que si bien es cierto que la marca deriva sus principales efectos de los procesos registrales ante la Superintendencia de Industria y Comercio, ciertamente encuentra su efecto en el mercado si la misma cuenta con un uso real y material, tanto así que, es causal de pérdida del registro marcario la falta de uso del mismo. Igualmente, la usabilidad de la marca tiene como finalidad la protección del mercado, de los productores y de los consumidores, por ende, la acción de revocación del registro marcario puede ser incoada por cualquier persona (con la debida legitimación de interés,) ello en aras de permitir el acceso al mercado de comerciantes que sí den circulación a productos o servicios amparados con una marca usada de

manera personal (o por un tercero en razón de contrato de licencia,) situación que de suyo da énfasis y confirmación al hecho de la unicidad de la marca con el producto – empresario que representa.

En materia de la Comunidad Andina de Naciones, este autor deja en claro que el uso puede ser en uno (cualquiera) de los países miembros y que la usabilidad de la marca y la medición de la misma, requiere el estudio contextualizado del bien o servicio, el comportamiento del mercado, el funcionamiento del mismo y las particularidades empresariales del productor, ello para validar el uso “*corriente*” de la marca y que no existan figuras ficticias del mismo.

Dándole continuidad a la ampliación del alcance geográfico de este levantamiento bibliográfico, y procurando el mejor desarrollo conceptual del trabajo, hace entrada en escena (Durán, 2018) quien desarrolla un trabajo enfocado al estudio de la existencia o no de la marca internacional desde la perspectiva jurídica, así como a considerar los elementos integrantes de la misma, ello previa revisión de los impedimentos y principales retos para su desarrollo, para su implementación y para su operación en el marco de un mundo interconectado.

Este trabajo permite entender que la marca es el signo que da distintividad, personalidad e identidad al producto y al empresario, de ella se derivan las percepciones de calidad, funcionabilidad e idoneidad del producto o servicio (recuérdese el equity brand) y sin mayores consideraciones alude a la misma como la variante que más incide en la decisión del consumidor a la hora de adquirir un producto o servicio (bajo condiciones normales.) Así las cosas, la marca es una identidad intangible y por ende, adquiere una verdadera funcionalidad si y solo si,

presenta un criterio diferencial frente a otros competidores, esto es, si incide en la psiquis del consumidor.

Ahora bien, en razón de la funcionalidad de la marca en los términos del párrafo antecedente y que la misma se presenta en un entorno global, es preciso validar si existe la necesidad de considerar o no la existencia de una protección mundial, ya que la tendencia de los mercados es igualmente mundial (máxime en el entorno de las Tic's.) Del mismo modo, este autor indica que es procedente afirmar que conforme su alcance geográfico, la marca puede ser nacional, regional o internacional (Sistema de Madrid,) sin embargo, es clara la no existencia de un sistema central internacional marcario, lo que lleva a colegir la inexistencia de una marca internacional genuinamente entendida y en el más “*lato*” de los sentidos; este autor igualmente manifiesta que cualquier sistema vigente a la fecha, cuenta en sus instituciones y articulaciones con una clara prevalencia de las instituciones nacionales, esto en razón que en virtud de que la particularidad lingüística, cultural, social y religiosa de los estados y las regiones, sumada a la variación del poder adquisitivo y condiciones regulatorias de los mercados de divisas entre otras circunstancias, se consolidan criterios y arraigos que impiden la consolidación de una marca internacional.

Por su parte, el desarrollo teórico del trabajo de (Liévano, 2011) enfocado al desarrollo de un panorama del avance de las marcas no tradicionales en el marco jurídico colombiano y que tienen como referente los pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales europeos (ya que en el ordenamiento del viejo continente, se encuentra desarrollada en una mayor medida la teoría de las marcas no tradicionales y su decantación practica conforme las especies o sub especies de

estas,) permite dilucidar que la marca es un elemento de especial relevancia en el contexto mercantil, ello en tanto permite notoriedad a los productos o servicios ofertados por los comerciantes y su respectivo posicionamiento, situación que en anuencia con el constante aumento de la competitividad y complejidad de los mercados, así como de las tecnologías al alcance de los mismos, ha desarrollado nuevas variantes en el derecho marcario (que como se ha indicado con anterioridad, es solo el reflejo normativo de una dinámica aún más plausible cual es la del mercado y sus componentes económicos;) esta situación ha superado las limitantes tradicionales del entorno visual bidimensional para pasar a otros criterios sensoriales y de la percepción, en lo que se conoce como marcas no tradicionales.

Cuando se procura prescindir del componente visual bidimensional por parte de las marcas no tradicionales, por regla general, no se logra satisfacer el examen de distintividad necesario del componente marcario salvo casos puntuales como las marcas sonoras, y en la gran mayoría de los casos, o se requiere del complemento visual bidimensional o de un muy claro posicionamiento en el tiempo (efecto secundario).

Ahora bien, en anuencia con los anteriores referentes, y dando la claridad que su aporte es tangencial, pero de conexión con los puntos asociados a la valoración de la marca, es preciso indicar que el trabajo de (Aguilera, 2019) el cual se encuentra enfocado a la protección dada a la propiedad intelectual derivada de procesos de investigación y su valoración como activo estratégico, permite advertir que hoy por hoy, la creación intelectual, es fuente de creación de riqueza inmaterial en el más amplio de sus sentidos y por ende, sujeto de estimación financiera y protección por parte del estado y sus autoridades de policía administrativa. Por ello, se hace

necesario comprender el cada vez más plausible sentido económico que está adquiriendo la propiedad intelectual, junto con la importancia de las instituciones de protección de la misma (dentro de la cual se encuentran los signos distintivos tales como las marcas;) igualmente, es clara la existencia de un capitalismo informativo donde las creaciones intelectuales (signos distintivos, nuevas creaciones y derechos de autor,) pasan a un escenario de alta tasación y valor y se constituyen en sujetos con identidad de garante en potencia.

En este punto del presente trabajo se acude a los aportes de (Blanco, 2015) enfocados a explorar la pertinencia, eficiencia, suficiencia y viabilidad de la marca como una garantía mobiliaria en el mercado colombiano, y con ello definir las variantes, componentes y elementos primordiales de dicha funcionalidad (en razón de su propósito finalístico y la pertinencia del mismo en el contexto económico nacional, donde el acceso al crédito es una reconocida necesidad,) su disertación permite dilucidar que la marca en el marco de la ley de garantías mobiliarias, hace parte de los activos susceptibles de ser dados en garantía, para ello, de manera imprescindible, es necesaria su valoración patrimonial, cosa que la normativa asociada a las garantías mobiliarias no establece respecto de criterios de tasación patrimonial como tampoco brinda elementos para la definición de los mismos, razón por la cual, será del resorte de las partes del contrato de crédito la valoración del intangible marcario; lo anterior sin dejar de lado que, la ejecución de la marca como garantía mobiliaria, encuentra en el sentido práctico dificultades materiales, en tanto no se está atendiendo el criterio finalístico de la garantía y se subsume en principio, en la ejecución de la misma en las anotaciones registrales del caso ante la Superintendencia de Industria y Comercio, cosa que puede generar desincentivo en el uso de la marca como garantía

mobiliaria, ello sin dejar de lado lo ya advertido respecto de la incorporación de la marca en el producto empresarial y su casi que total inescindibilidad.

Ahora bien, estas consideraciones sumadas al desarrollo conceptual del trabajo de (Alemán, 2008) enfocado al estudio de la marca desde su perspectiva económica en el marco empresarial, y que visualiza su relevancia y pertinencia en la economía de mercado, así como su incidencia en las relaciones comerciales inherentes al mismo (e incluso su marco de protección en materia de notoriedad, y procesos de insolvencia (derecho español,)) permite evidenciar que en las sociedades de la información y del conocimiento, de manera innegable e incuestionable, la marca constituye una ventaja competitiva de las compañías contemporáneas (incluyendo un alto valor patrimonial,) quienes encuentran fortalezas en la exclusividad que la misma provee y que, tiene especial relevancia en la identificación del empresario y del producto (con sus calidades y funcionalidades). En virtud de ello, la marca es de tal relevancia en el contexto económico empresarial y bajo la lógica del mercado que, puede considerarse como activo primordial para la generación de ingresos, ya que es el consumidor quien en la gran mayoría de los casos, toma una decisión de compra conforme su lealtad con la marca y las calidades del producto o productor que de esta se esperan (brand equity.)

La marca como instrumento negocial indica entonces la procedencia empresarial de un producto o servicio, la calidad del mismo (por encima de la procedencia empresarial,) su good will asociado y es una forma publicitaria por excelencia, por ello en los procesos de insolvencia, desde la perspectiva de la reputación comercial, es dable que se llegue a la resolución de contratos asociados a licencias de marca en aras de proteger a la misma, ya que esta como

referente de idoneidad del producto y del productor, debe mantenerse indemne en la mayor medida posible (valor de uso sobre valor comercial.) Corolario de lo anterior es considerar a la materialidad de la marca como activo económico empresarial y por ende, sujeto de valoración patrimonial, el cual, en la gran mayoría de los casos no deriva de la usabilidad de la misma, sino del componente registral asociado a la autoridad pública competente (conforme las particularidades de cada estado,) ya que el derecho de marca nace del registro de la misma con la excepción generalizada de la marca notoria, de allí que la percepción económica de la marca deba derivar no solo de consideraciones de mercado sino también del orden administrativo.

#### **b. Referencias asociadas a los aspectos de garantías mobiliarias.**

Ahora bien, el trabajo de (Martínez Cárdenas, 2011) enfocado en el estudio del panorama del crédito en Colombia desde la perspectiva de la eficiencia del régimen de garantías (reales o personales,) procura la proposición de nuevas instituciones a la luz del ordenamiento vigente, las cuales podrían promover una democratización del crédito, el fomento de la competencia entre los acreedores (sector financiero) y facilitar el tráfico mercantil asociado tanto a los créditos, como a la movilidad de los derechos asociados a los bienes dados en garantía; este autor manifiesta que en el tráfico mercantil las garantías sean reales o personales son un concepto accesorio a una operación de crédito y tienen como finalidad reducir la dependencia del acreedor frente al comportamiento del deudor, ya que en este se centra la rentabilidad de la operación de crédito, igualmente indica que las garantías en el marco normativo colombiano no cuentan con atractivo de implementación tanto en el orden sustancial por las formalidades de constitución y carencia de flexibilidad, como en el procesal por las complejidades de la jurisdicción civil (ritualidades,



prelación de créditos y tiempos de trámite,) en dicho entorno se pierde el incentivo a las operaciones de fondeo.

Así las cosas, las condiciones actuales del acceso y eficiencia del crédito, demandan una revisión de la institucionalidad de las garantías, proponiendo adecuaciones o desarrollos que permitan un actuar dúctil, eficiente desde la perspectiva económica y adaptable desde la operatividad de la constitución y ejecución, tal y como es el caso de la propuesta de la hipoteca universal ( con clara reducción de costos de constitución,) la hipoteca vitalicia o inversa (con claro sentido de democratización del crédito,) y las garantías mobiliarias (resaltando el pacto comisorio,) las cuales generan nuevas alternativas de acceso eficiente y rápido al crédito.

Por su parte, (Veiga, 2014) enfoca su conceptualización al estudio del panorama de la garantía mobiliaria en Colombia desde la ley 1676, generando puntos de reflexión respecto de la efectividad de la misma en el marco de los negocios colombianos, ello considerando la inserción de nuevas instituciones jurídicas al interior de un sistema jurídico sustancial y procesal de difícil gestión en cuanto la ejecución de garantías y con complejos procesos y procedimientos para el efecto, cosa que resta apetito inversionista, ya que la prelevancia de la prenda clásica y la posesión del bien dado en garantía parece no ceder espacios efectivos a nuevas formas de circulación de la riqueza; esto permite concebir la idea de que es necesario un régimen de garantías flexible y eficiente donde no prime la posesión sobre el bien dado en prenda, donde la constitución sea eficiente, donde sea relevante la efectividad del crédito y donde no se de afectación de la idoneidad empresarial, ello bajo el criterio de garantía y privilegio (la garantía requiere una riqueza circulatoria.)

Por lo anterior, las garantías para predicar su eficiencia en los escenarios negóciales, encuentran blindaje, usabilidad y pertinencia en los entornos legales, entornos que tienen que ser retados para su adaptabilidad en el tiempo y para su consonancia en aspectos tales como los transfronterizos (la garantía puede derivar en inaplicable o inaccesible de no tenerse en cuenta dicha consideración.)

Así pues, no debe existir una divergencia en la efectividad de la garantía cuando lo sustancial busca cauce en lo procesal, toda vez que, dichas disparidades hacen inicuo el régimen de garantías y en la gran mayoría de los casos, impactan de manera directa a los costes de agencia crediticios (nuevas realidades financieras, tecnológicas y empresariales,) ello sin dejar de lado el aspecto registral de las garantías y el sucesivo acogimiento de la ley modelo de garantías de la UNCITRAL, puntos que llevan a una dinámica circulación de las mismas como elemento del que hacer empresarial y como elementos válidos para consideraciones crediticias sin perjuicio de concurrencias de acreedores y la existencia de derechos preferentes, cuanto menos por regla general.

En una perspectiva comparativa, el trabajo de (Mejorada Machuca, 2006) enfocado a la revisión de la legislación peruana asociada al régimen de garantías mobiliarias y sus variantes, igualmente aborda la descripción de los intervinientes en el acto de garantía y sus deberes, como por ejemplo el no abuso del bien dado en garantía, esta disertación permite dilucidar que el sistema de garantías (para este caso el peruano) está sufriendo una transformación hacia un régimen donde lo preponderante no es la oponibilidad sino la efectividad del crédito, para este autor la garantía no es efectiva sin oponibilidad, pero por sobre dicha característica debe primar la protección del

crédito; en este sentido el régimen de garantía mobiliaria peruano consagra la garantía mobiliaria ordinaria y las especiales, tales como la agraria y la industrial, lo que facilita la circulación del crédito y el impulso al aparato productivo. Al igual que el régimen colombiano, no se da prevalencia a la posesión del bien ni a su tenencia material, sino al registro de la garantía que sobre el mismo pesa, lo que resalta la efectividad de la garantía desde su criterio registral por sobre el material (efecto de persecutoriedad,) por ello, pese al carácter prevalente del efecto registral, la garantía como tal en el derecho peruano, nace con el título (contrato) y no con el modo (registro,) situación que de suyo conlleva a una reflexión sobre la efectividad del contrato de garantía sin su dispositivo de oponibilidad.

Como corolario de lo anterior se puede acudir al desarrollo conceptual del trabajo de (Bonilla, 2014,) el cual está enfocado a generar un análisis de la entrada en vigencia de la ley de garantías mobiliarias en Colombia y con ello procurar la visualización del contexto jurídico negocial y de mercados al cual se aplicará, así mismo, se procura esbozar los componentes de su operación y ejecución con especial énfasis en su aspecto registral; en este contexto, con la expedición de la ley 1676, se hace una reformulación del componente macroeconómico en el mercado de las garantías y la estructuración de la relación acreedor - deudor en el circuito económico colombiano, ello para promover una accesibilidad al crédito en condiciones de efectividad y pertinencia y con mitigación del riesgo de cara al acreedor que procura ejecutar la garantía constituida, en razón de ello, es premisa primaria del régimen de garantías mobiliarias ampliar el espectro de bienes sujeto a garantía bajo dos perspectivas, por un lado, oponibilidad de la garantía frente a terceros y el tráfico mercantil en general, y por el otro, la efectividad de la garantía ante cesaciones de pagos, ya que ello es el componente teleológico del prospecto

normativo y eventualmente podría corregir una mal llamada distorsión de mercado de crédito donde es común el otorgamiento de créditos sin garantías sólidas (derecho a la deuda.)

Así las cosas, la modernización del régimen de garantías y la armonización de los presupuestos de las garantías mobiliarias, de suyo conlleva cuanto menos en lo teórico, la posibilidad de acceso al crédito a sectores tradicionalmente excluidos del mismo, tal y como acontece con las mipymes, que a su vez constituyen un gran porcentaje del tejido empresarial y social nacional y es en razón de ellas que puede darse una óptica democrática a las garantías mobiliarias (ello desde la perspectiva de la cartera comercial, consumo y microcrédito.) Lo anterior es pertinente en el nuevo marco normativo de las garantías mobiliarias, en el cual se trata al contrato de garantía, no como accesorio sino como principal y por ende, se da un mayor nivel de efectividad al mismo respecto del acreedor prendario.

Un autor que aborda el concepto utilitarista de la garantía mobiliaria, incluyendo la marcaría, es (Veneziano, 2001) quien asume una disertación asociada a la peligrosidad de concebir a la garantía en un sentido tan amplio que, prive a los bienes dados en garantía o sus bienes derivados, de la posibilidad de ser fuente de otras operaciones de apalancamiento o como posición de ventaja frente a concursos de acreedores (donde tendría ventaja inherente el garantizado inicial,) este autor evoca los principios de la “floating charge” y el “new value” del derecho inglés en el marco de las insolvencias y plantea como resolución la monetización de las garantías para fines de alinderación de las mismas y garantizar su eficiencia (referenciación a los Principles of Corporate Insolvency Law de 2005.)

En lo que respecta a la reducción de costos de agencia en materia de estructuración de crédito y a la eficiencia de las operaciones crediticias en el marco de las garantías mobiliarias, se constituye en referente el trabajo de (Posner, 1987) quien al abordar el tema de los “monitoring costs,” concluye que, es de absoluta relevancia la reducción de costos de agencia de los regímenes de garantías pero desde una reflexión sobre los costos de control sobre el patrimonio del deudor en cuanto volatilidad del bien dado en garantía se trata (ello como teoría de los riesgos injustificados de cara a apartes patrimoniales que trascienden al bien garantizado ej. La garantía sobre acciones y su realidad en el mercado de bolsa – al efecto se hace mención del artículo 9 del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos de América.)

Otro referente importante en este punto de trabajo es la obra de (Bonilla, 2014) quien en el texto *“El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013”* aborda la conceptualización de la garantía como una entidad en constante avance hacia una autonomía cada vez más plausible, ello superando la tradicional tipificación de accesoriedad y aprovechando el marco legal contextual y sistémico de la ley expedida en el año 2013, al efecto, se teoriza sobre la relevancia de la garantía y sus impactos de mercado, evidenciándose la necesidad de una dinámica más contundente sobre la institución de la garantía por si misma considerada, ello procurando un deslinde del contrato subyacente.

## **Planteamiento del problema**

En el contexto de los mercados contemporáneos y atendiendo a las formas del andamiaje empresarial del siglo XXI, confluyen dos situaciones de especial relevancia en materia del derecho comercial en un sentido tan amplio que debe denominarse empresarial, por una parte la preeminencia y especial valoración de los intangibles como activos estratégicos y como soporte de la operación empresarial y por la otra, la necesidad de contar con herramientas de acceso al crédito y a mecanismos de fondeo, los cuales permitan oxigenar los flujos de recursos empresariales y garanticen condiciones propicias de inversión en el marco de una adecuada gestión de los riesgos derivados, ello en la noción de fomento en el acceso al crédito (Correa, 2011.)

En este orden de ideas, e ingresando a los presupuestos propios de la segunda variante expuesta (condiciones de financiamiento,) se llega al escenario del régimen de garantías, entendido este como el camino idóneo de acceso al crédito o el desarrollo del derecho a la deuda. En este contexto de garantías y teniendo de presente la necesidad de ampliar las mismas a la contemporaneidad anteriormente referida (donde tienen preponderancia los intangibles,) es procedente considerar sin mayores dilaciones, la interacción y la usabilidad de los mismos (los intangibles) como garantía, la cual por su ausencia de corporeidad debe considerarse como mobiliaria (en especial en lo concerniente a los derechos patrimoniales derivados.)

La consideración de la existencia de los intangibles como garantías de procesos de fondeo y de generación de liquidez, debe de suyo considerar especiales condiciones asociadas a bienes

lejanos a las tradicionales formas de garantía inmobiliaria, y en el mejor de los casos prendaria (Bonilla, 2014;) al efecto, la aparición de la ley de garantías mobiliarias en el mercado colombiano, desde su exposición de motivos y en su teoría, debe entenderse como una herramienta de democratización empresarial, la cual desde la óptica del derecho a la deuda, puede dar pie a la promoción e impulso de sectores sensibles a las pérdidas de liquidez como es el caso de las mipymes (a título de ejemplo,) quienes muchas veces acuden a endeudamientos exógenos al sector financiero por carecer de garantías aceptables al mismo, ello sin olvidar otras oportunidades de democratización, transparencia y consolidación ética como es el caso del carácter registral de la garantía mobiliaria para efectos de una oponibilidad saludable y procurando una ejecución expedita en caso de incumplimiento, la cual brinde seguridad, estabilidad y tranquilidad al acreedor garantizado (Garro, 2007.)

Lo anteriormente expuesto, tiene claro contraste con mercados financieros en déficit y sin plena cobertura como el colombiano, donde las líneas de crédito tienden a la promoción de la garantía inmobiliaria y donde las carteras más necesarias para el sector microempresarial no generan importantes porcentajes de colocación (solo el 12% de las mipymes tienen acceso al crédito financiero y las 3 líneas principales de colocación a saber, comercial, consumo y micro crédito presentan un panorama complejo para implementación de la norma: el micro crédito corresponde al 3% del portafolio de colocación, solo el 34% del crédito comercial cuenta con garantías calificables como saludables y solo el 13% del crédito de consumo cuenta con las mismas) (Clavijo, 2018.)

## **Formulación del problema**

¿Es la marca comercial eficaz como garantía mobiliaria en el entorno del marco normativo colombiano?

## **Justificación**

El presente trabajo encuentra cimiento y asidero, tanto de pertinencia como de procedencia en la necesidad de acompasar el pensamiento jurídico del derecho privado respecto del acceso al crédito (y sus interacciones con otras especialidades del derecho,) con la realidad del mercado colombiano (tradicionalmente constituido con compañías de dimensionalidad entre micro, pequeña y media empresa - MIPYME,) este mercado hoy por hoy, demanda una democratización, una flexibilización, y un mayor margen de acceso al crédito, no solo para garantizar las condiciones de supervivencia empresarial, sino para apalancar los planes y estrategias de expansión, mejora o desarrollo, todos ellos necesarios y más que protagónicos en la construcción de un tejido social justo, lo que en últimas redundará en la procura de la materialización de los fines del estado.

Así las cosas y atendiendo al hecho que tanto el mercado colombiano, como el mundial, tienden a la brecha de la digitalización y al movimiento de flujos de riquezas en el entorno digital o cuanto menos masivo (en un escenario de clara transnacionalidad,) es pertinente traer a colación el papel y relevancia de los bienes intangibles y los derechos a este asociados, tal y como es el caso de los derechos de autor, las nuevas creaciones, y más específicamente los signos distintivos, siendo el principal de ellos la marca.



Estos intangibles y los derechos que le son inherentes, conforme las reglas legales y contables aplicables (por lo general las NIIF) y atendiendo en cada caso a su naturaleza y especialidad, pueden ser materia de garantía en el propósito del acceso al crédito referido en la antecedencia, ello, claro está, en condiciones de seguridad, oponibilidad, disponibilidad eficiente de transaccionalidad y con un margen adecuado de ejecución en caso de incumplimiento, lo cual genere confianza, margen de acción y una toma de decisión informada por parte del acreedor garantizado, quien debe ser ajeno a la intempestiva aparición de otros acreedores y a la voluntad o arbitrio del deudor respecto de garantizar la rentabilidad de la operación de fondeo o crédito, ello sin dejar de lado el evitar al garante o deudor el acudir a instrumentos ilegales de crédito, peligrosos por su misma naturaleza, ilegales por su estructuración y ruinosos por su componente financiero (ej. créditos gota a gota o paga diarios.)

Ahora bien, en punto de discusión de la marca, es relevante y procedente el presente trabajo en tanto la misma, de suyo y por antonomasia, es el intangible más importante para identificar al producto o servicio, así como su conexión con el origen empresarial (no solo alude al empresario, sino a la comunidad y conciencia de fidelidad que este desarrolla,) razón por la cual y en una gran mayoría de los casos, es un activo cierto del garante (deudor,) y se asocia a la efectividad y capacidad del mismo en el respectivo mercado. En razón de ello, no es ajeno a la realidad avizorar que la marca es un intangible cada día más protagónico en el que hacer empresarial, fuertemente enlazado con la contundencia o no del empresario en su posicionamiento de mercado y con un claro componente de valoración financiera y patrimonial que le hace idónea para servir como garantía mobiliaria, al menos en el sentido primario o en una primera mirada, ya que será del resorte de este esfuerzo académico ahondar en segundos

escenarios tales como la funcionalidad de la marca de cara a las acciones del acreedor garantizado en casos de incumplimiento.

Para dar significado a la anterior premisa, para validar la pertinencia del papel de la marca en el escenario del mercado colombiano y por substracción de materia, validar su impacto al interior del derecho de mercado (triada derecho marcario, de la competencia y de consumo,) se acude al balance desarrollado por la Superintendencia de Industria y Comercio (pudiéndose denominar como la SIC) en el año 2020 respecto de la propiedad intelectual en el mercado y sus dinámicas en los escenarios de este (SIC, 2020,) al efecto y consultado el correspondiente documento se puede resaltar lo siguiente:

1. Conforme el documento denominado “Intellectual Property as an Economic Asset” y que fuese expedido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la propiedad intelectual es la llamada a generar valor de mercado a una compañía, ello incluyendo su componente marcario.
2. La fidelidad de marca (la decisión de pagar un precio por un bien o servicio) en la gran mayoría de las veces depende de la calidad de los productos y de los servicios del empresario así como sus servicios post venta y aspectos reputacionales a estos asociados, por ende, la marca es impulsor de las mejores prácticas de mercado, de mejora constante de los procesos productivos y de un proceso empresarial altamente competitivo.

3. La protección marcaria eficiente, veraz y bajo escenarios óptimos de publicidad y registrabilidad, compone una parte importante no solo del desarrollo de los mercados nacionales, sino también hace parte primordial del alcance y objeto de los más relevantes tratados de libre comercio del país (ej. adherencia al Tratado de Madrid.)
  
4. Existe una tendencia creciente (más no exponencial) a valorar a la marca comercial como un activo relevante en el andamiaje corporativo y empresarial, y por ende, existe un aumento en los procesos de solicitud y registro marcario ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

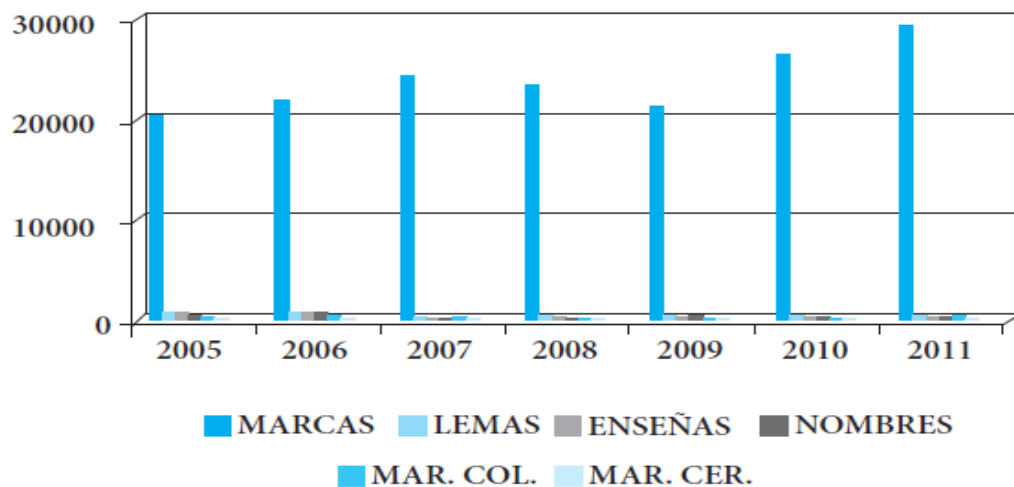
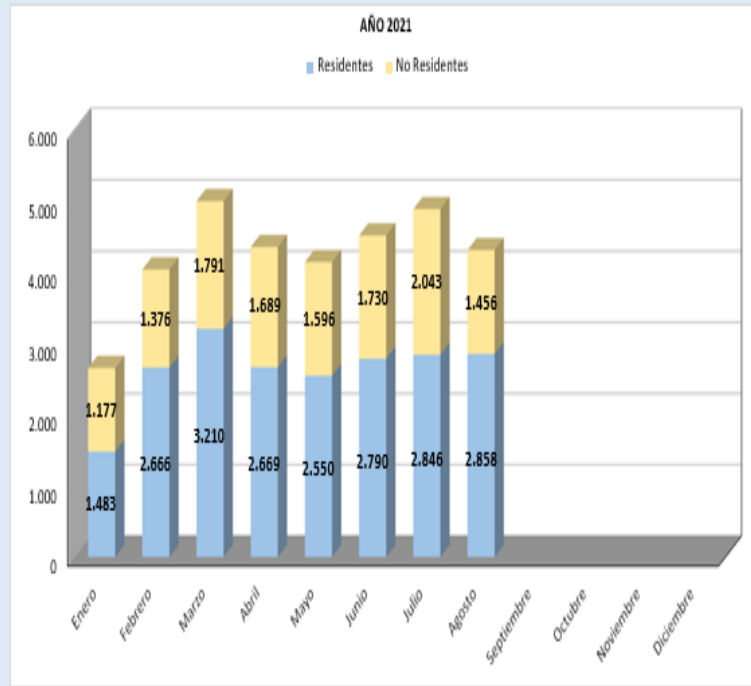


ILUSTRACIÓN 4 SOLICITUDES DE MARCA Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS ENTRE LOS AÑOS 2005 - 2011

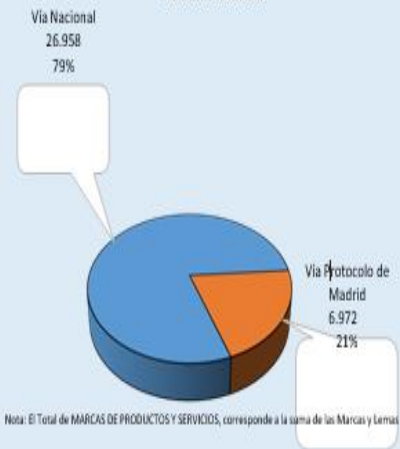
(Tomado de

[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Propiedad\\_Industrial\\_2020.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Propiedad_Industrial_2020.pdf))

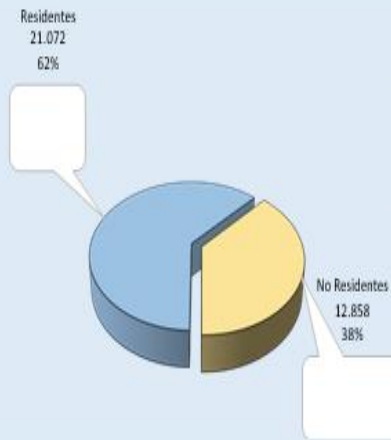
Mes	Por vía de Presentación			Por Residentes y No Residentes		
	Nacional	Protocolo de Madrid	Total	Residentes	No Residentes	Total
Enero	2.045	615	2.660	1.483	1.177	2.660
Febrero	3.297	745	4.042	2.666	1.376	4.042
Marzo	4.040	961	5.001	3.210	1.791	5.001
Abril	3.403	955	4.358	2.669	1.689	4.358
Mayo	3.341	805	4.146	2.550	1.596	4.146
Junio	3.622	898	4.520	2.790	1.730	4.520
Julio	3.627	1.262	4.889	2.846	2.043	4.889
Agosto	3.583	731	4.314	2.858	1.456	4.314
Septiembre						
Octubre						
Noviembre						
Diciembre						
<b>Total</b>	<b>26.958</b>	<b>6.972</b>	<b>33.930</b>	<b>21.072</b>	<b>12.858</b>	<b>33.930</b>



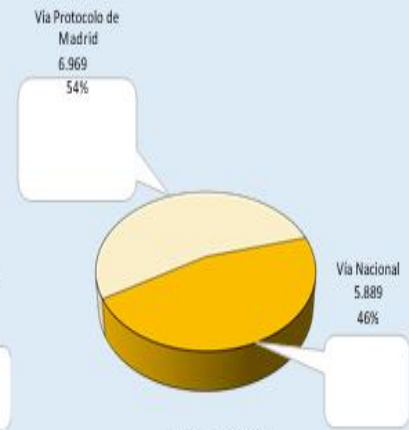
SOLICITUDES DE MARCAS POR VÍA DE PRESENTACIÓN



SOLICITUDES DE MARCAS POR RESIDENTES Y NO RESIDENTES



SOLICITUDES DE MARCAS DE NO RESIDENTES POR VÍA DE PRESENTACIÓN



Fuente: [www.spi.gub.uy](http://www.spi.gub.uy), datos SPI  
Última actualización: 2021-09-09  
Los datos pueden variar al cerrar el año 2021

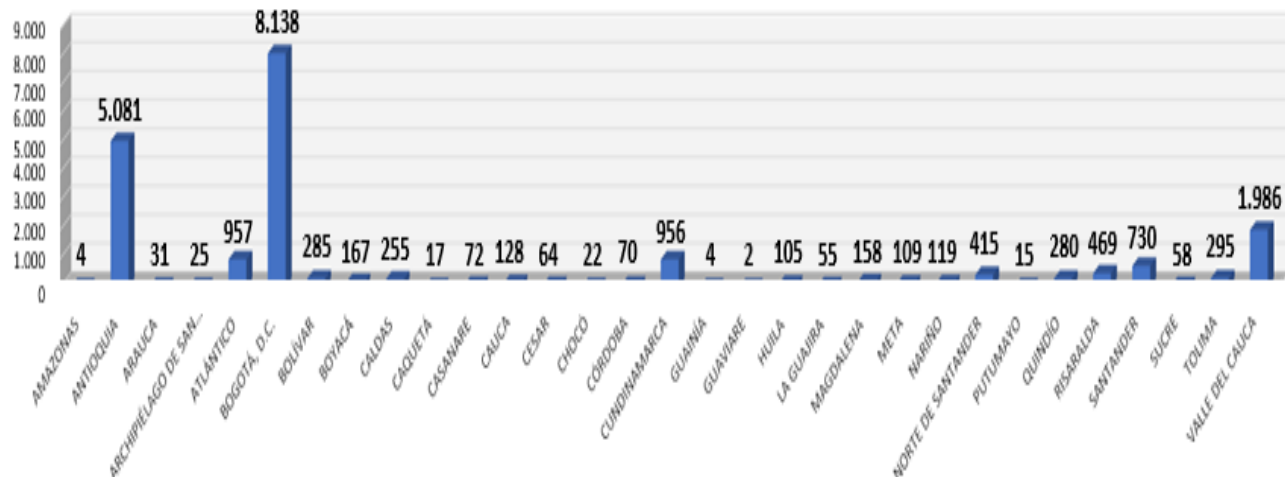


ILUSTRACIÓN 5 RECUENTO DE CLASES CONTENIDAS EN LAS SOLICITUDES DE MARCAS DE PRODUCTOS Y SERVICIOS POR MES, AÑO 2021

(Tomado de <https://www.sic.gov.co/estadisticas-propiedad-industrial>)

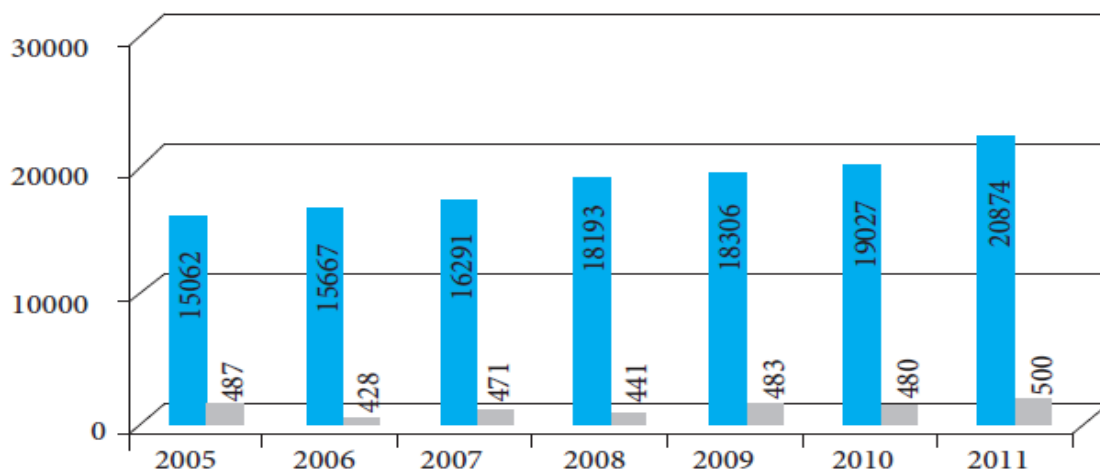


ILUSTRACIÓN 6 CONCESIONES DE MARCA Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS ENTRE LOS AÑOS 2005 - 2011

(Tomado de

[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra Entidad/Publicaciones/Propiedad Industrial 2020 .pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Propiedad_Industrial_2020.pdf))

5. Existe un notorio retraso en los procesos de registro marcario (y de otros intangibles propios de la propiedad industrial,) pero existe un movimiento y una tendencia a la generación de procesos de registro al interior del empresariado colombiano.

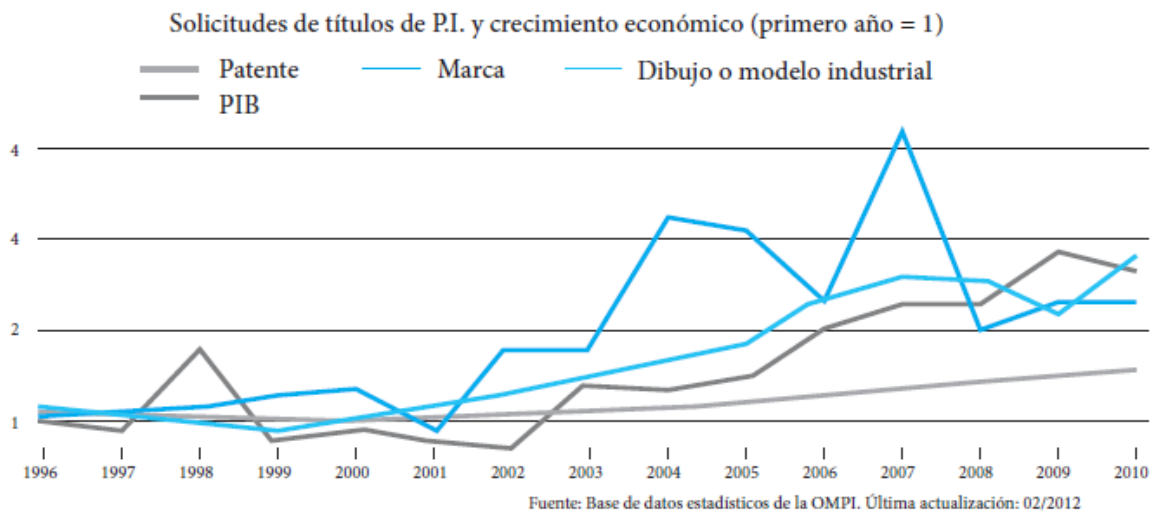


ILUSTRACIÓN 7 TENDENCIA DE REGISTRABILIDAD DE LOS AÑOS 1996 – 2010

(Tomado de

[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Propiedad\\_Industrial\\_2020.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Propiedad_Industrial_2020.pdf))

Mes	Marcas de Productos y Servicios		Otros Signos Distintivos				Total
	Marcas	Lemas Comerciales	Nombres Comerciales	Enseñas Comerciales	Marcas Colectivas	Marcas de Certificación	
Enero	2.628	32	11	5		1	2.677
Febrero	3.993	49	34	18	3	1	4.098
Marzo	4.928	73	27	17		9	5.054
Abril	4.305	53	24	16		9	4.407
Mayo	4.106	40	18	19			4.183
Junio	4.431	89	47	9	3	1	4.580
Julio	4.839	50	25	23		3	4.940
Agosto	4.237	77	35	23			4.372
Septiembre							0
Octubre							0
Noviembre							0
Diciembre							0
<b>Total</b>	<b>33.467</b>	<b>463</b>	<b>221</b>	<b>130</b>	<b>6</b>	<b>24</b>	<b>34.311</b>

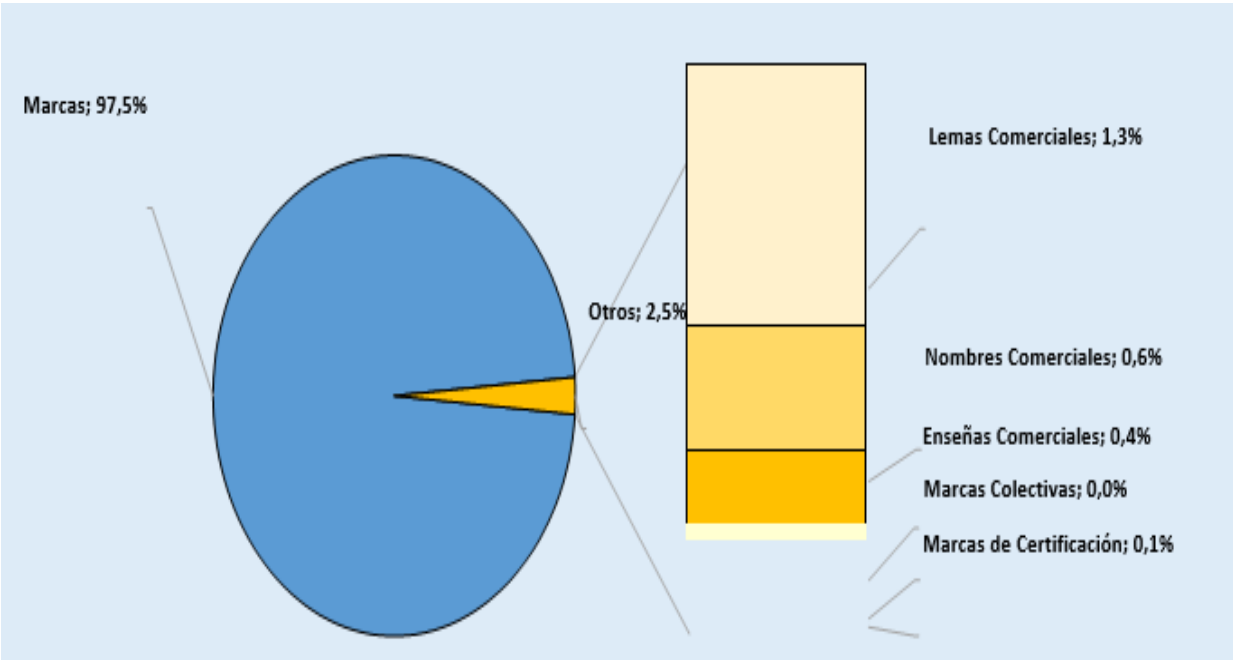


ILUSTRACIÓN 8 RECUENTO DE CLASES CONTENIDAS EN LAS SOLICITUDES DE SIGNOS DISTINTIVOS POR MES, AÑO 2021  
(Tomado de <https://www.sic.gov.co/estadisticas-propiedad-industrial>)

## **Objetivos**

### **Objetivo general**

Considerar la eficacia o no de la marca comercial como garantía mobiliaria en el marco del derecho colombiano.

### **Objetivos específicos**

1. Conceptualizar la noción de marca desde la perspectiva jurídica y con ayuda de ciencias auxiliares, ello desde la perspectiva del derecho colombiano.
2. Conceptualizar la noción de garantía mobiliaria desde su perspectiva jurídica, ello desde la perspectiva del derecho colombiano.
3. Validar la funcionabilidad del desarrollo de acciones de fondeo y crédito dando como garantía derechos marcarios.
4. Conceptualizar la ejecutabilidad de los derechos marcarios desde la institucionalidad de las garantías mobiliarias y atendiendo a la noción de la marca como referente del origen empresarial (producto – empresario.)



## Marco referencial

### Referentes normativos

Para los fines del presente trabajo, y teniendo de presente que el enfoque del mismo corresponde al punto de intersección entre el derecho marcario y el derecho de las garantías mobiliarias, es procedente hacer referencia de los principales hitos normativos de uno y otro marco regulatorio, ello para poder sentar las bases de las disertaciones subsiguientes y poder darle consistencia a la resolución del problema formulado.



ILUSTRACIÓN 9 ESQUEMA NORMATIVO MARCARIO Y DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

(Elaboración propia)

**a. Referentes asociados al derecho marcario.**

En lo que concierne a marcas comerciales y atendiendo al hecho de la pertenencia del estado colombiano a la Comunidad Andina de Naciones, es procedente indicar que el referente primario a manejarse es la Decisión 486 de 2000, la cual consagra el Régimen Común de Propiedad Industrial de esta iniciativa regional, al efecto y atendiendo a las previsiones normativas consagradas en la precitada norma comunitaria, es procedente indicar que se entiende como marca cualquier signo (palabras, imágenes, sonidos, olores, figuras tridimensionales o la combinación de las anteriores alternativas) que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado (artículo 134 – A.)

En lo que concierne a la sustancialidad y finalidad de la marca, los artículos 154 y 155 de la norma comunitaria, disponen y consagran un derecho exclusivo a favor de su titular, ello bajo criterios de temporalidad (artículo 152) y una finalidad monopolística amparada por el “*ius excludendi alios*”, y es bajo el amparo del mismo que nuevamente se refleja una tensión y una colaboración entre el derecho marcario y el derecho de la competencia, lo que nuevamente redundando en la percepción de consustancialidad y adherencia de la marca al empresario, lo cual puede hacer nugatoria como garantía mobiliaria a la propiedad marcaria, ya que aun en escenarios de ejecución, no existe con rotunda claridad una funcionalidad de la detentación de la marca cuando no se es el empresario que genero el posicionamiento de la misma (basta citar a título de ejemplo y al respecto de la adherencia de la marca al producto y al empresario, las consagraciones del artículo 157 de la Decisión 486 de 2000, este dispone el uso marcario como anclaje o refuerzo publicitario, al efecto la norma dispone: “*Artículo 157.- Los terceros podrán,*

*sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado su propio nombre, domicilio o seudónimo, un nombre geográfico o cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.”*

Ahora bien, como preámbulo al ítem asociado a las garantías mobiliarias, existe una consagración de disponibilidad del derecho de marca en los términos del artículo 161 (concordante con el artículo 163) de la decisión 486 de 2000, el mismo, de manera clara refiere a la posibilidad de transferencia de la titularidad marcaria (y por ende, la posibilidad de su transferencia en virtud de ejecución de garantía mobiliaria) y que la misma es existente cuando se surte el debido registro ante la oficina de marcas correspondiente, para el caso de Colombia, ante la Superintendencia de Industria y Comercio (ello sin confundirse esta transferibilidad con el licenciamiento previsto en el artículo 162 de la norma comunitaria ya identificada.)

En este punto de disertación y bajo los criterios de la concepción de la marca previstos en la norma comunitaria precitada, es procedente entonces indicar que, sin lugar a dudas, la identidad de marca, la lealtad a la misma, y la conciencia que ella genera, se hace unidad con el origen empresarial, con los servicios asociados (ejemplo servicios post venta o de comunidad o tribu) y con toda la noción empresarial en el sentido “*lato*,” por ende, si bien existe una forma de ejecución de la garantía mobiliaria cuando esta es marcaria, queda formulado el interrogante o la

reflexión asociado a la utilidad de la marca frente a un tercero ajeno al empresario (tal y como es el acreedor garantizado) y que eventualmente este último, está más interesado en que su crédito sea honrado que en asumir la actividad empresarial del titular marcarlo.

#### **b. Referentes del derecho de garantías mobiliarias.**

En punto de derecho de garantías mobiliarias, encontramos como primer y más relevante referente, a la ley 1676 de 2013, la cual no tiene como propósito reglamentar los instrumentos de garantía, sino facilitar el acceso al crédito por medio de instrumentos de garantía simples, válidamente oponibles y ejecutables, esto conforme las necesidades del mercado colombiano y sus por demás conocidas carencias (artículo 1 de la ley 1676 de 2013,) quiere decir lo anterior que, el legislador colombiano dimensiona a la garantía, no como un fin en sí mismo considerado, sino como un medio de fortalecimiento en los procesos de fondeo y apalancamiento empresarial tan necesarios en la economía nacional y sobre dicha base genera un constructo normativo donde lo que se procura en últimas, es la satisfacción de los intereses del acreedor y del deudor, generar seguridad al primero de ellos y liberar de figuras de crédito irregulares al segundo.

Los artículos 2 y 3 de la precitada disposición legal, en desarrollo del espíritu de la ley formulado por el legislador, establecen un amplio margen de concepción y definición de los bienes objeto de garantía mobiliaria incluyendo los intangibles (artículo 2) como pudieran ser las marcas comerciales, siempre y cuando los mismos puedan ser tasados patrimonialmente bien sea al momento de la generación del contrato de garantía o con posterioridad a este (artículo 3;) estas disposiciones son plenamente concordantes con las del numeral 2 del artículo 6 de la norma

legal, la cual expresamente atribuye como bien susceptible de ser garantía mobiliarias a los “derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual,” lo que da cabida al esfuerzo del presente trabajo académico, y legitima la pertinencia del mismo frente a un entorno de mercado históricamente debilitado por las complejidades de los procesos de crédito y micro crédito.

Previo a continuar con este esfuerzo de referenciación, y en aras de la claridad conceptual, es procedente indicar que la ley 1676 de 2013 en su artículo 8 procede a la definición de los derechos de propiedad intelectual (entre ellos los marcarios) de la siguiente manera: “*Derechos de propiedad intelectual: Son los regulados por la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, relativos a patentes de invención y modelos de utilidad, esquemas de trazado de circuitos integrados, diseños industriales, secretos empresariales, marcas, lemas, nombres comerciales, y los regulados por la Ley 23 de 1982, los cuales recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como los libros, folletos y otros escritos, las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas o las cuales se asimilan a las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico,*

*literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer; las garantías mobiliarias sobre los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual, incluyen las licencias y sublicencias otorgadas sobre los mismos.”*

En lo que concierne a los referentes de oponibilidad y a los aspectos registrales de la garantía en materia de marcas, la norma consagra la doble oponibilidad ya advertida en la referenciación bibliográfica antecedente, por un lado, existe el registro al interior del Registro de Garantías Mobiliarias, el cual es administrado por Confecamaras, y por el otro, el registro de la garantía en los respectivos depósitos marcarios administrados por la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad encargada de generar los registros marcarios en el estado colombiano, siendo estos constitutivos de derechos y obligaciones, ello sin dejar de advertir su alcance regional al tenor de las disposiciones de la Comunicad Andina de Naciones (artículos 10 y 11 de la ley 1676 de 2013,) para fines ilustrativos se hace la transcripción del párrafo del artículo 11 ya enunciado en la antecedencia: *“**PARÁGRAFO.** Tratándose de la constitución de una garantía sobre un derecho de propiedad industrial, deberá estar plenamente determinado el derecho objeto de la garantía por el número de registro correspondiente. La solicitud de inscripción de la garantía sobre un bien de propiedad industrial que puede presentarse ante la Superintendencia de Industria y Comercio debe incluir además la identificación de las partes y las obligaciones garantizadas. La Superintendencia por medio electrónico e inmediatamente, informará al Registro para su anotación. Si el interesado, titular de la marca o acreedor garantizado, realiza primero la inscripción de la garantía en el Registro, el administrador del*

*mismo enviará copia inmediatamente por medios electrónicos de la citada inscripción para que conste en el registro de la propiedad industrial.”*

Ahora bien, los artículos 35 y 36 de la precitada norma legal, entran al abordaje de este registro y sus efectos de oponibilidad, teniendo en alta consideración la necesidad de generar condiciones de publicidad optimas, las cuales a su vez promuevan confianza en el entorno crediticio en el cual el empresario, la mayoría de la veces carece de la oportunidad de acceder al crédito por parte del fondeador si su garantía no es de las tradicionalmente conocidas, a este respecto véase la siguiente consagración normativa: “**ARTÍCULO 36. Oponibilidad de la garantía sobre derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual.** Podrá constituirse una garantía mobiliaria sobre derechos patrimoniales derivados de propiedad intelectual.

*Cuando los mismos estén sujetos a inscripción en un registro especial, la garantía mobiliaria que se constituya se inscribirá en el registro especial correspondiente. El registrador del registro especial comunicará al Registro de Garantías Mobiliarias de las inscripciones en el registro especial. Los detalles de esta comunicación entre los registros estarán regulados en el reglamento que expida el Gobierno Nacional.*

*Cuando los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual que se den en garantía no estén sujetos a inscripción en un registro especial, la garantía se inscribirá en el registro para que surta efectos frente a terceros y para establecer su prelación.”* Adicionalmente a lo expuesto en esta disposición, es procedente indicar que el registro especial (Superintendencia de

Industria y Comercio,) el cual se articula con el doble registro ya referido (Superintendencia de Industria y Comercio más Registro de Garantías Mobiliarias,) genera un estado de prevalencia de la garantía oponible y registrada sobre cualquiera otra que carezca de dicha condición, lo que de suyo lleva a considerar que el éxito de las garantías mobiliarias, principalmente reposa en el estado de publicidad de las mismas y la certeza del acreedor garantizado sobre el patrimonio del garante (inclusive, esta protección o estatus de confianza de las garantías públicas sobre las que no lo son y la existencia registros especiales, genera reglas de juego en materia de legislación aplicable frente a la concurrencia de ordenamientos estatales, dándole lugar preponderante a la norma del estado que regula el registro especial, véase el artículo 83 de la ley 1676 de 2013.)

En concordancia con la indicación previa de que la marca es inherente y casi que consustancial al ADN empresarial, que trasciende a la mera identificación del producto o servicio y que genera un sentido de lealtad con el bien o servicio así como con el empresario y la comunidad que este genera, es necesario indicar que el artículo 18 de la ley 1676 de 2013, establece como obligaciones del garante, el darle debido y buen uso al bien dado en garantía (prácticamente, continuar generando un esquema de negocio éticamente responsable, eficiente y ordenado conforme la normatividad general y específica que le fuese aplicable.)

Ya en materia de ejecución de la garantía mobiliaria, la cual es procedente en eventos de incumplimiento del garante y que es de especial importancia y relevancia para el acreedor garantizado, así como para el presente trabajo respecto de la utilidad de dicha ejecución en materia de marcas comerciales, es procedente indicar que la ley 1676 de 2013 procuró generar varios escenarios de ejecución, los cuales pudieran llevar a una rápida satisfacción del crédito y



generar confianza en el otorgamiento del mismo, reduciendo con ello en la mayor medida de lo posible, el alea o la incertidumbre que genera encarecimiento en estos procesos de fondeo (véase el artículo 58 de la ley 1676 de 2013.) Así las cosas y en una primera instancia, se valida la existencia del pago directo (artículo 60 de la ley 1676 de 2013), posteriormente se encuentra la figura de la adjudicación y la realización especial de la garantía (requiriéndose al deudor para tal efecto) al tenor del artículo 61 de la norma precitada, ello junto con la ejecución especial de la garantía y sus remisiones normativas al Código General del Proceso, las cuales para los fines de este esfuerzo académico, no merecen mayor mención por su naturaleza adjetiva y homogénea frente a cualquier garantía mobiliaria.

En desarrollo de los postulados, previsiones y consideraciones de la ley 1676 de 2013, el ejecutivo colombiano dispuso la expedición del decreto 1835 del 16 de septiembre de 2015 a efectos de considerar algunas previsiones especiales en materia de la operabilidad de las garantías mobiliarias, por una parte, regula y ratifica la existencia del registro especial de propiedad industrial (artículo 2.2.2.4.1.2 concordante con las previsiones de adjudicación por pago directo consagradas en el artículo 2.2.2.4.2.3) como registro constitutivo de los derechos de garantía mobiliaria y recuerda que está a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, ya por otra parte regula la interoperabilidad del Registro Especial de la Superintendencia de Industria y Comercio con el de Confecamaras (artículo 2.2.2.4.1.34)

Ya en otros de sus apartes, la precitada norma reglamentaria contempla respecto de la ejecución de bienes materia de propiedad industrial, la necesidad del registro en el Registro de Garantías Mobiliarias y en el Registro Especial de la Superintendencia de Industria y Comercio, ello

indicando que dicha anotación es traslaticia de los derechos sobre la marca (efectos constitutivos conforme artículo 2.2.2.4.2.24 y con facultad nugatoria por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio conforme el artículo 2.2.2.4.2.25, prerrogativa esta que por sí misma puede restarle eficacia a las marcas comerciales como garantías mobiliarias, ya que reposa en la discrecionalidad de la autoridad administrativa darle materialidad o no a la garantía establecida como accesoria a un contrato de crédito.)

## **Referentes conceptuales**

### **a. Referentes asociados al derecho marcario.**

La producción intelectual en el ámbito empresarial, la generación de valor corporativo en razón de intangibles y el desarrollo de tecnologías de la información que soportan mercados cada vez más inmateriales (o con un alto volumen transaccional digital,) es el escenario del actual devenir comercial, donde la información, su gestión y su percepción económica, pasan a ser fuentes generadoras de riqueza y por susstracción de materia, objeto de especial protección y regulación, tanto desde el ordenamiento jurídico como desde la operación de los aparatos estatales y los instrumentos internacionales.

En este escenario, la propiedad intelectual en el más “*lato*” de los sentidos (derechos de autor y propiedad industrial) juega un papel protagónico, no solo como instancia de desarrollo y posicionamiento empresarial, sino como factor estratégico desde lo económico y financiero, constituyéndose por sí misma en un activo avaluable patrimonialmente y con vocación de generar otros activos con igual contenido patrimonial, para simples efectos ilustrativos véanse ejemplos como los asociados a la generación de software de inteligencia artificial, los cuales por sí mismos pueden sostener operaciones empresariales, o inclusive, generar nuevos activos sin intervención humana bajo los presupuestos del machine learning.

Este conglomerado de derechos e intangibles asociados a la propiedad intelectual, conforman un sistema de alto calado en cuando su importancia estratégica en los ámbitos de lo público y de lo

privado y son de especial consideración en las economías del siglo XXI, tanto así que son hoy por hoy los actores protagónicos de los más grandes, cuantiosos y relevantes acuerdos comerciales e incluso litigios de alcance internacional (recuérdese por ejemplo la guerra de aranceles del año 2018 entre los Estados Unidos y la República Popular de China, derivada de la afirmación del gobierno norteamericano de actos de espionaje y deslealtad por parte del país asiático en materia de propiedad intelectual de compañías estadounidenses) (Emily, 2018.)

Ya al interior de tan basta y abundante universalidad de derechos y activos inmateriales, hace presencia uno en particular, el cual da razón de ser al presente trabajo y que, por su singular connotación, es de absoluta trascendencia e importancia en el tráfico mercantil, este activo es la marca comercial, entendida como el intangible que identifica al producto o servicio ofertado por el empresario, pero que como se ha visto en líneas antecedentes, hoy en día es de vital importancia para conectar este bien o servicio con el empresario como tal, así como con su reputación, capacidad instalada para atención al cliente y su cuota de mercado, ello sin dejar de lado que a diferencia de otros activos como las patentes o los diseños industriales por solo citar un ejemplo, la marca es inherente a casi cualquier forma empresarial, y por ende, su participación en el tráfico mercantil no solo es altísimamente voluminosa, sino también es de muy muy alta trascendencia, ya que de su éxito se colige y depende la supervivencia de las propuesta de negocio (es decir, en la marca reposa la competitividad empresarial en un alto porcentaje.)

La protección estatal e internacional a la marca, la naturaleza registral para la constitución de los derechos de ella derivada, y la forzosa incidencia de los aspectos marcarios en los mercados (sin

importar su escala) permiten la convalidación patrimonial de la misma y por ende, la catalogación como activo dentro del haber patrimonial, de ello la mención y tratamiento como sujeto de transacción mercantil (las más de las veces con valores casi análogos sino que superiores a los activos materiales o tangibles, especialmente en el escenario de empresas de tecnología y de crecimiento exponencial con base tecnológica ej. Uber, Amazon, Netflix entre otras.)

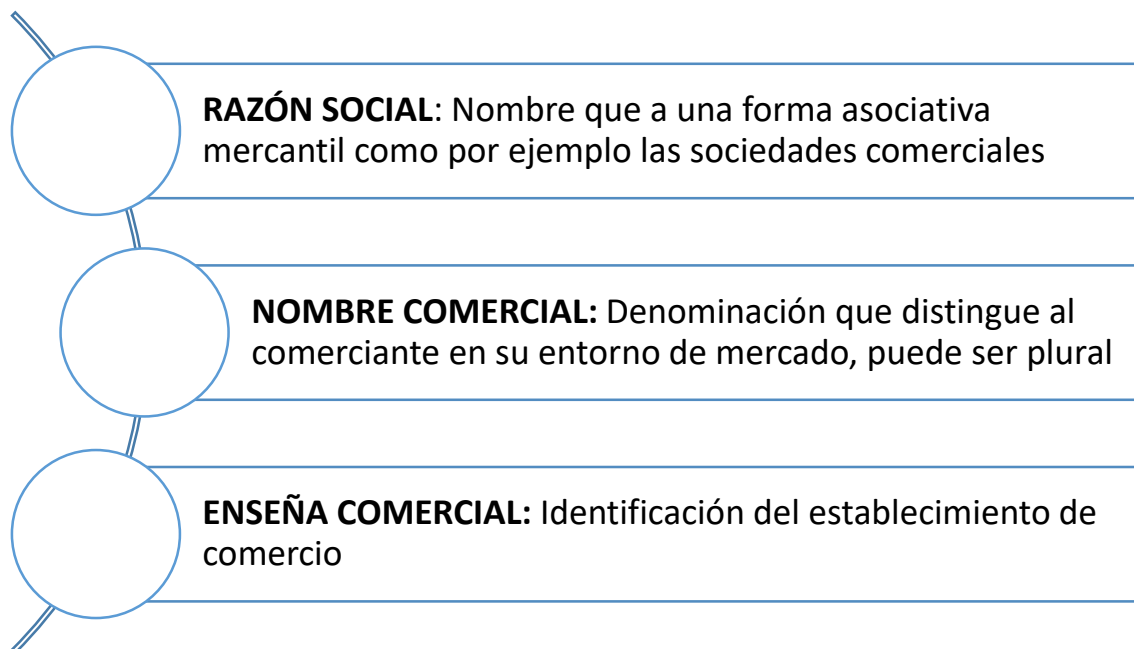


ILUSTRACIÓN 10 ELEMENTOS DISTINTIVOS SIMILARES A LA MARCA Y CONFUNDIBLES CON LA MISMA  
(Elaboración propia)

En este orden de ideas y evidenciando que la marca junto con otros signos distintivos hace parte del andamiaje comercial del empresario (en el más amplio de los conceptos entendido,) es procedente indicar que se ha diversificado, ampliado y adaptado a las realidades del mercado contemporáneo (como todos los instrumentos del derecho comercial) y por ende, es posible indicar que ha trascendido la sensorialidad visual bidimensional para llegar a otros escenarios donde la multi sensorialidad y la afectación psíquica de la misma, se convierten en potentes

herramientas de captación de mercado, posicionamiento al interior de los mismos, y captura de clientela, la cual conforme el uso de plataformas tecnológicas (como las redes sociales, aplicaciones móviles y otras) accede con mayor afluencia, rapidez y en mayor margen de inversión, a un mercado en el cual la publicidad e identificación del producto es crítica y siempre en constante revisión (baste ver el efecto de los “*trend*” o tendencias en redes sociales, donde el posicionamiento o no de un artista musical, más que por la gestión de su estrategia comercial, puede ser exitosa o no por su usabilidad en retos o publicaciones en redes sociales, tal y como acontece con la red social Tik Tok.)

Hecha la anterior claridad, es procedente hablar de manera referencial, pero de forma intencional en la diversificación de la marca en cuanto su forma, ya que esta multivariada de formas y canales de percepción, han ahondado los escenarios de la distintividad y llevan a una compenetración del cliente con el producto (y el empresario atrás de este) difícil de entender con cualquier otro signo distintivo o con cualquier otro elemento de la propiedad intelectual, al efecto puede hablarse de la siguiente clasificación:

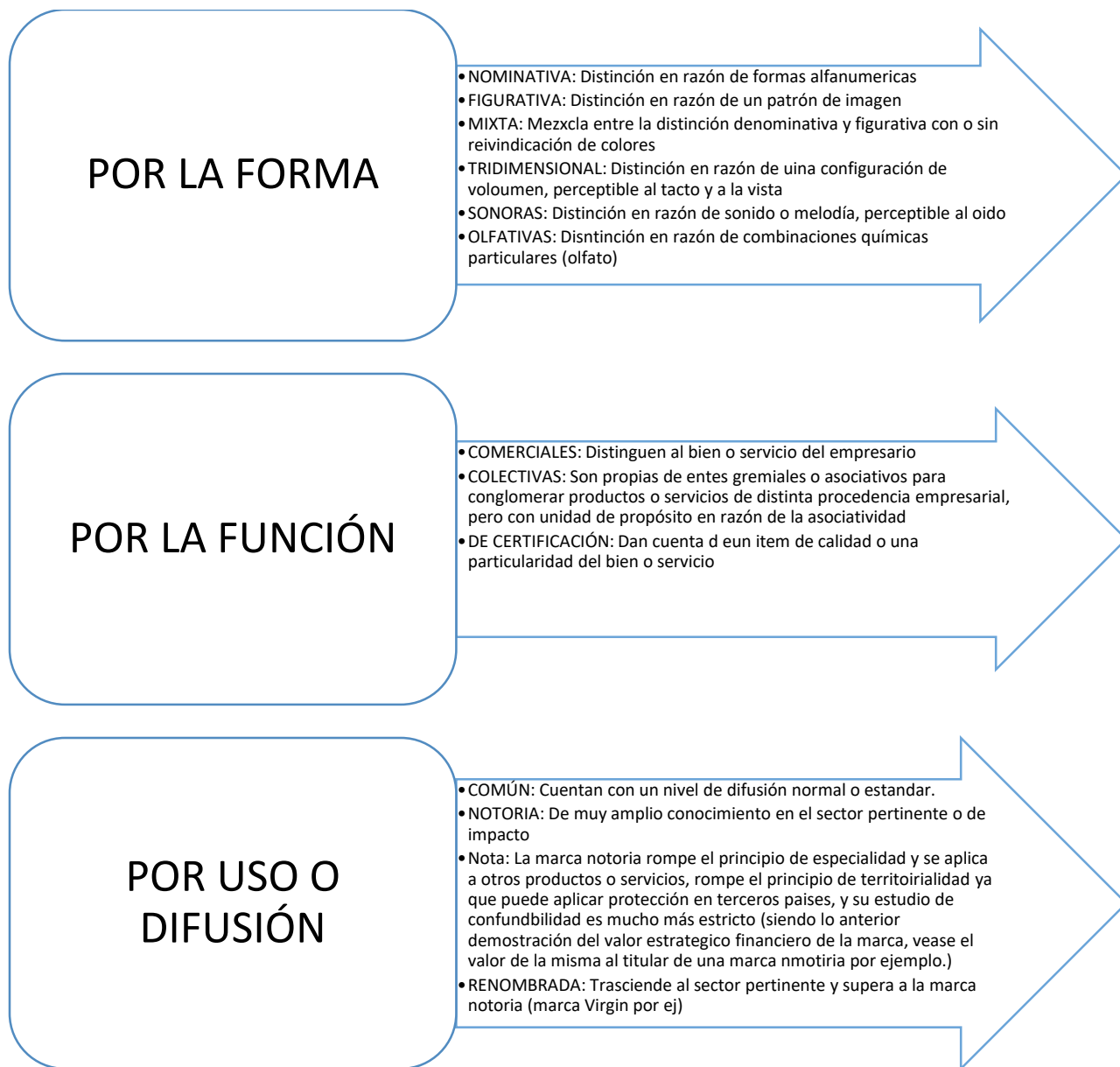


ILUSTRACIÓN 11 CLASIFICACIÓN DE LAS MARCAS  
(Elaboración propia)

Todo lo anteriormente expuesto permite colegir para los fines académicos de este documento que, la marca reposa sobre un eje gravitacional de distintividad, la cual no solo se coliga al producto o servicio ofrecido, sino también a la compañía que produce o presta el mismo (referenciación al origen empresarial,) lo que genera un grado de adherencia e inescindibilidad entre la marca y el empresario que difícilmente hace efectiva a la marca como prenda de

acreedores en instancias de ejecución de la misma, para fines demostrativos puede advertirse que la entidad de control, inspección y vigilancia marcaria (Superintendencia de Industria y Comercio) la define como aquella que refleja los valores funcionales, expresivos y centrales de la empresa y su visión, siendo absolutamente distintiva e identificable por parte del consumidor (Superintendencia de Industria y Comercio, 2008). De allí que se vea la importancia de la marca como un activo empresarial, si bien susceptible de valor financiero, con un mayor valor en cuento al desarrollo y know how del empresario (y sin dejar de lado su carácter complementario y en tensión permanente con el derecho de la competencia en lo que a prevención de riesgos de confusión del consumidor refiere.).

Para ahondar con lo expuesto en este punto y validar la adherencia de la marca más allá del producto o servicio, así como la generación de una unidad con el empresario, es dable acudir a los derechos asociados al titular marcario, ya que de ellos se puede dilucidar la unión referida y se puede dar un debido sustento para los objetivos de este trabajo. Así las cosas, en lo que respecta al derecho de uso, es claro que el mismo hará parte de la identidad empresarial, su componente misional y estratégico, y sobre este es que se procurará el avance o consolidación de cuotas de mercado así como las estrategias de captación de clientes, cosa que de suyo no solo se obtiene con la calidad o bondad del producto o servicio, sino con todo el andamiaje y cultura empresarial que respaldan al mismo, lo que permite consolidar la noción de *“fidelidad a la marca.”*

Otro derecho del titular marcario que apoya la disertación y la teorización plasmada con anterioridad, es el de licenciamiento de la marca (uso indirecto de la marca), institucionalidad



que muchas veces se usa como un elemento promocional de otros bienes o servicios (bajo figuras de colaboración o complementariedad – ej. el uso de la marca Tostao en las plataformas del grupo Ardila Lule referido en la introducción de este escrito) y haciendo franca alusión a las referencias de origen empresarial advertidas con anterioridad, lo que permite concluir que toda marca se quiera o no, lleva a la noción o consideración del empresario subyacente a la misma (aunque toda su estructura corporativa pueda pasar por desconocida – ej. Existe una fidelidad a la marca Apple en consideración no solo a sus productos tecnológicos sino a la organización Apple (recuérdese el concepto de origen empresarial), la cual la más de las veces no pasa de una mera referencia por parte del consumidor pero que cuenta con fuerza tal que deriva en una lealtad o fidelidad hacia la marca y por resultado lógico en una relación de consumo.)

En lo que hace referencia al derecho prohibitivo y la restricción de cualquier conducta que genere riesgo de confusión, es claro que la marca es de suma importancia en la propia identidad empresarial (más allá de un producto o servicio como tal) y por ello, la identidad del empresario de cara a los entornos del mercado, depende de la eficiencia y funcionalidad de la marca y del poder de exclusión de la misma (*ius excludendi alios*); esta situación de cara al uso de la marca como activo de garantía, permite indicar que la misma es efectiva frente a la posibilidad de pérdida (amenaza antes de incumplimientos del deudor,) pero resta efecto cuando de instancias de ejecución se habla, ello sin dejar de lado que está pérdida de efecto se predica tanto del deudor garante como del acreedor garantizado, ya que por regla general el mismo no tiene vocación de adueñarse de la marca como tampoco de replicar el modelo de negocio y el que hacer empresarial del deudor.

Una confirmación de la importancia de la marca como activo empresarial de alto valor, tanto económico como estratégico, puede verse plasmado en el trabajo de (Matías, 2008) quien evidencia en la marca la promesa de valor del empresario de cara al consumidor (de proveerle bienes o servicios en condiciones de antemano esperadas en la gran mayoría de los casos,) ello como reflejo de los términos empresariales de calidad, cumplimiento, satisfacción y seriedad. De allí que de la marca se predique una función económica que es coexistente con una estratégica y por así decirlo, de ella deriva un verdadero ADN empresarial.

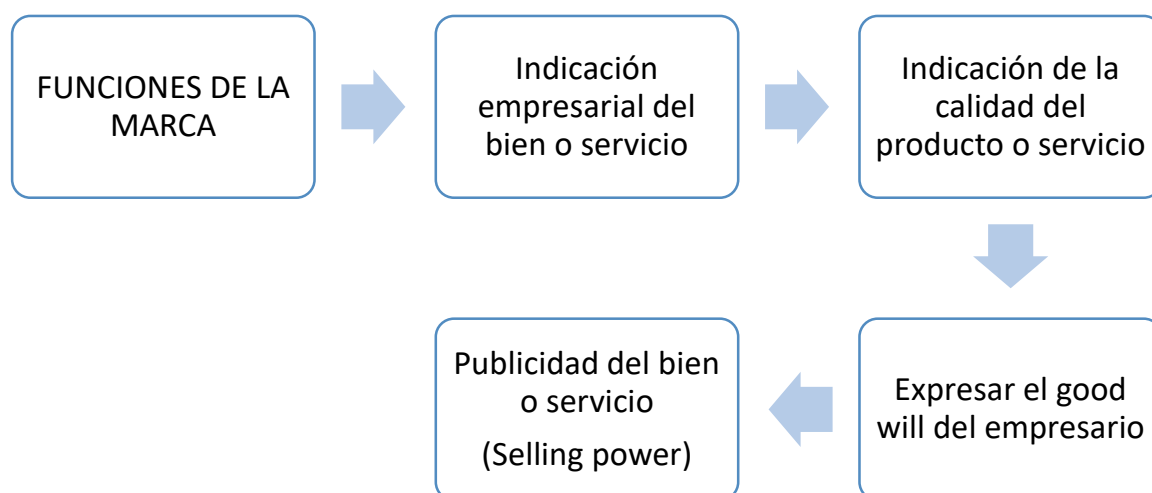


ILUSTRACIÓN 12 FUNCIONES DE LA MARCA  
(Elaboración propia)

En lo que respecta al hecho de la valoración de la marca y los criterios de la misma, es pertinente indicar que si bien no existe pacífica doctrina al respecto, existen tres canales para estos propósitos, por una parte la valoración marcaria desde la perceptibilidad del signo distintivo y su carácter registral (valoración por titulación,) por otra, el valor de la marca registral en asocio con otros intangibles que se convierten en inherentes a la misma desde la óptica de la generación de

valor agregado (ej. Secreto industrial que denota un estándar de calidad o una razón social, en el caso de la marca Coca Cola pudiera ser su receta,) y por último, el valor de la marca en atención a una unidad empresarial o productiva, es decir, al andamiaje del empresario productor o prestador (ej. Operaciones sobre establecimientos de comercio donde se tiene en cuenta el componente marcario.) Este último cauce de valoración de la marca es el que precisamente se ha referido hasta la saciedad en líneas precedentes, ya que la marca en el sentido integral y sistémico de su concepto, también impacta la opción del empresario, su identificación y su éxito de mercado (especialmente se presenta este fenómeno en la marca notoria y renombrada.)

Esta percepción económica del derecho marcario (siendo aplicable a los otros ítems propios de la propiedad intelectual) alude al denominado “*circulo virtuoso de la innovación*”, perspectiva en la cual el conocimiento intangible genera riqueza, y esta riqueza a su vez genera un conocimiento reedificado, mejorado y con mayor pertinencia, esta circunstancia da relevancia al ítem de la propiedad industrial y ratifica las precisiones asociada a la absoluta preponderancia de los activos intangibles en los mercados contemporáneos, ello sin olvidar el rezago del mercado colombiano que debe duplicar su gestión marcaria para llegar a ser equiparable a pares latinoamericanos como México, Chile y Uruguay (solo el 1% de las empresas colombianas cuentas con procesos de registro marcario (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020.))

Claro ejemplo y prueba contundente de la importancia de la propiedad industrial en los desarrollos empresariales, se encuentra consagrado en el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) del año 2007 y que se titula “*Intellectual Property as an Economic Asset*,” en el mismo se resalta la importancia de las economías desarrolladas sobre las bases de la sociedad del conocimiento (gran parte del valor de una

compañía deriva de sus intangibles), y sobre sus conclusiones se ratifica que el tratar aspectos como el marcario, es un proceso que desborda el derecho y llega a tener propósito en sus factores económicos y mercantiles (el impulso de la ciencia y la tecnología, y de ellos la propiedad industrial, es motor de competitividad, equidad y desarrollo social.) (OCDE, 2007.)

La generación de un claro y sano sistema de protección de la propiedad industrial (el cual es la base para funciones de tráfico mercantil como el derecho de las garantías mobiliarias,) en tratándose de las marcas comerciales, alude a la generación de una innovación altamente competitiva, la cual en conjunto con la fidelidad del consumidor, promueve externalidades del orden positivo en los diversos renglones de la economía (se incrementa la participación del consumidor y los valores que está dispuesto a pagar, así como se promueve la generación de productos de mejor calidad en razón de la identidad de marca.)

#### **b. Referentes asociados al derecho de garantías mobiliarias.**

La doctrina que ha tenido génesis en la expedición de la ley 1676 de 2013, la cual aborda la noción de la garantía mobiliaria en los términos del artículo 3 de la precitada norma y que se puede parafrasear como: *aquellos bienes (o activos circulantes) presentes o futuros, corporales o incorporales, susceptibles de valoración económica (al momento de constitución del contrato de garantía o con posterioridad al mismo) susceptibles (valga la redundancia) de prestar garantía de una o varias obligaciones, sean estas propias o ajenas*, ha reconocido un esfuerzo del legislativo colombiano, de cara al reto de modernizar, ampliar y democratizar el acceso al crédito, esto por medio de una ampliación en el más amplio de los sentidos, de la noción de

garantía mobiliaria, ello para procurar desde la instrumentación legal, una instancia de tutela, certeza y efectividad, tanto en la colocación como en la ejecución de operaciones de crédito, sean estas de fondeo o de cualquiera otra naturaleza.

La ampliación de la noción de garantía mobiliaria a sus extremos conceptuales más lejanos tanto en operaciones de crédito como de contenido obligacional, es por sí misma, una oportunidad para acreedores y deudores participantes en el tráfico mercantil (cada día más internacionalizado y de naturaleza digital) para poder acceder a un amplio portafolio de bienes con valoración financiera, fácilmente ejecutables y que permiten una estructuración jurídico económica ajena a los cauces irregulares de solvencia (como pudiera ser el crédito informal a tasa de usura o con desproporcionadas condiciones de caución,) ello dentro de un marco de formalidad el cual beneficia a todos los actores y sectores económicos, sin tenerse en manera alguna la pretensión de formular una instancia utópica de infalibilidad en caso de incumplimiento obligacional.

Ahora bien, en punto de este entorno de referenciación de la garantía mobiliaria, es necesario indicar que, el alto valor de activos inmateriales como los propios de la propiedad intelectual, o los flujos de caja asociados a esquemas de “project finance”, aunado a la realidad de una economía globalizada, digital y en asocio directo con funciones tecnológicas especializadas, demanda la existencia de instrumentos de garantía fácilmente monetizables, accesibles o cuanto menos, ajenos a las tradicionales instituciones procesales dependientes de la administración de justicia, que por demás, puede calificarse “*per se*” congestionada; ello sin dejar de considerar la vertiginosa velocidad de los entramados empresariales y de los mercados, los cuales no tienen vocación de espera frente al operador judicial y que este avoque la efectividad de las garantías dadas en procesos de estructuración financiera (cualquiera sea su escala.)

Al respecto, es tendencia casi pacífica de la doctrina, afirmar que el nuevo marco de garantías mobiliarias previsto en la legislación colombiana, da trascendencia a las nuevas formas de acceso al crédito y deja atrás en cuanto el grueso del tráfico mercantil, al ítem tradicional de la garantía inmobiliaria (casi siempre hipotecaria), así como las nociones decimonónicas de garantías civiles (Rodríguez, 2014.)

Del mismo modo y en el marco de la más amplia disertación, la referenciación conceptual de la garantía mobiliaria prevista en el marco de la ley 1676 de 2013, lleva a considerar un nuevo escenario de las garantías mobiliarias, no por su amplia definición y alcance (ya vistos en la antecedencia,) sino por la aparición de un esquema de oponibilidad y publicidad, que resta incertidumbre al acreedor garantizado, quien no debe verse abocado al frenesí de la identificación, persecución y ejecución de garantías de cara a otros acreedores, en la mayoría de los casos, con igual o mayor diligencia (ello por cuanto existía una compleja noción de prioridad y de certeza en la persecución y en la ejecución del bien dado en garantía.)

Para una mayor ilustración de este punto, se puede hacer uso de las consideraciones contenidas en el proyecto de ley 200 de 2012, en el cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en asocio con la Superintendencia de Sociedades, manifiestan la necesidad de procurar el acceso al crédito para mipymes en un entorno de publicidad y amplia registrabilidad, condiciones que en su conjunto, brinden seguridad al interior del clima de negocios colombiano y promuevan las mejores prácticas en materia de desarrollo de créditos democratizados y debidamente adecuados, ello conforme experiencias exitosas de legislaciones foráneas, los derroteros trazados por la

CNUDMI y la preocupación por el indicador del Reporte Doing Business (Ehavarría, 2014.) Al efecto, el despacho del Ministro de Comercio, Industria y Turismo indicaba en este proyecto de ley, que era necesario trascender a la tradicional noción de contrato de prenda, el cual es de naturaleza real y con serias limitantes tanto en su aplicabilidad, como en los bienes sujetos a su alcance.

El estudio y entendimiento de la actual noción de garantía mobiliaria, deriva de los preceptos de funcionalidad de la misma (eficiencia en el acceso al crédito y en la ejecución de la obligación,) posición muy propia del “*common law*”, particularmente del marco del derecho anglosajón, el cual prevee en la configuración de la figura jurídica, su sentido práctico y su alcance material (tanto así que se hablaba de la hipoteca sobre derechos personales o “*mortgage*” en aras del criterio de utilidad.)

En este orden de ideas y dando alcance a las proposiciones anteriormente formuladas, es necesario atender al hecho que, la ley 1676 de 2013 (en especial su artículo 17) toma fundamento en los presupuestos de la ley modelo de la UNCITRAL, dicho fundamento (valga la redundancia) se extiende sobre 2 nociones de la garantía mobiliaria, a saber, la funcionalidad y la flexibilidad, y las mismas se extraen de la siguiente formulación normativa: “*El régimen debería especificar que todo acuerdo de garantía deberá: a) Reflejar la intención de las partes de constituir una garantía real; b) especificar la identidad del acreedor garantizado y del otorgante; c) describir la obligación garantizada; d) describir los bienes gravados de forma suficiente para poder identificarlos y; e) indicar la suma monetaria máxima que puede exigirse*

*en virtud de la garantía real, si el Estado determina que tal indicación sería útil para facilitar los préstamos subordinados..”*

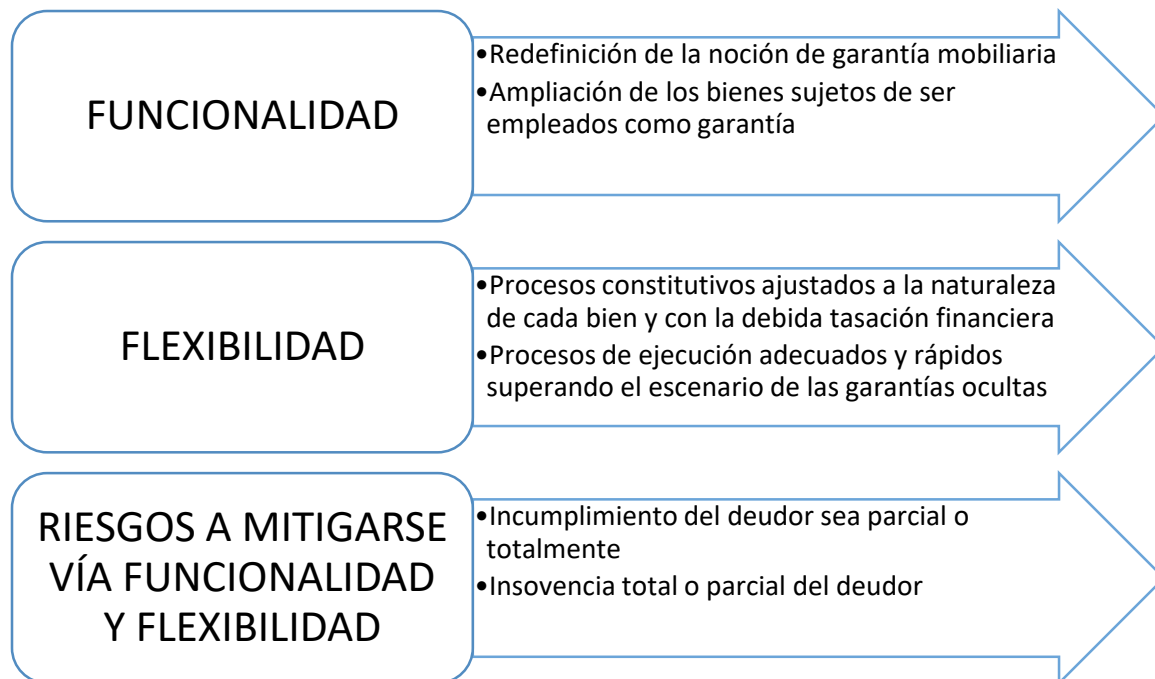


ILUSTRACIÓN 13 PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA LEY MODELO DE LA UNCITRAL

(Elaboración propia)

La flexibilidad y la funcionalidad de las garantías mobiliarias, hoy día refieren al propósito de procurar un acceso público, registral y sin afectaciones (por concurrencias desconocidas de acreedores,) a garantías con una función económica valida, las cuales en caso de incumplimiento y sin degradación del crédito, permitan la satisfacción obligacional primigenia, ello en especial consideración de los principales destinatarios del régimen legal de garantías mobiliarias (o al menos en cuanto la exposición de motivos de la ley 1676 de 2013 refiere) cuales son las Mipymes y de las tipologías de crédito de mayor usanza por parte de las mismas (consumo y micro crédito,) lo anterior conforme trabajo de (Bonilla, 2014) el cual a su vez hace



remembranza de las estadísticas de la Superintendencia Financiera y los patrones en estas reflejados.

Ahora bien, en cuanto la registrabilidad y oponibilidad de la garantía mobiliaria, la norma colombiana tanto de orden legal como de naturaleza reglamentaria, ha previsto la máxima difusión de las garantías constituidas, ello en aras de mitigar el riesgo de garantías clandestinas y de atender a previsiones registrales constitutivas de derechos, tal y como acaece con los derechos asociados a propiedad industrial (nuevas creaciones o signos distintivos,) escenario en el cual se genera una estructura dual de registro (registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio y en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias.) Esta propuesta de multiplicidad de registros, cuando el bien dado en garantía lo demanda, permite una cualificada difusión de la garantía constituida, una adecuada oponibilidad de la misma, y una multiplicidad de fuentes de consulta atendiendo a uno u otro criterio de consulta por parte del acreedor.

En lo que concierne a la utilidad económica de las condiciones de flexibilidad y funcionalidad de la garantía mobiliaria, el régimen colombiano, entendido como un esfuerzo de regulación legislativa y de reglamentación ejecutiva en el sentido más amplio de la palabra, alude a la calidad y “*sustancia*” del crédito a garantizarse, ya que en un símil con la institución prendaria clásica, se genera una noción de privilegio para el acreedor garantizado respecto de la tasación, y ejecución del bien dado en garantía, lo que le coloca en una situación preponderante de cara a los acreedores no garantizados y al gacete de condiciones de insolvencia tanto en el ámbito procesal como sustancial (esto se conoce como expropiación de valor frente acreedores ordinarios o no garantizados (Seuffert, 1986) y (Schilbach, 1983.))

La garantía mobiliaria sustentada en la preferencia del acreedor y en el privilegio de la registrabilidad (centralización de los registros públicos,) tiene de suyo una amplia acepción de confianza y de calidad crediticia, la cual, es de alta importancia en la regulación dispuesta para la materia (recuérdese la noción de confianza o “*credere*” que funda cualquier proceso crediticio – sin garantía no existe crédito,) en la capacidad de las instituciones para hacer efectivas las medidas de prevención contra la insolvencia (en el más de los casos, sin necesidad de acudir a la jurisdicción) y en fomentar el tráfico mercantil (incluyendo entre otros ítem la bancarización y la formalidad empresarial.)

Es precisamente en este escenario de la dinámica empresarial, de las nuevas formas contractuales y de los nuevos modelos negóciales, donde hacen aparición el carácter tácito y la flexibilidad en la consagración de las garantías mobiliarias, ya que tal y como acontece en sentido análogo con los “derivados” en la práctica financiera, es la falta de una regulación taxativa, la escencia necesaria para generar en el estamento del derecho de garantías mobiliarias, la ductibilidad y la capacidad de adaptación que el actual escenario comercial demanda. Esta situación ha sido reconocida con especial ahínco en el derecho continental europeo al cuestionar las formas codificadorias tradicionales, un claro ejemplo es la figura del *Eigen- tumsvorbehalt* o la *Sicherungsübereignung* (reserva de dominio y transmisión en garantía (fiduciaria)) del derecho alemán y la figura del *Liste limitative ou catégorie ouverte* (lista restrictiva o categoría abierta para proteger al acreedor garantizado) del derecho francés (Simler, 2016).

Al efecto y en aras de garantizar la precisión conceptual, recuérdese lo previsto en el artículo 3 de la ley 1676, cuando se establece en el marco de las garantías mobiliarias, no un listado

taxativo de las mismas, si no criterios para su definición y aplicación, tal y como es el caso del uso de los términos: *bienes específicos, activos circulantes, bienes corporales o incorporeales, o bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria.*

Para dar mayor precisión a lo anteriormente expuesto y buscando establecer un punto de contacto con el marco del derecho marcario, es procedente indicar que en punto de la propiedad intelectual (propiedad industrial y derechos de autor,) se materializa la demandada flexibilidad del derecho de garantías (ampliamente requerida por parte de la ingeniería de mercado,) ya que en aspectos patrimoniales de intangibles como los referidos y en razón de la dualidad de registro que de ellos se predica, pueden diseñarse formas contractuales, obligacionales y jurídico patrimoniales donde la segmentación del patrimonio del deudor respecto de estas garantías, evita los riesgos propios de la insolvencia así como la concurrencia de otros acreedores hasta el momento de ejecución ocultos (Gabrielli, 2009) (esto sin dejar de lado los costos de agencia y de ejecución mencionados en el trabajo de Annunziata (2003.))

Punto interesante en la comprensión del rol de la garantía mobiliaria consistente en un derecho de propiedad intelectual, reposa en el hecho que por regla general, en instancias como la del mercado europeo, este tipo de garantías comúnmente se acompañan con otras como pudieran ser las financieras (para cubrir distorsiones de mercado y de valoración,) al efecto puede consultarse el considerando número 16 de la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y que se fecha el 6 de junio de 2002 (siempre y cuando no obre temeridad y mala fe para generar posiciones de ventaja frente a otros acreedores) (Fernandez de Araoz, 2005.) De este punto de interés, el cual remite a la existencia de postulados de flexibilidad en el desarrollo y constitución de la garantía

mobiliaria, la doctrina internacional, y ahora la nacional, abordan la vasta extensión del alcance de las leyes de garantías mobiliarias, ya que conciben un carácter lato y casi irrestricto en la consagración de los bienes sujetos de garantía, lo que puede de suyo conllevar a ítems como la carencia de alinderamiento frente bienes futuros, frutos o análogos (véase el artículo 8 de la ley 1676 de 2013 para citar un referente,) y que extiende la institución de la garantía incluso a bienes derivados del mismo bien dado en garantía de manera inicial.

Este punto en nada pacífico, lleva a la consideración de la garantía mobiliaria desde su perspectiva económica, de mercado y utilitarista, por cuanto es prioridad (aun no resuelta) determinar el límite máximo de las garantías respecto de sus productos derivados, réditos o frutos, esto por cuanto no es misterio que, extender sin ninguna consideración este punto de cobertura, puede llevar a esta figura jurídico económica a escenarios de mutabilidad o de sustancial modificación frente a la garantía primigenia (ello sin dejar de lado cuestionamientos asociados a procesos como los concursales, los cuales demuestran de cara a la garantía mobiliaria, la necesidad de una percepción sistémica de la institucionalidad jurídica, en especial frente a su contenido económico.)

A título de ejemplo y sin procurar dar por finalizado el debate o el cuestionamiento que se subsume en las líneas antecedentes, puede evidenciarse que existe toda una complejidad de posturas, consideraciones, y más que divergentes opiniones si se hablase de una garantía mobiliaria consistente en un establecimiento de comercio, ente económico jurídico con no muy amplio detalle e ilustración en la norma comercial sustantiva del 71, pero con un excepcional desarrollo posterior a su expedición tanto doctrinal como jurisprudencialmente; en esta

universalidad pueden concurrir derechos como los marcarios de la unidad económica, los cuales también son sujetos de ser llamados a considerarse como bienes aptos de garantía de manera individual, lo mismo acontece con frutos, réditos y usufructos (inclusive sub arriendos,) donde es preciso tener en consideración el alcance y la mutabilidad de la garantía inicial para enriquecer y no debilitar el tráfico mercantil derivado de la actividad comercial, fuente consustancial de la generación de riqueza y vehículo para la materialización de los fines del estado si se quiere llegar al estadio más abstracto y teleológico.

Esta disertación referencial y conceptual, de suyo, no es de poca monta en una economía globalizada, sistémica e interdependiente, por cuanto muchas de sus grandes instituciones demandan una regla amplia, genérica y manejable de garantía mobiliaria, ya que las estructuraciones del mercado contemporáneo son complejas, asociadas a la generación de flujos de caja y de trabajo a futuro, y tienen en amplia consideración la generación de bienes derivados o sus réditos, al efecto puede considerarse la existencia de los Project Finance, donde los proyectos de amplio calado como los de infraestructura, inversión agresiva y procesos de adquisición para fines de inversión en el largo plazo, demandan todo un esquema financiero donde se subsumen los derivados, réditos y frutos de los bienes garantes presentes en la génesis comercial (máxime si se requiere cierto grado de inmunidad frente a otros acreedores y la reducción al mínimo posible de los costes de agencia para el control de acreencias y pasivos.)

A lo anterior y en punto de los objetivos del presente trabajo, pueden hacerse consideraciones que no pueden tenerse como menores, ya sea desde la consideración teórica, como desde la realidad económica, por cuanto la dinámica de las mismas garantías mobiliarias (incluso e

hipotéticamente, dejando de lado sus frutos y bienes derivados,) es en los términos de la normatividad nacional, un proceso fluctuante cuando de ciertos bienes se trata, tal y como lo son las marcas, esto porque como pocos bienes pero como la mayoría de los intangibles, su vocación es cambiante y su esencia es la volatilidad, esto toda vez que el valor económico de los activos marcarios dependen de cuotas de mercado, recordaciones del cliente, fidelidad de marca, presencia frente a competidores y otros muchos ítems que pueden afectar la efectividad de la marca como garantía mobiliaria, no solo desde la óptica de su eficiencia connatural (ser poseedor de una marca de la cual no se tiene experiencia ni actividad comercial análoga cuando del acreedor se habla) sino desde el valor intrínseco de la misma y por ende su funcionalidad económica (se está ad portas de manera incuestionable frente a un proceso de acceso al crédito y reducción de costes de constitución con grandes zonas grises a despejarse, incluso, algunos autores refieren a que se está en presencia de una reingeniería jurídica, social y financiera (Westermann, 1998.) y (Cuming, 1997)). Ahora bien, respecto de la funcionalidad de la garantía, y la característica utilitarista de la misma, es procedente hacer la distinción de 2 estadios cronológicos:

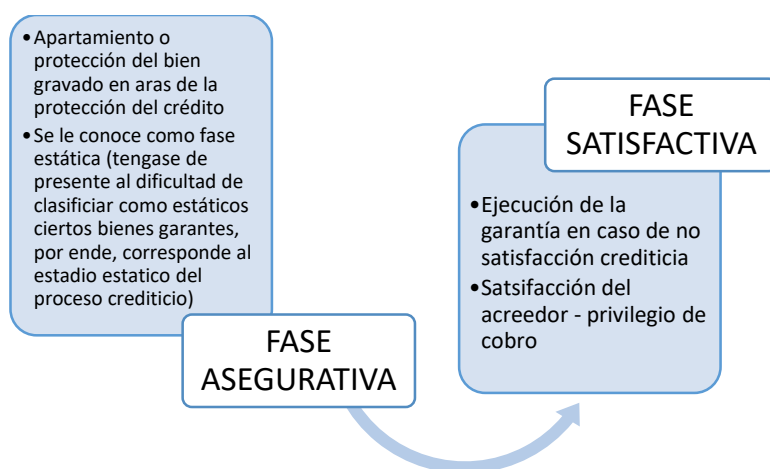


ILUSTRACIÓN 14 FASES DE LA GARANTÍA

(Elaboración propia)

Uno y otro estadio cronológico, el marco de las garantías mobiliarias procura la reducción de los costes de agencia asociados al acceso al crédito, y busca su preservación, sea en escenarios de normalidad y cabal cumplimiento, como en el acceso al bien dado en garantía o su monetización si se trata de escenarios de cumplimiento forzado con posesión o conversión de la garantía, ello siempre y en todos los casos, bajo la premisa de la solvencia y la capacidad de satisfacción del pasivo generado en la relación jurídico comercial inicial; esto quiere decir entonces que, la institución de la garantía recae sobre los derechos del acreedor, sobre el bien del deudor (más que su precio pero sin dejar de lado la disertación de la volatilidad del mismo) y la protección de la misma (la garantía) frente a eventuales insolvencias o incumplimientos (Vallet de Goytisolo, 1953) y (Posner, 1998.)

Otro escenario de funcionalidad de la garantía mobiliaria, en especial, en el marco de la ley 1676 de 2003, es la prevalencia frente a otros acreedores o cuanto menos (y según cada caso) la existencia de criterios claros y definidos de concurrencia sobre la persecución del bien dado en garantía (cosa de no poca monta por ejemplo en el concurso de acreedores y procesos liquidatorios,) al efecto, existe una noción clara de procurar especificidad en el bien dado en garantía así como de las prelación del garantizado (véase artículo 48 de la norma precitada y el rol preponderante de la misma frente a los aspectos registrales.)

En punto de esta consideración y en razón de la complejidad sistémica que la misma aborda, existe debate doctrinal en el mundo de las garantías mobiliarias de cara al hecho de considerar una regulación taxativa de las mismas, o por el contrario, y en aras de darle margen de maniobra a la ingeniería de mercado, es necesario dar vía libre a formas atípicas que faciliten el tráfico

mercantil, en dicho esfuerzo se discuten para una u otra tendencia los criterios de la prevalencia del interés público, la moralidad contractual y negocial, y la posibilidad de disponibilidad o no de todo un haber patrimonial para darse como garantía (la primera respuesta (y solo a título preliminar,) es la de un esfuerzo del legislador colombiano de procurar un régimen de unificación en materia de garantía mobiliarias, quedando la duda de si este esfuerzo igualmente corresponde a esfuerzos taxativos o no.)



**ILUSTRACIÓN 15 REQUISITOS PARA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA**

(Elaboración propia)

Esta acción pendular entre “*números clausus*” y “*números apertus*” respecto de la aplicación o no de consagraciones taxativas en materia de garantías mobiliarias, encuentra eco en el “*common law*” y “*civil law*”, ya que en dichos ordenamientos existe una discusión aun inacabada en esta



materia, un ejemplo de ello es el ordenamiento alemán, el cual se entiende como de vanguardia en materia de propiedad (y su impacto comercial y bancario) y las fórmulas de garantía sobre la misma, en este, se evidencia un criterio de respeto por la autonomía de las partes y sus efectos “*erga omnes*” dentro de una clasificación única y genérica de garantía, cosa de suyo no muy lejana a la realidad trabajada por la ley 1676, la cual evidencia la necesidad de permitir a la realidad mercantil diseñarse a sí misma en esta materia, y de abrir la puerta a figuras de garantía que sean consecuentes y concordantes con las realidades socioeconómicas en las cuales harán presencia y serán ejecutadas.

Ya en el marco de la flexibilidad y de la fuerza de adaptación que se procura en la norma colombiana, es propio indicar que la misma implicará costos de agencia, de estructuración y de riesgo naturalmente predicables frente a operaciones de crédito donde no se cuenta con la totalidad de la información por parte del acreedor, esta falta de información implica entonces mayor rigor y un elevado costo en la estructuración de las garantías a otorgarse tales como costes de monitoreo, de decisión y de negociación por ejemplo (Coleman, 2010.)

Quiere decir lo anterior que, si bien existe una convergencia entre las facilidades de la constitución de los procesos crediticios cuando los mismos cuentan con garantías, es un riesgo a evaluarse la posibilidad de una relatividad extensiva sobre las mismas y con ello la pérdida de horizontes funcionales, el régimen de garantías sustentado en la autonomía no puede implicar de suyo una carta blanca que pueda generar incertidumbres y actuaciones temerarias, ya que ello sería absolutamente contraproducente para la salud del mercado de créditos.

En orden de esta disertación, es pertinente indicar que la presión sobre el deudor garante en tratándose de propiedad intelectual (y análogamente con otros intangibles según sus propias particularidades como acciones, títulos valores y pignoraciones de crédito,) deriva entre otros factores tales como los consustanciales al know how negocial, del hecho del carácter constitutivo del registro dual (tanto ante el registro de garantías como ante el registro de propiedad intelectual (Alban, 2009,) ya que sobre la base de dicha circunstancia existe un traslado al entorno registral de la existencia del gravamen, el cual de suyo, en anuencia con los aspectos jurídicos, tiene impacto en los escenarios negóciales y empresariales, esto en un ámbito no de poca monta y si con una muy alta percepción y sensibilidad patrimonial (esta es una clara diferencia entre el artículo 3 de la ley 1676 frente a la Guía Legislativa de la CNUDMI, guía en la cual, el registro no es componente de perfectibilidad sino de oponibilidad, como si lo es en el marco legal colombiano si se procura una garantía privilegiada.)

Tan cierto es lo expuesto en la antecedencia que, tanto la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas de la CNUDMI como la ley 1676 de 2013, disponen un especial deber de conservación sobre los bienes o derechos dados en garantía, en tanto en un curso normal de las relaciones contractuales y negóciales, existe expectativa del deudor garante de recuperar el control, la propiedad, la tenencia y el uso de la garantía, situación que da eficacia a la misma (a la garantía) en la presión de perdida por insolvencia o no pago (fase asegurativa), más que en la toma de posesión o perdida de propiedad (fase satisfactiva), donde por las especiales situaciones de la adherencia de la marca con el ADN del empresario garante (entiéndase el sentido lato del termino empresario), no existiría mayor mérito de ejecutabilidad y persecución en cualquier escenario dispuesto por la norma legal o reglamentaria (se estaría hablando de un acreedor

propietario de una marca con la cual no tiene familiaridad, con la cual no tiene relación de know how y con la que no tiene asistencia de interés empresarial por solo citar un ejemplo.)

Así las cosas, y avizorándose que la ley 1676 de 2013 no consagra plenamente una situación de autonomía de la garantía frente al negocio jurídico causal, es preciso indicar que existe una tendencia a garantizar la autonomía de la garantía de cara al tráfico mercantil, ello evitando de manera genérica la influencia sobre la misma y en instancias de ejecución, de excepciones diferentes al pago de la obligación (ello relativizando el carácter accesorio de la garantía tradicionalmente consolidado en el entorno jurídico colombiano,) cosa que de suyo hace eficiente a la garantía como una institucionalidad de gran calado para el entorno económico y empresarial (Bonilla, 2014).

A la consideración anterior debe sumarse lo referente a la indivisibilidad, la inmutabilidad y el no fraccionamiento de la garantía como presupuesto para el apalancamiento del crédito, ello por cuanto el régimen de garantías mobiliarias concibe en su teleología una funcionalidad que solo cesa con la satisfacción completa del crédito garantizado, inclusive, solo así tiene una vocación de existencia en la fase asegurativa y satisfactiva, al igual que una efectiva vocación tanto de presión al deudor como de satisfacción al acreedor (aunque existen variantes como la pluralidad de bienes dados en garantía, donde se restituyen paulatinamente algunos de ellos en la medida de la satisfacción parcial de la acreencia, o existe desagregación de la universalidad de garantías en pagos por cuotas o por pignoraciones periódicas por citar algunos ejemplos.)

En punto de la ejecución o satisfacción de la acreencia vía afectación a la garantía, es importante indicar que su efectividad reposa en la registrabilidad prevista por el legislador colombiano y que sobre dicha base se evidencia la necesidad o no del desplazamiento posesorio sobre el bien o derecho dado en garantía (por ejemplo, es inconveniente sobre bienes sujetos a la operación del deudor pero es conveniente si son del orden fructífero,) lo anterior bajo dos consideraciones, por un lado la conservación patrimonial del bien, cosa de suyo más que evidente en ítems como los derechos marcarios, donde la íntima conexión de la marca con las operaciones del empresario deudor relativiza esta capacidad de preservación, y por el otro, la oponibilidad del gravamen garante para privilegiar al acreedor garantizado (ratio de la esencia registral sin llevarse al extremo de la formalidad “*ad substantiam actus*”) (Tamayo, 2004.)

## Conclusión

Realizadas las anteriores disertaciones e impactando de manera directa los esfuerzos y propósitos del presente trabajo, es posible afirmar a título de conclusión que, la eficiencia de las nuevas garantías mobiliarias como las asociadas a productos financieros, títulos valores, bienes futuros y (lo que para nuestro caso compete) las propiedades marcarias, redunda no en la posibilidad de apropiarse de la garantía como tal, e ingresar al patrimonio del acreedor un bien sobre el cual como tal no existe interés de titularidad y menos interés de explotación, sino en la connotación de contar con un mecanismo de presión en la primera etapa del proceso de garantía (fase asegurativa,) la cual lleve al cumplimiento del negocio crediticio de manera satisfactoria y generando un mecanismo idóneo de coerción frente a un eventual incumplimiento o instancia de insolvencia (este es el llamado pacto de Druckmittel de la teoría alemana y que fuese referido por (Rojo, 1996.))

Por lo anterior, es viable ampliar este punto de síntesis indicando que, en fase satisfactoria del crédito, es cuando puede hablarse de una relativa ineficacia de la marca como garantía mobiliaria, ya que el acreedor puede verse enfrentado a una situación donde aprehende o se apropia de una marca perteneciente a un ámbito empresarial en el cual eventualmente no tiene experiencia, cuenta con una marca que no es de fácil comercialización en razón de su íntima conexidad con la persona del empresario, o tiene dentro de su haber una marca que con el solo hecho de la persecución disminuye de manera dramática su valor, ello porque en la gran mayoría de los casos, la preservación, funcionalidad o posicionamiento de una marca es consustancial a la gestión del empresario deudor (Bussani, 2006.)

## Referencias

Alemán, M. 2008. Algunas consideraciones sobre las marcas como activo empresarial y su tratamiento en el régimen español del concurso de acreedores. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 12 (nov. 2008), 153-188. Recuperado 17 de junio de 2020, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/628>

Annunziata., Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla Convenzione dell' Aja alla Collateral Directive”, 2003, I, pp. 177 y ss., p. 208 y ss.,

Arias García, Fernando. (2009). El derecho de marcas frente a las infracciones al derecho de la competencia. *Principia iuris*, Vol (12) P. 35 – 48 Recuperado 17 de junio de 2020, de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/391>

Blanco Vargas, m. p. (2015). Los derechos patrimoniales derivados de las marcas considerados como garantías mobiliarias. Recuperado 17 de junio de 2020: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/38974>

Bonilla Sanabria, Fabio Andrés. (2014). El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias. *Revist@ e – mercatoria* Vol (13) Recuperado 30 de septiembre de 2020, de <https://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf>

Bussani. Los modelos de las garantías reales en civil y common law: Una aproximación de derecho comparado”. 2006. Recuperado 5 de octubre de 2021 de <https://docplayer.es/amp/210892533-Cuestionamiento-de-las-garantias-y-el-privilegio-y-su-resistencia-en-el-concurso-abel-b-veiga-copo.html>

Clavijo Ramírez, Felipe. (2018). Reporte de la situación de crédito en Colombia. Recuperado 6 de junio de 2021, de <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/reporte-situacion-credito-colombia-marzo-2018.pdf>

Coleman, Jules. Riegos y daños. 2010. Recuperado 2 de octubre de 2021 de [https://www.academia.edu/download/32961183/Veinte\\_anos\\_de\\_Riesgos\\_y\\_danos.pdf](https://www.academia.edu/download/32961183/Veinte_anos_de_Riesgos_y_danos.pdf)

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

Cuming: Ronald. “The Internationalization of secured Financing Law: the Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny”, Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode. 1997. Recuperado 2 de octubre de 2021 de <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9780203964422-10/harmonization-private-commercial-law-case-secured-finance-edward-cohen>

Durán Valencia, L. (2018). Inexistencia jurídica de la marca internacional. *Cuadernos De La Maestría En Derecho*, (6), 7-54. Recuperado 17 de junio de 2020, de

<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/1003>

Echavarría Dapena. Análisis de la Ley 1676 de 2013: Garantías mobiliarias, Recuperado 17 de junio de 2020, de [https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/](https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5253/ANALISIS%20DE%20LA%20LEY%201676%20DE%202013%20GARANTIAS%20MOBILIARIAS.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

[10784/5253/ANALISIS%20DE%20LA%20LEY%201676%20DE%20](https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5253/ANALISIS%20DE%20LA%20LEY%201676%20DE%202013%20GARANTIAS%20MOBILIARIAS.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

[2013%20GARANTIAS%20MOBILIARIAS.pdf?sequence=2&isAllowed=y,](https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5253/ANALISIS%20DE%20LA%20LEY%201676%20DE%202013%20GARANTIAS%20MOBILIARIAS.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

p. 8,

Fernández de Araoz Gómez-Acebo. Garantías Financieras y Procedimiento Concursal:

Reflexiones en torno a algunas de las principales cuestiones suscitadas desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2005. 2005. Recuperado 21 de julio de 2020, de

[https://www.araozyrueda.com/en/publicaciones/garantias-financieras-y-procedimiento-](https://www.araozyrueda.com/en/publicaciones/garantias-financieras-y-procedimiento-concursal-reflexiones-en-torno-a-algunas-de-las-principales-cuestiones-suscitadas-desde-la-entrada-en-vigor-del-real-decreto-ley-52005-de-11-de-marzo/)

[concursal-reflexiones-en-torno-a-algunas-de-las-principales-cuestiones-suscitadas-desde-la-](https://www.araozyrueda.com/en/publicaciones/garantias-financieras-y-procedimiento-concursal-reflexiones-en-torno-a-algunas-de-las-principales-cuestiones-suscitadas-desde-la-entrada-en-vigor-del-real-decreto-ley-52005-de-11-de-marzo/)

[entrada-en-vigor-del-real-decreto-ley-52005-de-11-de-marzo/](https://www.araozyrueda.com/en/publicaciones/garantias-financieras-y-procedimiento-concursal-reflexiones-en-torno-a-algunas-de-las-principales-cuestiones-suscitadas-desde-la-entrada-en-vigor-del-real-decreto-ley-52005-de-11-de-marzo/)

Fernandez Novoa. El sistema comunitario de marcas. 1995. Recuperado 8 de octubre de 2021 de

[https://books.google.com.co/books/about/El\\_sistema\\_comunitario\\_de\\_marcas.html?id=bZdQAQ](https://books.google.com.co/books/about/El_sistema_comunitario_de_marcas.html?id=bZdQAQAAIAAJ&redir_esc=y)

[AAIAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.co/books/about/El_sistema_comunitario_de_marcas.html?id=bZdQAQAAIAAJ&redir_esc=y)

Gabrielli, Enrico. Autonomía privada y garantías reales: El nuevo derecho de las garantías reales,

2009, pp. 355 y ss., p. 358



Garro, Alejandro. (2007). El marco regulatorio de las garantías mobiliarias en el comercio internacional: La ley modelo de la OEA. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963 – 2003. Tomo IV. Universidad Externado de Colombia.

Guzmán Aguilera, Clara Lucía. (2019). Propiedad intelectual y acceso al conocimiento en la investigación científica colombiana. *Revista Guillermo de Ockham*, Vol (17) P. 51 – 63  
Recuperado 30 de septiembre de 2020, de <https://doi.org/10.21500/22563202.3374>

Liévano Mejía, J. D. (2011). Aproximación a las Marcas No Tradicionales. Recuperado 17 de junio de 2020, de  
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/14881/LievanoMejiaJoseDaniel2013.pdf?sequence=1>

Matías Alemán. Marco. Algunas consideraciones sobre las marcas como activo empresarial y su tratamiento en el régimen español del concurso de acreedores. 2008.  
Recuperado 5 de octubre de 2021 de  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/628>

Martínez-Cárdenas, B. M., & Ternera Barrios, F. 2011. De las garantías tradicionales a las garantías derivadas. *Opinión Jurídica*, 10 (19). Recuperado 1 de julio de 2020, de  
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/498>

Mejorada Chauca, Martín. (2006). Garantía mobiliaria: novedad y reivindicación. Themis – Revista de Derecho, Vol (52) P. 287 – 301 Recuperado 30 de septiembre de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8837>

Metke Méndez, Ricardo. (2010). El uso obligatorio de la marca, bajo la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Estudios Socio-Jurídicos, v. 9, n. 2, p. 82-110, Recuperado 17 de junio de 2020, de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/342>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Intellectual Property as an Economic Asset. 2007. Recuperado 8 de octubre de 2021 de <https://www.oecd.org/sti/inno/36701575.pdf>

Oviendo. Alban. Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga: La prenda en el Código de Comercio Colombiano. 2009. Recuperado 2 de octubre de 2021 de <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/11031>

Posner, Bair. Security Interests in Personal Property, Cases, Problems, and Materials. 1987. Recuperado 2 de octubre de 2021 de <https://chicagounbound.uchicago.edu/books/200/>

Posner, R. El análisis económico del Derecho.1998. Recuperado 2 de octubre de 2021 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2328711.pdf>

Primce, Emily. These Are the 128 U.S. Products China Is Enacting Tariffs On.

Recuperado 5 de octubre de 2021 de <https://fortune.com/2018/04/02/china-tariffs-128-us-products/>

Rodríguez, J. “Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos”, *Revist@ E- Mercatoria*, vol. 13, No 2, julio-diciembre, 2014, pp. 3-27.

Rojo Ajuria. La unificación del derecho de garantías reales mobiliarias. La experiencia del derecho comparado. 1996. Recuperado 2 de octubre de 2021 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=982150>

Schilbach, “Sicherheiten vs. par condicio creditorum”, 1983, núm. 34, pp. 2129 y ss.

Seuffert, “Verfassungsrechtliche Fragen zu den Reformsvorschlägen der Kommission für Insolvenzrecht”, 1986, núm. 18, pp. 1157 y ss.

Simler. Droit civil. Les sûretés. 2016, La publicité foncière, cit., pp. 10

Superintendencia de Industria y Comercio. Cartilla de Marcas. 2008

Superintendencia de Industria y Comercio. 2020. Propiedad Industrial 2020, Recuperado 6 de junio de 2021, de

[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Propiedad\\_Industrial\\_2020.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Propiedad_Industrial_2020.pdf)

Tamayo Lombana, Alberto. Las principales garantías del crédito. 2004. Recuperado 5 de octubre de 2021 de <https://biblioteca.ucatolica.edu.co/cgi-bin/koha/opac-search.pl?q=au:Tamayo%20Lombana,%20Alberto>

Vallet De Goytisoló. Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. 1953. Recuperado 2 de octubre de 2021 de <https://www.torrossa.com/en/resources/an/2940006>

Veiga Copo, Abel B. 2017. Garantías Mobiliarias Ley 1676 de 2013. Universidad Sergio Arboleda. Recuperado 21 de julio de 2020, de <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/988/Garant%C3%ADas%20mobiliarias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Veneziano. Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale. 2000. Recuperado 2 de octubre de 2021, de <https://www.giurisprudenzaeconomiaconcorsi.it/le-garanzie-mobiliari-non-possessorie-profili-di-diritto-comparato-e-di-diritto-del-commercio-internazionale.html>

Westermann. Derechos Reales. 1998. Recuperado 2 de octubre de 2021 de

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-M-2014-](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2014-)

10055700574



147249

Bogotá D. C., 8 de febrero de 2022

Señor  
**LUIS CARLOS RESTREPO ROJAS**  
Petionario  
gestionjuridicasbm@gmail.com  
Ciudad.

**REFERENCIA:** Derecho de petición de interés particular

Respetado señor Restrepo Rojas:

En atención a su solicitud remitida vía correo electrónico a esta Confederación el día 4 de enero de 2022, nos permitimos informar:

A su petición: “[...] consulto ante el Despacho la estadística de los últimos 5 años de registros asociados con embargos o ejecuciones de marcas registradas como garantías mobiliarias [...]”. (sic).

En relación con su solicitud consideramos pertinente efectuar las siguientes precisiones:

**PRIMERO:** De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 39 de la Ley 1676 de 2013, la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio - Confecámaras, es la administradora del servicio empresarial de Garantías Mobiliarias creado por la misma Ley y reglamentado por el Decreto 1835 de 2015.

Así mismo, el artículo 2.2.2.4.1.3 del Decreto 1835 de 2015, determina cuáles son las facultades que el administrador del Servicio de Garantías Mobiliarias cumplirá para su adecuado funcionamiento.

**SEGUNDO:** EL Servicio de Garantías Mobiliarias es un sistema de archivo de acceso público que tiene por objeto otorgar publicidad a través de internet a los formularios de inscripción inicial, modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución de garantías mobiliarias.

Por disposición legal, este servicio cuenta con las siguientes características principales:

- Inscripción de formularios diligenciados a través de internet.
- Es de carácter personal, organizado a partir de la persona natural o jurídica del garante, al cual se le asigna un folio electrónico, en el que se inscriben cronológicamente los datos contenidos en los formularios.

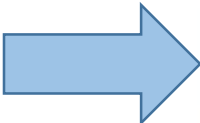
Calle 26 No. 57 – 83 torre 7 oficina 1501, PBX: (571) 3814100 – Bogotá D.C. – Colombia  
[confecamaras@confecamaras.org.co](mailto:confecamaras@confecamaras.org.co) - [www.confecamaras.org.co](http://www.confecamaras.org.co)

- En la inscripción solamente se verifica que los campos obligatorios de los formularios de inscripción tengan algún contenido y que los documentos que según el reglamento se deban adjuntar, efectivamente se alleguen.
- Ningún documento adjunto estará sujeto a calificación registral.
- La inscripción en el Servicio de Garantías Mobiliarias requiere de la autorización previa del garante en los términos señalados en la Ley y el reglamento o la autorización de una autoridad judicial.
- Toda la información del servicio tiene carácter público y puede ser consultada a través de internet por cualquier persona.

**TERCERO:** El numeral 3 del artículo 2.2.2.4.1.6. del Decreto 1835 de 2015 en relación con los requisitos de inscripción, dispone lo siguiente:

*(...) Corresponde al acreedor garantizado o al administrador de la cuenta de usuario efectuar la inscripción de todos los formularios establecidos en la Ley 1676 de 2013 y será el único responsable de la información allí contenida (...). (cursiva y subrayado fuera del texto).*

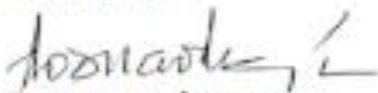
**CUARTO:** El artículo 2.2.2.4.2.24 del Decreto 1835 de 2015, establece el procedimiento de ejecución de las garantías mobiliarias sobre bienes de propiedad industrial en garantía, los cuales se llevarán en el Registro Especial de Propiedad Industrial que administra la Superintendencia de Industria y Comercio.



Por lo anterior y respecto de su petición, consultadas las bases de datos del servicio de garantías mobiliarias, encontramos que sobre marcas registradas se ha inscrito un (1) proceso de ejecución de garantías mobiliarias y no se han inscrito embargos sobre las mismas, sin embargo, se recomienda en caso de ser pertinente realizar la consulta directamente al Registro Especial de Propiedad Industrial que administra la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de obtener más información.

Con lo anterior damos respuesta a su solicitud y agradecemos su amable atención.

Cordialmente,



**RODRIGO MEJÍA NOVOA**  
Secretario General

Proyecto: RCA  
Revisó: ECA  
R: SIVALE