

GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL REGIMEN COLOMBIANO SEGÚN LEY 1676

DEL 20 DE AGOSTO DE 2013

SIMÓN ESPINOSA URIBE

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2015

GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL REGIMEN COLOMBIANO SEGÚN LEY 1676

DEL 20 DE AGOSTO DE 2013

SIMÓN ESPINOSA URIBE

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

Asesor

Néstor Raúl Londoño S

Abogado Máster en Derecho de los Negocios

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2015

24 de noviembre de 2015

Simón Espinosa Uribe

“Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma:

Contenido	
INTRODUCCIÓN	8
Capítulo 1: Introducción e información general	11
Título 1: Definición garantías mobiliarias.....	11
Subtítulo 1: Diferencia de prenda y garantías mobiliarias.....	14
Subtítulo 2: Prenda en el nuevo régimen	16
Subtítulo 3: Pacto de reserva de dominio	17
Título 2: Ámbito de aplicación de las garantías mobiliarias	20
Título 3: Bienes objeto de garantías mobiliarias	24
Capítulo 2 Derechos y obligaciones de las partes.....	29
Título 1: Derechos y obligaciones del garante	29
Título 2: Derechos y obligaciones del acreedor garantizado.....	34
Título 3: Obligación de información del acreedor garantizado.....	40
Capítulo 3 Constitución, Oponibilidad, Prelación y Ejecución	42
Título 1: Constitución.....	42
Título 2: Oponibilidad.....	49
Subtítulo 1: Registro	54
Título 3: Prelación de Créditos.....	56
Título 4: Ejecución	59
Título 5: Las garantías reales en los procesos de insolvencia	67
CONCLUSIONES	70

PALABRAS CLAVE

Bien Mueble, Bien Inmueble, Garantía Mobiliaria, Garantía Inmobiliaria, Constitución, Prelación, Ejecución, Oponibilidad.

RESUMEN (Abstract)

Las garantías mobiliarias tomaron un segundo aire desde la expedición de la ley 1676 de 2013, esta ley recoge todos los conceptos, donde bienes muebles actúan como cauciones a una obligación, como, la prenda civil, la prenda sin tenencia, la venta con reserva de dominio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, entre otros, llamándolas garantías mobiliarias y establece un régimen único y general, que desarrolla la definición, ámbito de aplicación, tipos de garantías mobiliarias, derechos y obligaciones de las partes, constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de los bienes muebles garantes de obligaciones. Este trabajo utiliza un método deductivo, donde se comienza por la exposición de la ley como primicia general y luego se toman consideraciones propias y particulares del ordenamiento actual colombiano llegando finalmente a conclusiones lógicas.

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo de investigación es desarrollar de una manera en principio descriptiva y posteriormente deductiva el trato que tienen las garantías mobiliarias en Colombia, con foco especial en la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013, Ley por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias; dicha disposición normativa busca unificar el criterio de las garantías mobiliarias dentro del ordenamiento colombiano, prevaleciendo ante otras disposiciones anteriores, de igual forma y como objeto de la misma, también crea los mecanismos para la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias.

La necesidad de una nueva normatividad en el área de las garantías en Colombia era visible desde hace un considerable periodo de tiempo, en tanto que los bienes muebles como marcas, patentes, cuentas por cobrar o acciones, entre otros, pueden superar ampliamente el valor de los bienes inmuebles, considerados como las garantías elite por parte de los prestamistas para hacer desembolsos de dineros, a su vez, es también mayor la facilidad de disposición de bienes muebles que de bienes inmuebles en caso de ser necesaria la realización de la garantía.

Contrario a lo que se esperaría teniendo en cuenta los argumentos previamente expuestos, las regulaciones nacionales protegen y dignifican los bienes inmuebles, sujetando estos a registro en la oficina de registro de instrumentos públicos, con necesidad de gravar y modificar títulos en caso de cualquier cambio o restricción de la propiedad.

Ejemplo de lo antepuesto podemos encontrarlo en el Código Civil colombiano en su artículo 303, “Autorización para disponer de bienes inmuebles; no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez con conocimiento de causa” (Código civil colombiano, 1873).

Lo que se quiere demostrar en este caso, no es lo relativo a la garantía como tal, sino a la especial protección que tiene el legislador con respecto a los bienes que gozan de estas características especiales. Volviendo a las comparaciones necesarias en estos casos, cabe hacerse la pregunta ¿Por qué en el presente del ordenamiento jurídico nacional es más importante proteger la venta o gravamen de un bien raíz del hijo, que una marca, crédito o patente que entró a su patrimonio por cualquiera de los modos de adquirir el dominio?

Una probable respuesta a esta pregunta sería que efectivamente no, hoy no es más importante proteger la venta o gravamen de un bien raíz que la de una marca, crédito o patente, pero anteriormente si era más importante, en tanto que lo bienes inmuebles como regla general eran más valiosos en dinero que los bienes muebles, viéndolo desde la perspectiva económica o de uso, cosa que con el paso del tiempo ha dejado de ser una regla general y se ha convertido en un accidente o una mera clasificación de los bienes.

Exponiendo una conclusión anticipada, se puede ver desde varias ópticas la necesidad de la Ley 1676 de 2013, donde se dictan normas para el acceso al crédito y regula las garantías mobiliarias. Una primera óptica fue la necesidad de codificar en una sola regla general el trato que las garantías soportadas con bienes muebles iban a recibir. Un segundo punto de vista es la necesidad que tienen las personas, especialmente los comerciantes de acceder a

créditos para invertir en sus negocios y asistir al desarrollo económico nacional como fin último, en especial cuando estos no tienen dominio sobre sus bienes raíces, bienes que por lo general son los exigidos por los acreedores garantizados. Como tercer punto, está vigente la necesidad de este tipo de garantías mobiliarias y de regulaciones nuevas, por la carga que se ha convertido para las personas enajenar o gravar con garantías los bienes inmuebles, por la necesidad de cambios en el registro, valores pecuniarios y protecciones especiales que tienen este tipo de bienes. Como cuarto y último enfoque se encuentra la facilidad de un tipo de garantías que pueden ser más cómodas de gravar por parte del deudor y más expeditas de ejecutar por parte del acreedor, así como unas normatividades menos abrumadoras y sin necesitar formalidades para su disposición o que estén siendo afectadas por regímenes protegidos.

Capítulo 1: Introducción e información general

Título 1: Definición garantías mobiliarias

Para definir que son las garantías mobiliarias es de suma importancia desglosar este concepto; para la Real Academia de la Lengua Española la palabra garantía tiene seis acepciones y una acepción adicional de carácter constitucional, para el efecto de este trabajo se entenderá una garantía como, cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad, en tanto que es el acreedor quien corre el riesgo de no satisfacer sus derechos por el virtual incumplimiento del deudor, por lo que exige una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación inicial.

Por otra parte, un bien mueble según el artículo 655 del Código Civil es aquel que se puede transportar de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por ello se llaman semovientes), sea que solo se mueven por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptuándose las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658 del mismo código.

Los bienes inmuebles los define el Código Civil en su siguiente artículo (artículo 656) como, “inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y las veredas se llaman predios o fundos” (Ley 57, 1887).

Según lo anteriormente expuesto podemos interpretar las garantías mobiliarias como una cosa que se puede transportar de un lugar a otro sea por sus propios medios o por fuerza externa cuyo fin es asegurar el riesgo que toma el acreedor en alguna obligación.

La Ley 1676 de 2013, reconoce el concepto de garantía mobiliaria como,

“las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante” (Ley 1676, 2013)

En el concepto dado por la ley, se entiende que las garantías mobiliarias pueden tener como fuente de existencia contratos principales convenidos por la libre disposición de las partes o también pueden nacer por disposiciones legales, estas garantías pueden ser de objeto (entendiéndose como cosas que garantizan la obligación) singular o de objeto plural en tanto no hay un número máximo de cosas para garantizar una obligación más que el

convenido en caso de la fuente ser un contrato o el previsto en las disposiciones normativas siendo la fuente de la garantía la ley.

El concepto del legislador cuando habla de activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía no es más que blindarse y disponer que cualquier tipo de bien mueble imaginable por las partes podrá ser una garantía frente a una obligación principal.

Es por lo anteriormente expuesto que el legislador es tajante al rematar el concepto diciendo que, independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante, es decir, el concepto de garantía mobiliaria se podría definir por excepción diciendo que toda garantía que no provenga de un bien inmueble o raíz sería una garantía mobiliaria independientemente de su categorización dentro del mundo de los bienes muebles.

La revista *emercatoria* expone la materialidad del concepto de la garantía mobiliaria según la ley objeto de estudio, para ésta una garantía mobiliaria no acarrea un concepto formal restringido, “sino que por el contrario estaremos ante una garantía mobiliaria en el caso de cualquier “operación” (negocio jurídico?) que tenga como efecto servir de garantía y opere frente a bienes muebles del garante” (Sanabria, 2014, pág. 5).

Definición que refuerza el concepto de que en el nuevo régimen la garantía mobiliaria es aquel contrato que involucre una garantía para mitigar el riesgo del acreedor y bien que cargue con el gravamen sea un bien mueble, entendiéndose en este caso y según la definición de la ley, como, bienes que no sean inmuebles, corporales o incorporales, típicos o atípicos.

Subtítulo 1: Diferencia de prenda y garantías mobiliarias

Es de suma importancia mencionar que la palabra prenda, como casi todas tiene varias acepciones, situación que puede llevar a equívocos, una cosa es la prenda entendida como derecho real o contrato real y otra muy distinta es la prenda en sentido general, en sentido amplio, como termino extrajurídico traído a los ordenamientos latinos y específicamente en el colombiano.

La prenda en sentido jurídico, como derecho real comenzó en Roma, siendo esta de encargada de cumplir con “la función de garantizar el cumplimiento de una obligación, al tratarse de un derecho real constituido sobre una cosa ajena (pignus), que le permitía al titular acreedor pignoraticio o prendario enajenarla o tomarla para sí” (Gonzalez, 2015, pág. 6).

En el caso colombiano, le prenda primero estuvo dispuesta en el Código Civil en su artículo 2409, y era una prenda que no admitía la no entrega del bien; en el Código de Comercio la prenda se encuentra dispuesta normativamente en el artículo 1207, y ésta si admite la no entrega del bien, pero hace necesaria la inscripción en un registro, en su momento especial

y hoy, general puesto que este fue absorbido por las disposiciones y el registro general para garantías mobiliarias establecido por la ley 1676.

La prenda como termino extrajurídico llega a Colombia por medio del Código Civil chileno es su artículo 1803, el cual reglamenta las arras y dispone lo siguiente,

“si se venda con arras, estos es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que la ha recibido, restituyéndolas dobladas” (Código civil chileno, 2000).

En Colombia dicho artículo aparece en el Código Civil en su artículo 1859, el cual también reglamenta las arras y dispone,

“si se venda con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, reinstituyéndolas dobladas” (Ley 57, 1887).

Claramente un Código copia al otro, pero lo verdaderamente importante acá, más allá de las arras, es como ambos Códigos utilizaron la palabra prenda, la palabra prenda fue utilizada como sinónimo de garantía, de caución, porque no es lógico pensar que para las arras, para un derecho personal, se esté utilizando la palabra prenda con la primera acepción mencionada, con la acepción de derecho real que otorga preferencia por sobre los otros tipos de derechos a la hora de persecución de una bien, y tiene sus propios tipos de perfeccionamiento, así como de regulaciones jurídicas.

Por esto se concluye que prenda en sentido amplio y como término extrajurídico puede significar lo mismo que garantía mobiliaria, en tanto, la prenda, es asemejada siempre con bienes muebles, pero la prenda en sentido estricto, es una especie que pertenece al género garantías mobiliarias o prenda en sentido amplio, como también lo hacen las arras, el pacto de reserva de dominio o transferencias sobre cuentas por cobrar.

Subtítulo 2: Prenda en el nuevo régimen

Cuando la ley 1676 entra en vigencia cambia varios aspectos fundamentales del concepto de prenda como contrato, en especial cambia la reglamentación jurídica para la prenda sin tenencia, cambio surgido a partir de lo dispuesto por la ley en su artículo tercero.

El artículo que lleva como nombre, la prenda sin apoderamiento en Colombia por Edgar I. León y Edgar G. González presenta las siguientes características propias y actuales de la prenda,

a) Se trata de un gravamen: La prenda es un gravamen sobre un bien, en tanto, éste respalda el pago de un crédito, y puede ser constituida como garantía para respaldar cualquier clase de obligación.

b) El contrato de prenda sin tenencia será siempre principal: Este es un gran cambio, dándole la potestad a la prenda de sobrevivir por sí misma y no siempre correr la suerte del contrato principal.

c) Se amplían los bienes que son susceptibles de ser dados en prenda sin apoderamiento: Anteriormente el Código de Comercio limitaba la prenda sin tenencia a los bienes sujetos de explotación económica, en el presente la ley amplía el espectro a cualquier tipo de bienes.

d) El acreedor prendario no adquiere la propiedad del bien pignorado: De hecho nunca lo ha hecho, en tal caso que esto ocurriera, ya no estaríamos hablando de un contrato de prenda, o de una prenda como garantía sino de otro contrato completamente diferente.

e) Sobre un mismo bien pueden constituirse varias prendas: En principio no hay una novedad, ya que desde el Código de Comercio se ha permitido tener varias prendas sin tenencia sobre un mismo bien, la novedad yace en que el momento del registro de la obligación en el registro de inscripción de garantías mobiliarias es quien determina el orden de preferencia.

f) La inscripción en el registro de garantías mobiliarias, sustituye el registro mercantil de prendas.

Subtítulo 3: Pacto de reserva de dominio

El pacto con reserva de dominio o la venta con reserva de dominio ha sido mencionada en el artículo tercero de la ley, como una de las figuras que entran dentro del marco de la misma, esta aseveración desde la parte teórica es problemática, porque como podría un

acreedor asegurarse un obligación sobre una cosa que sigue siendo suya, como haría él para ejecutarla, por ejemplo y pagarse su crédito, no es claro el tema.

En un primer momento en el ordenamiento colombiano, y como la institución fue creada en el Código Civil, ésta figura era ineficaz porque dentro del mismo compilado normativo hubo normas que trataban el tema de la venta con reserva de dominio con soluciones distintas.

Por un lado los artículos 1602, 1532, 1945 y el 750, 1 del Código Civil, como manifiesta la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 7 de mayo de 1968

“dentro de la gran amplitud que este Código le reconoce a la autonomía de la voluntad privada (artículo 1602), los particulares están autorizados para subordinar la eficacia de sus actos jurídicos a cualesquiera condiciones posibles y lícitas (artículo 1532), autorización esta que concretamente se repite respecto del contrato de compraventa (artículo 1945) y de la tradición (artículo 750, 1). Por tanto dentro de este sistema general, el pacto de reserva del dominio bien habría podido ingresar en nuestro derecho contractual sin necesidad de reconocimiento particular, y su régimen habría podido estructurarse solamente a base de las estipulaciones usuales de los interesados y de la aplicación de las normas y principios supletivos”. (CSJ, 1968)

Por el otro lado aparece el artículo original del Código Civil 1931, donde se disponía que la cláusula de

“no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o de los derecho que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio” (Ley 57, 1887).

La solución de la doctrina y de la jurisprudencia en dicho momento fue optar por esta segunda posición, siendo ineficaz el pacto con reserva de dominio en el ordenamiento colombiano, lo que ocurría es que el acreedor tenía la potestad en caso de que se le incumpliera de conseguir la re institución del bien.

Posterior a esto y por las necesidades del mercado, se encontró la necesidad de abrir las puertas a la venta con reserva de dominio, momento en el cual se expidió la ley 45 de 1930, decretando en su primer artículo que no habría cambios a las ventas con reserva de dominio que se hicieran sobre bienes inmuebles, pero este tipo de ventas estarían permitidas para los contratos cuya venta se hiciera sobre bienes muebles, de esta manera quedo dispuesta la norma en el tiempo hasta la llegada del Código de Comercio.

En el año 1971 y con el Código de Comercio apareció una nueva disposición jurídica para las ventas con reserva de dominio, el artículo 952 del Código, avaló las ventas con reservas de dominio sobre bienes inmuebles y mantuvo las que recaían sobre bienes muebles, exponiendo a continuación que, “el comprador solo adquirirá la propiedad la cosa con el pago de la última cuota del precio, cuando éste deba pagarse por instalamentos; pero tendrá derecho al reembolso de la parte pagada” (Decreto 410, 1971).

Con la llegada de la ley 1676 de 2013, pareciese que este último concepto comercial no fuese tenido en cuenta por el legislador, en tanto, la ley, en su artículo tercero le da trato a la venta con reserva de dominio como si esta fuese una garantía mobiliaria, lo que arrastra varias consideraciones.

Teóricamente la venta con reserva de dominio, da una garantía al acreedor y un bien es gravado ya que éste está respaldando un crédito, hasta ahí encaja dentro del concepto de garantías mobiliarias, pero hay un problema no por el objeto sino por el sujeto, en este caso el propietario del bien es el acreedor garantizado, no el deudor como se esperaría que habitualmente ocurra.

Independiente de esto, el bien garante de obligación si carga con un gravamen, el de la condición suspensiva, la cual al momento del pago total se hará efectiva y el dominio pasara al deudor, razón por la cual y de forma práctica, garantizando derecho a terceros y a las partes el bien podrá hacer parte del registro de garantías mobiliarias, objetivamente cumpliendo con los requisitos para ser una, así el bien pertenezca al sujeto parte de la relación que habitualmente no lo hace.

Título 2: Ámbito de aplicación de las garantías mobiliarias

El ámbito de aplicación de las garantías mobiliarias en el ordenamiento jurídico colombiano es determinado por la Ley 1676 de 2013, donde se dispone lo siguiente:

“Esta ley será aplicable a la constitución, oponibilidad, prelación, y ejecución de garantías mobiliarias sobre las obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o indeterminables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporeales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles” (Ley 1676, 2013).

En consecuencia los límites perimetrales de las garantías mobiliarias están consagrados en la ley 1676, que cuyo fin es precisamente delimitar cuáles son y hasta donde está el alcance de las garantías mobiliarias, así como su constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas.

La misma Ley dicta ejemplo de garantías muebles y estipula que,

“cuando otras disposiciones legales hagan referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia y sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho de explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y otras similares, dichas figuras se consideraran garantías mobiliarias y se aplicara lo previsto por la presente ley” (Ley 1676, 2013)

Con lo anterior el legislador no quiere dejar duda alguna de que cuando un bien mueble sea objeto de una garantía del deudor frente al acreedor, este acto jurídico estará dentro del marco de la ley 1676 de 2013.

El artículo cuarto de la ley dispone las limitaciones al ámbito de aplicación, “las garantías de que trata la ley podrán constituirse sobre cualquier bien mueble, salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria este prohibida por ley imperativa o de orden público” (Ley 1676, 2013).

Es de pensar que el anterior párrafo expuesto por la ley no es necesario, en tanto, que no hace más que, dar como limite a su alcance los bienes muebles que no pueden estar sujetos a actos jurídicos sea porque está prohibido directamente por la ley o por el orden público; es de entender que si el bien mueble no está o no tiene facultades para ser enajenado no podrá ser objeto de una garantía teniendo en cuenta que si el deudor falla al cumplir su obligación el bien nunca podrá entrar al patrimonio del acreedor.

A continuación en el artículo cuarto de la ley hace una lista, sí muy necesaria sobre los bienes exceptuados a lo dispuesto sobre garantías mobiliarias, los cuales son:

- Bienes muebles tales como las aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por la ley 967 de 2005.
- Valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la ley 964 de 2005 y las normas que la modifiquen o adicionen.
- Garantías sobre títulos valores, que seguirán las reglas del Código de Comercio.
- Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.

En el caso específico de los bienes muebles como aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, los elementos especiales y otras categorías de equipo móvil la ley 1676 de 2013 carece de competencia, siempre que la ley 967 de 2005 es un

tratado internacional firmado por los estados parte (Colombia entre ellos) donde se es consciente de la necesidad de asegurar que las garantías sobre esos equipos sean reconocidas y protegidas universalmente; dicho tratado habla de la “necesidad de adquirir y usar equipo móvil de gran valor o particular importancia económica y de facilitar la financiación de la adquisición y el uso de ese equipo de forma eficiente, reconociendo las ventajas de la financiación garantizada por activos y del arrendamiento con ese propósito, y con el deseo de facilitar esos tipos de transacción estableciendo normas claras para regirlos” (Ley 967, 2005)

Por todo lo anteriormente expuesto y por la jerarquía propia de los tratados internacionales suscritos por Colombia dentro del ordenamiento jurídico es claro que los bienes de este tipo en su función garantizadora no podrán ser regidos por la ley 1676.

En cuanto a los valores intermediados e instrumentos financieros ocurre algo similar al tema de las aeronaves, por la especial atención que requieren los valores intermediados e instrumentos financieros nace la ley 964 de 2005, ley mediante la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos pactados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones.

A diferencia de la ley 967 de 2005, la ley 964 del mismo año es una ley marco, carácter similar al de la ley 1676 de 2013, en la presente se establecen los procedimientos y directrices que debe adoptar el Gobierno para regular los capitales, cuestión que por su

especialidad avoca competencia sobre la ley 1676 cuyo régimen es general para los bienes muebles garantes de obligaciones.

En cuanto a los títulos valores, estos los define el Código de Comercio en su artículo 619, como “documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación. Y de participación o representativos de mercancías” (Ley 410, 1971).

El legislador de manera muy sabia deja los títulos valores fuera del ámbito de aplicación de la ley en tanto la regulación de los títulos tiene un título completo en el Código de Comercio, y por especialidad y desarrollo es mucho más lógico que sigan siendo desarrollados en sus presupuestos como garantías por las normatividades generales de los títulos, las normatividades especiales cada de título o por la jurisprudencia pertinente.

En la situación del depósito de dinero en garantía cuando el depositario es el acreedor se puede estimar que es otro caso en el cual es innecesario que este sea un contenido de la ley, en tanto y lo que el legislador sugiere es que, no es necesario seguir el procedimiento dispuesto en esta ley para la realización de la garantía, ya que el acreedor tiene el dinero líquido y determinado en su poder; aunque el legislador ve necesario disponer que en este caso no se irá a las disposiciones de la ley 1676 probablemente por claridad.

Título 3: Bienes objeto de garantías mobiliarias

Los artículos quinto y sexto de la ley 1676 de 2013 son denominados garantías mobiliarias sobre bienes muebles adheridos o destinados a inmuebles y bienes en garantía respectivamente, en ellos más allá del ámbito de aplicación de la ley se espera especificar que bienes son objeto, entendido como objeto garante de las garantías mobiliarias por medio de una lista ejemplificadora, en tanto, y según se expresó en el ámbito de aplicación en caso de encontrarse un bien mueble garante de un obligación distinto a los que aparezcan en la ley y que este no se encuentre dentro de las limitaciones será cobijado dentro de las disposiciones normativas de la ley 1676.

El artículo quinto, garantías mobiliarias sobre bienes muebles adheridos o destinados a inmuebles dispone, “podrán constituirse garantías mobiliarias sobre bienes inmuebles por adhesión o por destinación, si estos pueden separarse del inmueble sin que produzca detrimento físico de este. Los bienes así gravados podrán ser desafectados al momento de la ejecución de la garantía” (Ley 1676, 2013)

Este artículo lo que hace es estipular que así haya ciertos bienes muebles, que son bienes inmuebles por una ficción legal, al momento de estos ser puestos como objeto garante de una obligación y estos al ser separados del bien inmueble principal no causen un detrimento físico serán tenidos en cuenta por parte de quien juzgue como un bien mueble igual a cualquier otro y seguirán las reglas de ejecución dispuestas en la presente ley.

Es de suma importancia resaltar el fragmento que habla del deterioro físico, por deterioro físico se puede entender que una vez removido el bien mueble o inmueble por destinación o adhesión del bien inmueble principal, éste sufrirá un deterioro en su valor original.

Un inmueble por adhesión según el Código Civil en su artículo 657 es “las plantas son inmuebles, mientras adhieran al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro” (Ley 57, 1887)

Esta disposición normativa define los bienes inmuebles por adhesión mediante un ejemplo utilizando las plantas, por lo que, podemos concluir que un bien inmueble por adhesión será aquel que se encuentre materialmente incorporado a un bien inmueble principal.

Un inmueble por destinación según el Código Civil en su artículo 658 es “se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento” (Ley 57, 1887). Tales son, por ejemplo:

-Las losas de un pavimento.

-Los tubos de las cañerías.

-Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca.

-Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla.

-Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y maquinas que formen parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste.

-Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio.

Con lo anteriormente expuesto y haciendo una lista ejemplificativa bienes inmuebles por adhesión que puedan ser garantías mobiliarias, sería la siguiente, toldos, carpas en un lugar de eventos, plantas, bancas de una iglesia, y demás similares.

Mientras que, y haciendo el mismo ejercicio, se puede pensar en una lista de bienes inmuebles por adhesión que no podrán fungir como garantías mobiliarias, como, grandes árboles, una caballeriza, un kiosco en una finca recreacional, una piscina y demás similares, siempre teniendo en cuenta que al ser removidos deteriorarían el bien principal.

En el caso de los bienes inmuebles por destinación que podrán ser garantías mobiliarias, estaríamos hablando de tractores, utensilios de labranza o minería, animales, maquinas, y demás similares que su sustracción del inmueble principal no generen un menoscabo económico.

Los bienes inmuebles por destinación que no podrían hacer las veces de garantía mobiliaria serían las tuberías de las cañerías, las vigas de una construcción, las losas del piso, y demás ejemplos similares que no puedan ser separados del bien inmueble principal sin generar detrimento.

El artículo sexto de la ley 1676, dispone lo siguiente,

“Artículo 6°. BIENES EN GARANTÍA. Para garantizar obligaciones presentes y futuras, propias o ajenas, el garante podrá, además de los casos contemplados en la ley, constituir garantías mobiliarias a favor del acreedor garantizado sobre:

1. Derechos sobre bienes existentes y futuros sobre los que el garante adquiera derechos con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria.

2. Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual.
3. Derecho al pago de depósitos de dinero.
4. Acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales, siempre que no estén representadas por anotaciones en cuenta.
5. Derechos a reclamar el cumplimiento de un contrato que no sea personalísimo por el obligado o por un tercero designado por las partes como cumplidor sustituto.
6. En general todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporales, derechos, contratos o acciones a las que las partes atribuyan valor económico” (Ley 1676, 2013).

El fin del artículo previamente expuesto es exponer de manera demostrativa que demás bienes pueden estar sujetos a ser garantes mobiliarios de una obligación.

En el sexto numeral se muestra por parte del legislador, porque este listado no es taxativo, al disponer “en general todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporales, derechos, contratos o acciones a las que las partes atribuyan valor económico” (Ley 1676, 2013), fragmento del cual se entiende claramente la competencia residual de la ley 1676.

El objeto del primer numeral es dar certeza que se podrán constituir garantías mobiliarias sobre bienes que todavía no existen pero se tiene una expectativa de que en algún momento lo hagan, aun después de estos haber nacido tras una previa constitución de garantía.

El restante de numerales, es decir, del segundo al quinto se pasa por derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual, derecho al pago de depósitos de dinero, acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital en sociedades civiles y comerciales y derechos a reclamar el cumplimiento de un contrato que no sea personalismo; a lo que cabe entender que todos estos numerales tienen tres características en común, la primera será que son intangibles, la segunda que tienen un valor económico y la tercera es que ninguno de ellos se encuentra dentro de las limitaciones de aplicabilidad sobre bienes muebles que tiene la ley sujeta de estudio.

Probablemente el legislador al mencionar dichas características en el artículo y dejar que el intérprete haga su labor pudo haber sido más técnico, pero el artífice de la ley prefirió aparentemente la claridad que la técnica, aunque al darse cuenta la imposibilidad de abarcar todos los tipos de bienes muebles sobre los cuales podrá haber algún tipo de duda en el futuro decidió redactar el ya mencionado numeral sexto.

Capítulo 2 **Derechos y obligaciones de las partes**

Título 1: Derechos y obligaciones del garante

El artículo dieciocho de la ley 1676 comienza por estructurar en sus dos primeros párrafos los derechos del garante en la siguiente forma:

“salvo pacto en contrario, cuando la garantía mobiliaria es sin tenencia del acreedor garantizado, el garante tendrá derecho de usar, transformar y vender, permutar

constituir otras garantías mobiliarias o alquilar los bienes en garantía en el giro ordinario de sus negocios.

De la misma manera y salvo pacto en contrario, el garante podrá ceder o vender los créditos o cuentas por cobrar derivados de la venta, permuta o arrendamiento de los bienes en garantía. Su cesionario o comprador podrá efectuar los cobros correspondientes a esos créditos o cuentas siempre y cuando fueran atribuibles a los bienes en garantía en el giro ordinario de los negocios del garante y de su cesionario o comprador” (Ley 1676, 2013).

Como primera anotación que se debe hacer se encuentra que la ley parte de la máxima que los derechos que tiene el garante parten de que la garantía mobiliaria constituida es una garantía sin tenencia por parte del acreedor garantizado, lo que lleva a concluir que en caso de la garantía estar en manos del acreedor este artículo no podrá ser invocado y el garante no poseerá los derechos que en él se otorgan.

Como segunda observación es importante recordar el espíritu de la ley, espíritu que trata en todo momento de lograr una dinámica económica actualizada con las garantías mobiliarias y busca no gravar de manera tan pesada los bienes garantes de obligaciones cuya pertenencia sea de los empresarios, como ocurre con las garantías inmobiliarias que usualmente vuelven los negocios difíciles y letárgicos.

Teniendo en consideración lo anterior es posible percatar que precisamente estos son los primeros derechos que se les confieren a los garantes, se les confiere la posibilidad de negociar con los bienes gravados con la garantía, se les permite usar, transformar, vender,

permutar, constituir nuevas garantías, con la restricción de que estos derechos solo sean utilizados sobre bienes garantes dentro del giro ordinario de los negocios del dueño.

Como segundo grupo de derechos que se le otorgan a los garantes se presenta la posibilidad de ceder o vender los créditos o cuentas por cobrar derivados de la venta, permuta o arrendamiento de los bienes en garantía, todo esto con el fin de crear dinámica en los negocios, sin perder de vista una vez más que estos acuerdos de voluntades deben ser dentro del giro ordinario de los negocios tanto del cedente o vendedor como del cedido o comprador.

Para los deberes del garante el legislador en el mismo artículo se permite listarlos de la siguiente manera:

“1. Suspender el ejercicio de los derechos de cobro cuando la entidad autorizada de que trata el artículo 64 de esta ley o el acreedor garantizado le notifique la garante su intención de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía bajo los términos de la presente ley. El derecho de uso no se suspenderá pero el garante será responsable por perjuicios causados al acreedor garantizado derivados del uso del bien dado en garantía.

2. Evitar pérdidas y deterioro de los bienes en garantía y hacer todo lo necesario para dicho propósito.

3. Permitir que el acreedor garantizado inspeccione los bienes en garantía para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación.

4. Asumir los riesgos de destrucción, pérdida o daño de los bienes dados en garantía, salvo en aquellos casos en que se hubiere contratado un seguro a favor del acreedor garantizado, y

5. Pagar todos los gastos e impuestos relacionados con los bienes en garantía.

Parágrafo. El acreedor podrá escoger en caso de venta o cesión de los bienes gravados, que estos se subroguen por el precio de la cesión o venta o por los dineros que se reciban, o mantener bienes por la misma cuantía, o perseguir los bienes objeto de la garantía en poder de quien los haya adquirido” (Ley 1676, 2013).

El primer numeral más que enunciar el primer deber del garante que sería el detener los derechos de cobro, teoriza y de cierta manera procedimental dispone que sí, efectivamente el garante no podrá ejercer más su derecho al cobro pero también estipula en que momento deberá abstenerse del cobro, entendiéndose cuando se muestra la intención del acreedor garantizado de ejecutar la garantía. El artículo tiene dos anotaciones más algo forzadas ya que hace mención al artículo 64 de la ley, artículo que habla de las entidades autorizadas para conocer de la ejecución especial de la garantía, entidades que muy probablemente sean solicitadas por parte del acreedor garantizado al momento de tener intención de ejecutar la garantía, por lo que la disyunción empleada por el legislador es como mínimo extraña. También se hace mención a que el garante durante el proceso no perderá el uso de los bienes y tendrá que responder en caso de que estos sufran deterioros, algo normal dentro de la teoría de las obligaciones y esperable especialmente que pueda continuar con el uso de los bienes por los mismos fines que la ley busca.

El segundo numeral dispone que se deben evitar pérdidas y deterioro de los bienes en garantía, acá nos enfrentamos a saber con qué responsabilidad actúa el garante frente a los bienes objeto de garantía, de manera lógica se puede concluir que el garante frente a los bienes propios no sujetos con garantía dentro del giro ordinario de su negocio deberá cuidarlos como un buen hombre de negocios, ahora bien, si los bienes adicionalmente están gravados con una garantía de una obligación adquirida frente a un tercero y además el artículo algo pleonástico indica que deberá hacer todo para dicho propósito se deberá entender que el garante responderá hasta culpa levísima por el cuidado de los bienes garantizados.

El tercer deber será permitir al acreedor garantizado un derecho de inspección, deber completamente comprensible para el acreedor conocer en qué estado se encuentra los bienes en aras de proteger su crédito y poder tomar alguna acción legal de ser necesaria en el momento indicado.

El cuarto deber instaurado por el legislador es el deber de responder por la pérdida del objeto u objetos puestos como garantía mobiliaria; las cosas se pierden para su dueño, en este punto la ley acoge algo similar a la teoría del título traslativo de dominio lo que lleva el riesgo a estar en cabeza del garante, por lo que, en caso de las cosas perderse el garante deberá responder y no simplemente perderse la garantía para el acreedor garantizado.

En el mismo numeral el legislador quiere destacar que en caso de que se hubiere contratado un seguro a favor del acreedor garantizado, el garante no será quien responderá, elemento bastante fútil porque el garante si está respondiendo solo que constituye una póliza

adicional para el eventual momento que las cosas se pierdan, destruyan o dañen un tercero salga a su auxilio y responda por la obligación.

El quinto deber será pagar todo los gastos e impuestos relacionados con los bienes en garantía, es un deber más que de garante de dueño, porque al momento de estos bienes cargarse con gastos e impuestos como dueño el deberá sufragar dichos gastos estén sujetos o no a una garantía, teniendo presente el tema de con qué responsabilidad deberá actuar como fue anteriormente expuesto.

En cuanto al párrafo del artículo dieciocho este pareciera ser más un derecho del acreedor garantizado que algo propio de los derechos o deberes del garante, de igual forma la ley explica en este párrafo que camino podrá escoger el acreedor garantizado en caso de venta o cesión de los bienes gravados.

El acreedor garantizado podrá:

- Pedir que los bienes se subroguen por el precio de la cesión o la venta o por los dineros que se reciban.
- Mantener los bienes por la misma cuantía.
- Perseguir los bienes objeto de garantía en poder de quien los haya adquirido.

Título 2: Derechos y obligaciones del acreedor garantizado

En el artículo diecinueve de la ley 1676 de 2013, el legislador cambia la técnica y formas de clasificación de los derechos y obligaciones propias del acreedor garantizado en

comparación con lo dispuesto en el artículo dieciocho que da las disposiciones normativas de los derechos y obligaciones del garante, en este caso lo que hecho por el legislador es enunciar cuales son los derecho y obligaciones del acreedor garantizado en una lista sin clasificaciones claras, el artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 19. Derechos y obligaciones del acreedor garantizado. Corresponde al acreedor garantizado:

1. Ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía que se encuentren en su tenencia. Salvo pacto en contrario, el cuidado razonable implica la obligación de tomar las medidas necesarias para preservar el valor de los bienes en garantía y los derechos derivados de los mismos.
2. Mantener los bienes en garantía que se encuentren en su tenencia de manera que permanezcan identificables, pero en el caso que estos sean fungibles debe mantener las misma cantidad y calidad.
3. El uso de los bienes en garantía que se encuentren en su tenencia solo dentro del alcance contemplado en el contrato de garantía.
4. Cobrar al garante los gastos de mantenimiento; cuando los bienes en garantía se encuentren en su tenencia y se haya pactado previamente, y
5. Cuando todas las obligaciones del garante a favor del acreedor garantizado estén completamente satisfechas, el garante tendrá derecho de solicitar que el acreedor garantizado:
 - a. Devuelva los bienes en garantía, dentro del alcance contemplado en el contrato de garantía;

- b. Cancele el control sobre cuentas bancarias;
 - c. Notifique al deudor del crédito cedido sobre el cumplimiento de la totalidad de la obligación, liberándolo de toda obligación para con el acreedor garantizado;
 - d. Presente el formulario registral de cancelación de la garantía mobiliaria, y
6. Salvo pacto en contrario, cuando algunas obligaciones del garante a favor del acreedor garantizado estén parcialmente satisfechas, presentar el formulario registral de modificación que elimina algunos bienes sobre la garantía mobiliaria o rebaja el monto máximo de la obligación garantizada” (Ley 1676, 2013).

El primer numeral redactado, corresponde al primer deber del acreedor garantizado, este consiste en cuidar razonablemente los bienes que se encuentren en su tenencia, para definir razonablemente como parámetro la ley acude a que el acreedor garantizado deberá tomar las medidas necesarias para preservar el valor de los bienes en garantía y los derechos derivados de los mismos.

Según esto, el acreedor garantizado ha de actuar con culpa leve, de igual forma se puede ir a la teoría de los contratos y buscar por el contrato de depósito, en tanto que en este caso en específico el acreedor garantizado está actuando como depositario. El artículo 2247 de Código Civil habla de la responsabilidad del depositario y dispone lo siguiente,

“las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa. A falta de estipulación responderá solamente de culpa grave. Pero será responsable de la leve en los siguientes casos: 1. Si se ha ofrecido espontáneamente o ha pretendido que se le prefiera a otra persona para depositario. 2. Si se tiene algún interés

personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración” (Ley 1676, 2013).

Con esto y haciendo una semejanza con la responsabilidad del acreedor garantizado se concluye que él actuara hasta culpa leve por su especial interés en la cosa, además de poder usar la cosa en determinadas ocasiones.

El segundo deber que tendrá el acreedor garantizado será mantener los bienes en garantía que estén bajo su cuidado identificable, con la aclaración de que en caso de que estos sean fungibles deberá mantener la misma cantidad y calidad.

El acreedor garantizado deberá tener siempre los bienes en garantía determinados para así garantizar que al momento de cumplida la obligación por parte de garante, éste encuentre sus bienes y estos no se encuentren confundidos con bienes propios del acreedor garantizado, cosa que haría difícil su separación y el cumplimiento de la obligación de entrega de los bienes que el acreedor tiene frente al verdadero dueño.

La ley hace una mención especial para el caso de los bienes fungibles, como el dinero, que en tal caso que el acreedor haya usado estos bienes que se puedan remplazar por otros con el mismo poder liberatorio, el acreedor garantizado debe responder y mantener la misma cantidad y que no cambie la calidad tampoco.

En el numeral tres del artículo diecinueve está dispuesto el primero derecho que tiene el acreedor garantizado, éste podrá hacer uso de los bienes bajo su cuidado dentro del marco contemplado en el contrato de garantía, contrato de garantía relativo a la operación o negocio que se esté ejerciendo.

El segundo derecho del acreedor garantizado será cobrar al garante los gastos de mantenimiento, con esto el legislador reconoce que el garante sigue siendo dueño de los bienes y por tanto será este quien responda por los gastos propios que estos bienes produzcan, que el acreedor garantizado tiene la potestad por su seguridad de mantener los bienes en su esfera de poder pero quien tiene la nuda propiedad y deberá responder por gastos y demás emolumentos será el verdadero dueño.

Más adelante dentro del mismo numeral el legislador añade dos requisitos para el acreedor garantizado haga este cobro, el primero es que los bienes se encuentren en su poder, cosa normal, en tanto que si no lo estuvieran que gastos ha de sufragar el acreedor. El segundo requisito es algo más confuso, ya que pide que haya habido un pacto anterior entre las partes. Confuso porque como se mencionó anteriormente el acreedor garantizado tiene el deber de conservación de las cosas, para lo cual necesita pagar, y se pensaría que podría repetir contra el verdadero dueño, y de hecho sí lo podrá hacer en caso de que este pactado con anterioridad, pero si no se ha pactado nada no es claro si se podrá repetir por estas costas contra el garante.

Como posible solución a la problemática se plantea el cuasi contrato de agencia oficiosa, que como es definida en el artículo 2304 del Código Civil se trata de un contrato por el cual el que administra sin mandato los bienes de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.

El artículo 2308 del mismo código dispone las obligaciones del interesado de la siguiente forma, “Si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones

que el garante ha contraído en la gestión, y le reembolsará las expensas útiles y necesarias” (Ley 57, 1887).

Con estos elementos y en tal caso que no haya habido una estipulación previa entre las partes y, en caso de la gestión del acreedor garantizado ser útil o necesaria él podrá repetir contra el garante o dueño de los bienes.

En el quinto numeral del artículo diecinueve de la ley 1676 de 2013, el legislador confunde en algo la situación del sujeto, teniendo presente que en la redacción del texto normativo él habla de los derechos del garante frente a lo que le puede solicitar al acreedor garantizado, con el inconveniente que dice esto dentro del artículo que habla de los derechos y deberes del acreedor garantizado, por lo que se deberá entender que el acreedor garantizado deberá cumplir con los siguientes enunciados, y no esperar ser solicitado por el garante para ello.

Por lo que, y en el momento de las obligaciones a favor del acreedor garantizado estén completamente satisfechas, él deberá completar los siguientes cuatro sub deberes,

- a. Devuelva los bienes en garantía
- b. Cancele el control sobre cuentas bancarias.
- c. Notifique al deudor del crédito cedido sobre el cumplimiento de la totalidad de la obligación
- d. Presente el formulario registral de cancelación de la garantía mobiliaria.

Después de los sub deberes al cumplimiento, por parte de la ley se encuentra un último deber para el acreedor garantizado, que consiste en que cuando estén algunas obligaciones parcialmente satisfechas por parte del garante, se deberá presentar el formulario registral de

modificación que elimina algunos bienes sobre la garantía mobiliaria. Es de suponer ya que no es dicho por la ley, que este deber ha de ejercerse a petición del garante (Ley 57, 1887).

Título 3: Obligación de información del acreedor garantizado

El artículo 20 de la ley trae una obligación especial para el acreedor garantizado que consiste en informar a petición del garante por escrito a los terceros sobre el monto pendiente de pago sobre el crédito garantizado y la descripción de los bienes cubiertos por la garantía.

Podemos tratar este artículo aislado premeditadamente por parte del legislador como una obligación especial por parte del acreedor garantizado, al estar compuesto por un deber especial compuestos por varios elementos.

Al acreedor garantizado se le pide que, “a petición del garante, el acreedor garantizado deberá informar por escrito a terceros sobre el monto pendiente de pago sobre el crédito garantizado y la descripción de los bienes cubiertos por la garantía mobiliaria” (Ley 1676, 2013).

Según el artículo el primer paso para la consecución de esta comunicación es que el garante haga el pedido de la misma, ya que no habrá obligación alguna de que el acreedor garantizado lo haga voluntariamente.

Una vez satisfecho el ruego, el acreedor garantizado está obligado a enviar comunicación escrita a quien tenga interés y cuyo contenido ha de ser dividido en dos detalles, el primero el

monto pendiente de la deuda por parte del garante deudor y el segundo la descripción de los bienes cubiertos por la garantía.

Como se ha concluido reiteradamente la ley busca dinamizar los negocios, y con esta obligación especial, pretende que los terceros estén debidamente informados del estado actual del garante.

Capítulo 3

Constitución, Oponibilidad, Prelación y Ejecución

Título 1: Constitución

Como primer tema a tocar de la constitución de las garantías mobiliarias es importante mencionar el artículo noveno, medios de constitución, la redacción de este artículo es la siguiente,

“una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el garante y el acreedor garantizado o en los casos en que la garantía surge por ministerio de la ley como los referidos a los gravámenes judiciales, tributarios o derechos de retención de que trata el artículo 48 de esta misma ley, sobre la prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía” (Ley 1676, 2013).

Por lo tanto habrá dos fuentes de donde puede surgir una garantía mobiliaria, por un lado estará la fuente del acuerdo de voluntades entre las partes, y por otro esta la opción que surja por la ley.

La Capacidad para constituir la garantía mobiliaria se encuentra en el artículo diez y dispone,

“las garantías mobiliarias pueden constituirse por quien tiene derechos o la facultad para disponer o gravar los bienes dados en garantía.

Si se trata de un bien respecto del cual el garante adquiere el derecho o la facultad de gravarlo con posterioridad a la celebración del contrato, la garantía sobre dicho

bien quedará constituida cuando el garante adquiera derecho sobre dicho bien o la facultad de gravarlo o transferirlo sin necesidad de concluir un nuevo contrato” (Ley 1676, 2013).

La capacidad como podemos determinar por la información suministrada en el artículo diez de la ley, es simplemente quien tenga capacidad de ejercicio, en tanto el párrafo segundo expone la posibilidad de adquirir el derecho o la facultad de gravarlo con posterioridad a la celebración del contrato.

Por lo tanto es extraña la redacción del artículo, viendo que en el primer párrafo se dice que las garantías pueden constituirse por quien tiene derecho o la facultad para disponer de las mismas, así las cosas se pensaría que es requisito fundamental la propiedad sobre los bienes para convertirlos en garantías mobiliarias, empero a continuación el artículo manifiesta que no precisamente hay que ser dueño en el momento de la constitución de la garantía sino ser dueño eventualmente.

Se concluye que es un tema de oponibilidad y que efectivamente se puede gravar un bien ajeno con una obligación propia pero solo le será oponible a terceros desde el momento que el garante se convierta en verdadero dueño de la cosa.

Por lo cual, también el lenguaje utilizado por el legislador puede llegar a equívocos, en tanto la conclusión previamente expuesta podría contradecirse con el fragmento del artículo que dispone que la garantía sobre dicho bien quedara constituida cuando el garante adquiera el derecho sobre dicho bien, cosa que no podría ser, por la facultad del garante de constituir la garantía anteriormente a conseguir la propiedad, facultad de disposición o de

gravar el bien. Paso seguido en el mismo artículo y como argumento para reforzar la teoría de que es válida la garantía sobre cosa ajena el artículo rescata que en caso del garante convertirse en dueño de la cosa no habrá necesidad de un nuevo contrato, por lo que frente a esto nos encontramos y como se concluyó previamente en un tema de oponibilidad y no de constitución.

El artículo onceavo de la ley es denominado inscripción en un registro especial y es redactado de la siguiente forma por el legislador,

“Artículo 11. Inscripción en un Registro Especial. Cuando la transferencia de la propiedad de los bienes dados en garantía esté sujeta a la inscripción en un registro especial, dichos bienes podrán ser dados en garantía por las personas mencionadas en el primer inciso del artículo anterior de esta ley y por quien aparezca como titular en dicho registro especial” (Ley 1676, 2013).

No obstante lo anterior, la inscripción en el registro especial de una garantía sobre un bien o un derecho sujeto a este registro no será procedente si quien hace la solicitud no es titular del inscrito.

La garantía mobiliaria deberá inscribirse en el registro para establecer su prelación, además de la inscripción que corresponda en el registro general.

Si se concluyó en cuanto a la capacidad que solo se necesita capacidad de ejercicio para gravar con garantía mobiliaria un bien y no necesariamente ser dueño, o poderlo gravar o poderlo transferir, es obligante concluir que el artículo anteriormente transcrito no

pertenece al tema de constitución de la garantía sino que pertenece también al tema de la oponibilidad frente a terceros.

El artículo once no hace más que advertir que si el bien mueble que espera ser gravado está sujeto a un registro, como puede ser en el caso de un vehículo o un bien incorporal de propiedad industrial, éste deberá cumplir con las formas especiales establecidas para ese tipo de bienes, así entonces no habrá una oponibilidad frente a tercero si sobre el bien no se encuentra la anotación correspondiente de garantía por quien este legitimado en la causa o de autorización para ello.

El artículo trece de la ley habla de los derechos sobre los bienes originalmente en garantía y los bienes derivados o atribuibles, el artículo exhibe lo siguiente, “salvo pacto en contrario, la garantía mobiliaria constituida sobre el bien en garantía se extenderá de forma automática a todos los bienes derivados o atribuibles de conformidad con lo establecido en el artículo 8vo de esta ley” (Ley 1676, 2013).

Lo primero que cabe anotar es que nuevamente el artículo empieza por decir, salvo pacto en contrario, entendiéndose que esta norma es de carácter dispositivo por la partes, más adelante estipula que en tal caso de no existir pacto en contrario se entenderá que los bienes derivados o atribuibles harán parte de la masa que garantiza la obligación contraída por el garante.

El artículo octavo al cual hace referencia el artículo objeto de análisis, determina que se entiende por bienes atribuibles, para él un bien atribuible es,

“los que se pueden identificar como provenientes de los bienes originalmente gravados, incluyendo los nuevos bienes, entre otros, dinero en efectivo y depósitos en cuentas bancarias y cuentas de inversión, que resulten de la enajenación, transformación o sustitución de los bienes muebles dados en garantía, independientemente del número y secuencia de estas enajenaciones, transformaciones o sustituciones. Estos también incluyen los valores pagados a título de indemnización por seguros que protegían a los bienes sobre los que se había constituido la garantía, al igual que cualquier otro derecho de indemnización por pérdida, daños y perjuicios causados a estos bienes en garantía, y sus dividendos”. (Ley 1676, 2013)

El artículo catorce numera los elementos esenciales de un contrato de garantía mobiliaria, dicho artículo dicta,

“Artículo 14. Contenido del contrato de garantía mobiliaria. El contrato de garantía debe otorgarse por escrito y de contener cuando menos:

1. Nombre, identificación y firmas de los contratantes.
2. El monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria.
3. La descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía.
4. Una descripción de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras o de los conceptos, clases, cuantías o reglas para su determinación.

Parágrafo. La suscripción del contrato y sus modificaciones, o del algún documento firmado por el garante en este sentido, serán suficientes para autorizar la inscripción de la garantía mobiliaria en el registro y sus modificaciones posteriores, sin perjuicio de lo

establecido en el artículo referido a la prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía” (Ley 1676, 2013).

Según el artículo y como primer elemento esencial para la existencia del contrato de garantía mobiliaria habrá que cumplir con la forma, es decir, es indispensable que el contrato de garantía mobiliaria conste por escrito.

El segundo elemento exige que el contrato contenga como mínimo el nombre, la identificación y firmas de los contratantes, por lo que es indispensable que las partes aparezcan en la parte escrita del contrato.

El tercer elemento será que el acuerdo de voluntades deberá tener claro y estar acordado el monto máximo por el cual responde la garantía mobiliaria, o lo que es lo mismo el valor deberá ser determinado.

El cuarto elemento no es más que la descripción genérica de los bienes en garantía, no es necesario para el contrato que los bienes estén descritos hasta su individualidad sino que una descripción genérica podrá ser suficiente para cumplir con este elemento.

El quinto elemento requiere una descripción de las obligaciones, a saber es imperativo que en el contrato es estipulado cuales son las obligaciones que se garantizan con los bienes muebles gravados con garantía y se hace un énfasis especial que se deben contener las reglas para la determinación de la obligación en caso de que esta no este determinada hasta sus límites.

El artículo quince de la ley abarca el tema de los mensajes de datos, éste dispone que,

“cuando la presente ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito también quedara satisfecho con un mensaje de datos conforme a la ley 527 de 1999.

El documento donde conste la garantía mobiliaria podrá documentarse a través de cualquier medio tangible o por medio de comunicación electrónica fehaciente que deje constancia permanente del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía conforme a lo previste en la ley 527 de 1999” (Ley 1676, 2013).

La ley 527 de 1999 es la ley que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación.

En ella se define mensaje de datos como, “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex, o el telefax” (Ley 527, 1999).

Con lo expuesto en la ley 527 de 1999, y lo que quiere dejar en claro la ley 1676 de 2013, es la importancia que han adquirido los medios electrónicos y comunicaciones de distintas clases virtuales para el mundo de los negocios, por lo cual, se le dan características de forma, a este tipo de comunicaciones, ejemplo de ellos es cuando el artículo quince de la ley 1676 equipara la forma necesaria de un documento escrito para el contrato de garantía mobiliaria con un mensaje de datos.

El artículo diecisiete de la ley 1676 tiene como tema principal la garantía sobre bienes futuros y su disposición normativa es la siguiente, “la garantía mobiliaria sobre bienes

futuros o para ser adquiridos posteriormente gravará los derechos del garante, respecto de tales bienes solo a partir del momento en que el garante adquiera tales derechos de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de esta ley” (Ley 1676, 2013).

En este artículo el legislador quiere reforzar el concepto de que los bienes muebles solo estarán gravados a partir de que el garante sea el dueño de los mismo, con respecto al artículo decimo, se recuerda que éste trata de la capacidad para la constitución de la garantía mobiliaria y en su momento se hizo la anotación que el ser dueño del bien no es necesario para la constitución de la garantía y es un tema de oponibilidad más que de constitución en sí.

Según lo anterior, el artículo diecisiete el legislador lo debió haber establecido dentro del título de la oponibilidad, y no dentro del título de la constitución, ya que el concepto que se desea fortalecer es que mientras el garante no sea dueño de los bienes futuros o para ser adquiridos con posterioridad los mismos no soportaran la carga de la garantía, pero la garantía si podrá estar constituida por la explicado en el comentario del artículo diez de la ley objeto de estudio.

Título 2: Oponibilidad

En el artículo 901 del código de comercio se encuentra la definición de inoponibilidad, para éste la inoponibilidad son los negocios jurídicos que no se le pueden exigir a terceros por no cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exige.

El artículo veintiuno de la ley 1676 cuyo nombre es mecanismos para la oponibilidad de la garantía mobiliaria estipula que,

“una garantía mobiliaria será oponible frente a terceros por la inscripción en el registro o por la entrega de la tenencia o por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo por lo dispuesto en el presente título, razón por la cual no se admitirá oposición ni derecho de retención frente a la ejecución de la garantía, a la entrega, a la subasta o a cualquier acto de enajenación de la misma en los términos establecidos en la ley.

Parágrafo: A partir de la vigencia de la presente ley, los efectos de las garantías mobiliarias frente a terceros se producirán con la inscripción en el registro, sin que se requiera de inscripción adicional en el registro mercantil” (Ley 1676, 2013).

Por lo anterior se concibe que para que una garantía mobiliaria sea oponible a terceros habrá que estar en uno de tres supuestos, el primero siendo que se encuentre inscrita en el registro, el segundo que se haya dado la entrega de la tenencia de los bienes y el tercero será el entregar el control de los bienes al acreedor garantizado o a un tercero designado por él.

La oponibilidad por inscripción en el registro consiste en que alguna de la partes, lo normal siendo el acreedor garantizado, registre la garantía en un sistema de archivo de acceso público llamado registro que dará publicidad sobre la garantía concertada entre las partes.

Este sistema de archivo es desarrollado por la ley 1676 en su artículo treinta y ocho donde se regula el mecanismo de la forma presentada a continuación,

“el registro es un sistema de archivo, de acceso público a la información de carácter nacional, que tiene por objeto dar publicidad a través de internet, en los términos de la presente ley, a los formularios de inscripción inicial, de la modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución de garantías mobiliarias.

Los archivos electrónicos del registro deberán ser accesibles a través de internet y las certificaciones que se extiendan sobre los datos que en él consten, ya sean en papel o en forma de mensajes de datos, se consideraran documentos públicos y sirven de plena prueba.

La administración del registro estará regulada en el reglamento del registro que al efecto emita el Gobierno Nacional” (Ley 1676, 2013).

En el artículo treinta y nueve de la ley se entrevén algunas características del registro como, que operará por medio de inscripción de formularios de registro diligenciados a través de internet, el registro se organizara según la persona sea jurídica o natural y a cada garante se le abrirá un folio electrónico donde se consignaran en orden cronológico los datos contenido en los formularios, Confecámaras será la encargada de llevar de manera centralizada una única base de datos a nivel nacional.

El formulario de registro deberá estar compuesto por,

- Nombre, identificación, dirección física, dirección electrónica tanto del garante como del acreedor garantizado.
- Descripción de los bienes dados en garantía, que puede ser genérica o específica, incluida la de los derivados o atribuibles según corresponda.

- En caso de ser gravámenes cuya fuente es la ley especificar el órgano de procedencia.
- En caso de ser bienes inmuebles por adhesión o destinación, habrá que identificar el tipo de bienes y mencionar el folio de matrícula inmobiliaria, número de inscripción y el nombre del propietario del inmueble.
- El monto máximo de la obligación garantizada.

La oponibilidad dando la entrega de la tenencia de los bienes, se trata de que el garante entregue de manera material los bienes al acreedor garantizado o a un tercero si este así los dispone, éste acreedor garantizado o tercero podrá realizar la garantía mobiliaria en el caso del incumplimiento de las misma, en el evento de que el bien vuelva a la tenencia del garante o deudor en este caso, o no se haya podido efectuar la entrega desde un primer momento es necesario que para que la garantía sea oponible ésta sea inscrita en el registro previamente mencionado, ya que la tenencia se encuentra en manos de su dueño.

La oponibilidad por la entrega del control de los bienes al acreedor garantizado o a un tercero escogido por él consiste en la entrega no del bien de forma material sino de la disposición del bien o los bienes, es decir, el acreedor garantizado en el caso del impago sin la tenencia de los bienes podrá exigir por parte del tercero o del garante la realización de la garantía.

Este caso se puede observar en la entrega del control de las cuentas bancarias del garante, el garante entregara dicho control al acreedor garantizado, quien en caso de no satisfacer su obligación podrá exigir al banco la transferencia hasta por el monto del valor pignorado.

El artículo treinta y siete de la ley 1676 de 2013 dispone el método de la conversión de garantías y sus formas de oponibilidad, este dispone lo siguiente

“una garantía con tenencia del acreedor garantizado al igual que un derecho de retención concedido por la ley, podrán ser convertidos en garantía sin tenencia, sin perder su prelación, siempre y cuando que la garantía se haga oponible frente a terceros, por medio de su inscripción en el registro, antes de que se devuelvan los bienes muebles al garante.

Una garantía sin tenencia podrá ser convertida en garantía con tenencia sin perder su prelación, siempre y cuando que el bien sea entregado al acreedor garantizado antes del vencimiento de la vigencia de la inscripción de la garantía mobiliaria en el registro” (Ley 1676, 2013).

Esto indica que por una parte la garantía podrá transformarse de sin tenencia a con tenencia sin obstáculo alguno, y será un cambio meramente físico, sea entregando el bien al acreedor garantizado o al garante dependiendo de la conversión que se esté haciendo.

Lo verdaderamente importante para la oponibilidad será el tema del registro, en tanto que si la transformación es con tenencia a sin tenencia se deberá hacer la inscripción en el registro de los bienes muebles garantes de la obligación antes de la entrega de estos al garante para así proteger la prelación del crédito del acreedor garantizado.

En el caso de estar en la conversión de una garantía sin tenencia a con tenencia esta se deberá hacer antes del vencimiento de la vigencia de la inscripción de la garantía en el

registro, de lo contrario los bienes no tendrá prelación a la hora de garantizar la obligación del crédito frente a terceros, en caso de que uno de ellos se adelante.

Subtítulo 1: Registro

La consulta del registro de las garantías mobiliarias puede hacerse en la página de internet www.garantiasmobiliarias.com.co, esta página de internet administrada por Confecámaras permite consultar las garantías mobiliarias que se encuentren sobre los bienes, dicha consulta puede hacerse por el número otorgado en el momento del registro o por el nombre de los deudores garantes.

Como bien se puede entender, la ley busca la utilización de la tecnología en el tema de la garantías mobiliarias, tanto la inscripción, como la búsqueda de la garantías vigentes deben hacerse por esta vía, también a través de la página anteriormente citada se pueden hacer solicitudes las cuales deben ser atendidas; con esto se espera que haya una mayor celeridad al momento de cumplir con un requisito formal, como el espíritu de la ley siempre ha buscado mantener.

Este registro ha sido criticado por la doctrina y la comunidad jurídica de Medellín, en este caso, según lo expuesto por Alejandro Echavarría Dapena, en su trabajo sobre garantías mobiliarias, allí se expone,

“muchas inconformidades ha generado sobre la comunidad académica la creación de este nuevo registro único de garantías mobiliarias, puesto que no parece señal en

la ley 1676 qué es aquello que es objeto de registro, sobre todo si se tiene en cuenta que su artículo 48 autoriza a que se haga la inscripción en el registro incluso antes de la celebración del contrato de garantía. Se cree que la crítica de la doctrina al sistema de registro obedece a que se ha entendido, erradamente, que en el registro se inscriben los contratos de garantía, y que tal registro tiene un carácter constitutivo de la garantía, lo que obedece a la lógica de la prenda sin tenencia del Código de Comercio” (Dapena, 2014, pág. 84).

No estando de acuerdo con esta crítica, se expone qué es muy claro que se debe inscribir en el registro, según lo estipulado por la ley, para el registro se pide, la identificación de las partes, la descripción de los bienes, en caso de que la fuente de los gravámenes sea la ley señalar a que órgano se está adscrito, identificación adicional en caso de ser bienes inmuebles y el monto máximo por los cuales estos bienes responderán por.

En ningún momento se dispone que se debe inscribir el contrato por el cual nace la garantía soportada por los bienes muebles, y no se cree necesario que se necesite un racero para saber que bienes pueden ser inscritos, el artículo tercero dispuso de forma precisa que caben todos los bienes muebles corporales o incorporales, presentes o futuros, derivados o atribuibles dentro del registro, inclusive hasta los bienes inmuebles considerables como muebles tienen un renglón especial para su descripción.

En cuanto a cuál es el carácter del registro de forma congruente cuando se abarcó en el tema de la constitución de la garantía mobiliaria y la oponibilidad, el registro tiene un carácter declarativo, lo que pasa es que muchas veces se confunde la oponibilidad con la constitución, dice el Doctor Gunther González Barrón en su trabajo sobre las garantías que

“los artículo 17, 22 y 37 LGM permiten deducir que la garantía mobiliaria está sujeta a una inscripción declarativa, por la cual, los derechos nacen y se transmiten al margen del registro· (Gonzalez G. , pág. 20)

Título 3: Prelación de Créditos

La Corte Constitucional en Sentencia C 092 de 2002, define la prelación de créditos como,

“el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata entonces de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; solo existen aquellas expresamente contempladas en la ley” (C092, 2002).

Esta definición de la Corte Constitucional expone que la prelación de créditos no es más que la forma en la cual se le debe cumplir una obligación a los acreedores interesados en un mismo bien, y en caso de que este no alcance a cubrir el total de las obligaciones garantizadas por el bien cuál será la forma en que se decidirá que obligación se satisface primero que otra.

El final de la definición dispuesta por la Corte da pie a la ley 1676 de 2013, es decir, cuando la Corte dice, solo existen aquellas expresamente contempladas en la ley, es pertinente remitirse al artículo 48 de la ley, titulado como prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía.

Dicho artículo menciona cuales son las reglas que se utilizaran cuando varios acreedores tienen garantías mobiliarias sobre un mismo bien, el artículo dispone lo siguiente,

“La prelación de una garantía mobiliaria sin tenencia, incluyendo la de sus bienes derivados o atribuibles, constituida de conformidad con esta ley, así como los gravámenes surgidos por ministerio de la ley, judiciales y tributarios, se determina por el momento de su inscripción en el registro, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía.

Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita.

Respecto de las garantías cuya oponibilidad frente a terceros de conformidad con lo previsto en esta ley, ocurre por la tenencia del bien o por el control sobre la cuenta de depósito bancario, la prelación se determinara por el orden temporal de su oponibilidad a terceros.

Si la garantía mobiliaria no se inscribió en el registro, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias no registradas será determinada por la fecha de celebración del contrato de garantía.

Entre una garantía mobiliaria oponible a terceros mediante su inscripción en el registro y una garantía mobiliaria oponible a terceros por cualquier otra forma prevista en esta ley, la prelación será determinada, cualquiera que sea la fecha de constitución por el orden temporal de su inscripción o por fecha de su oponibilidad a terceros, de ser esta anterior” (Ley 1676, 2013).

En un primer punto y según lo dicho en este artículo por la ley, podemos partir que lo más valioso para la prelación de créditos en una garantía mobiliaria sin tenencia será el momento de la inscripción en el registro de la misma, la cual se preferirá siempre sobre una garantía que no esté inscrita o sea posterior al registro.

Un segundo punto será cuando se presente una disputa entre dos o más garantías mobiliarias que ocurran por la tenencia del bien o por el control sobre la cuenta del depósito bancario, en este supuesto se preferirá satisfacer el crédito del acreedor que haya llegado primero en el tiempo, es decir, la primera obligación obtenida por el deudor en la cual hayan sido entregados los bienes en garantía primera sobre las demás, la segunda sobre las posteriores y así sucesivamente.

El tercer supuesto será cuando se encuentren dos acreedores cuyas garantías no hayan sido inscritas en el registro, en este caso se ha de preferir el crédito de quien haya celebrado el contrato primero con el deudor.

El cuarto caso que puede ocurrir es cuando hay una pugna entre un acreedor que tiene una garantía mobiliaria inscrita en el registro y de esta manera es oponible y otro acreedor al cual se le perfeccionó su garantía por cualquier otro de los medios previstos en la ley, que a su vez es oponible. En este caso habrá que entrar a estudiar cuál de los dos acreedores hizo oponible su obligación antes que el otro temporalmente hablando.

Por ejemplo, al acreedor uno se le adeudan 1.000.000 de pesos garantizados por un bien mueble debidamente inscrito en el registro el 1 del mes de mayo de 2015, y al acreedor dos se le adeudan 1.500.000 pesos garantizados por el mismo bien que le fue entregado

materialmente en el mes de abril del mismo año, ante esta situación se preferirá satisfacer el crédito del acreedor dos, en tanto se hizo oponible la garantía ante terceros en el mes de abril por uno de los medios que la ley autoriza, así el acreedor uno haya tenido su crédito registrado.

Título 4: Ejecución

Para el desarrollo de la ejecución de las garantías mobiliarias es pertinente comenzar por determinar que la competencia jurisdiccional yace en cabeza de los Jueces Civiles y la Superintendencia de Sociedades, que solo podrá ejercer una función de prevención, en los casos en los cuales el garante sea una sociedad sometida a su vigilancia.

El artículo 58 de la ley 1676 de 2013, lleva como título, Mecanismos de Ejecución, y expone lo siguiente,

“En el evento de presentarse incumplimiento del deudor, se puede ejecutar la garantía mobiliaria por el mecanismo de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso o de ejecución especial de la garantía, en los casos y en la forma prevista en la presente ley” (Ley 1676, 2013).

La adjudicación o realización especial de la garantía real consagrada en el artículo 467 del Código General del proceso consiste en que,

“el acreedor hipotecario o prendario podrá demandar desde un principio la adjudicación del bien hipotecado o prendado, para el pago total o parcial de la obligación garantizada, y solicitar en subsidio que si el propietario demandado se opone a través de excepciones de mérito, la ejecución reciba el trámite previsto en el artículo siguiente, para los fines allí contemplados” (Ley 1564, 2012).

El artículo siguiente, es decir el artículo 468, habla de las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real, y determina que, cuando el acreedor busca el pago de una obligación en dinero, exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda deberá:

1. Presentar la demanda, cumpliendo con los requisitos normales de demanda ejecutiva, indicando los bienes objetos de gravamen, presentando título que preste mérito ejecutivo y dirigirla al actual propietario.
2. Embargo y secuestro, el juez deberá decretar embargo y secuestro simultáneamente con el mandamiento ejecutivo de cobro y el registrador deberá inscribir el embargo aunque el demandado haya dejado de ser el propietario del bien.
3. Orden de seguir adelante la ejecución, en tal caso de no proponerse excepciones y practicarse el embargo de los bienes, o si el ejecutado prestó caución para evitar o levantar el embargo, se deberá seguir adelante con la ejecución de los bienes para que con dicho producto se pague al demandante el crédito y las costas.
4. Intervención de terceros acreedores, en el mandamiento ejecutivo el juez deberá ordenar la citación de los terceros acreedores que tengan derechos sobre los bienes objeto de

garantía, para que en el término de diez días desde la notificación hagan valer sus créditos, presentados los acreedores todas las demandas se tramitaran al mismo tiempo con la demanda inicial, en consecuencia el juez librara un solo mandamiento ejecutivo, donde se estipulará el orden de preferencia de los distintos créditos y se condenara al deudor de ser el caso en las costas conjuntas e individuales del proceso.

5. Remate de bienes, el acreedor garantizado, podrá hacer postura con base en la liquidación de su crédito, en tal caso del bien ser garante de otros créditos con un mejor grado, el acreedor quien exige su pago deberá tener autorización de quienes tienen mejor grado en la prelación del crédito que él.

6. Concurrencia de embargos, en tal caso que al realizar un nuevo embargo por un crédito con garantía se encuentre un embargo anterior sin garantía en el registro del bien, de igual manera el mismo se inscribirá el embargo posterior, el registrador deberá cancelar inmediatamente el embargo sin garantía e informar al juez que dicto la providencia lo ocurrido, teniendo en cuenta que de haber remanente, éste se considerará embargador a favor del crédito cancelado.

7. Obligaciones distintas de pagar sumas de dineros, las obligaciones de este tipo garantizadas con bienes habrán de seguir el procedimiento dispuesto en el artículo 428 del Código General del Proceso, dicho artículo lleva como título ejecución de perjuicios, y su contenido estipula que, cuando se trata de sumas distintas a dinero el acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de lo debido.

El mencionado artículo 58, trae un párrafo explicativo del procedimiento previo a la apertura de la ejecución, el párrafo estipula que,

“al acreedor a quien se le haya incumplido cualquiera de las obligaciones garantizadas, podrá hacer requerimiento escrito al deudor, para que dentro del término de diez (10) días acuerde con él la procedencia de la ejecución especial de la garantía mobiliaria. De no hacerlo operará el mecanismo de ejecución judicial. De la misma manera se procederá cuando el bien objeto de la garantía tenga un valor inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales” (Ley 1676, 2013).

En cuanto a la ejecución especial de la garantía la ley señala 6 distintas fuentes por las cuales se puede abrir este procedimiento:

1. Por mutuo acuerdo entre las partes contenido en el contrato de garantía.
2. Cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien en garantía.
3. Cuando el acreedor tenga derecho legal de retención del bien.
4. Cuando el bien tenga un valor inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.
5. Cuando se cumpla un plazo o una condición resolutoria de una obligación, siempre que esté prevista la posibilidad de la ejecución especial.
6. Cuando el bien sea perecedero.

Es de interpretar que al legislador le sobra el tercer supuesto por medio del cual se puede excitar la ejecución de este procedimiento, en tanto, que los acreedores con derecho de retención siempre tienen la tenencia del bien.

Las entidades autorizadas para llevar a cabo la ejecución especial de los bienes muebles garantes de un crédito serán las Notarías y las Cámaras de Comercio como lo indica el artículo 64 de la ley.

El artículo 65 trata del procedimiento de la ejecución especial de la garantía, dictando las siguientes directrices:

1. El acreedor garantizado ante el incumplimiento del deudor dará comienzo a la ejecución especial, mediante la inscripción en el registro del formulario registral de ejecución, registro que hará las veces de notificación al deudor y el notario o la Cámara según el caso enviará una copia de la inscripción de la ejecución al garante.

2. Una vez inscrito el formulario registral de ejecución el acreedor deberá enviar una copia a los demás acreedores garantizados que aparezcan inscritos, con el fin de que puedan aparecer a hacer valer sus derechos.

3. Los requisitos del formulario registral de ejecución son,

- Indicación del número de inscripción del formulario registral de inscripción inicial de la garantía mobiliaria.
- Identificación del garante a quien se le dirige el aviso de ejecución.
- Identificación del acreedor garantizado que pretende realizar la ejecución.

- Breve descripción del incumplimiento del deudor, la descripción de los bienes en garantía o la parte de los bienes en garantía sobre los cuales se desea realizar la ejecución y una declaración del monto estimado para satisfacer el crédito y cubrir los gastos de la obligación razonablemente cuantificados.
- Copia del contrato o versión resumida del contrato debidamente firmado por el garante.

Como respuesta y oposición a la ejecución el deudor solo podrá fundar su oposición en cuatro supuestos, como bien los expresa el artículo 66 de la ley, en cualquier otro supuesto distinto a estos, el deudor deberá iniciar un proceso ordinario declarativo ante la justicia civil.

Las posibles oposiciones serán:

1. Extinción de la garantía mobiliaria acreditada mediante la correspondiente certificación registral de su cancelación, o mediante documento de cancelación de la garantía.
2. Extinción de la obligación garantizada u obligación garantizada no exigible por estar sujeta a plazo o condición suspensiva.
3. Falsedad en la firma que se le atribuye como propia, o alteración del texto del título de deuda o del contrato de garantía.
4. Error en la determinación de la cantidad exigible.

El artículo 67 de la ley indica cual es el procedimiento indicado para el trámite de la oposición.

En un primer lugar el deudor deberá formular su oposición por escrito dentro de un término de diez días contados a partir del recibo de la comunicación, todas las pruebas que quiera hacer valer como elemento de defensa deberán ir adjuntas al escrito, el Notario o el delegado de la Cámara de Comercio según el caso deberá remitir de manera inmediata a la autoridad jurisdiccional competente toda la documentación, para que resuelva, hasta este momento la ejecución especial quedará suspendida, las parte deberán ser citadas dentro de los tres días siguientes al recibo de escrito de oposición para audiencia dentro de los siguientes cinco días, audiencia en la cual las partes harán los alegatos que consideren pertinentes y solo se valoraran las pruebas aportadas por las partes.

En segundo lugar la autoridad jurisdiccional competente decidirá dentro de la audiencia mediante auto, que será notificado en estrado.

En tercer lugar el Juez procederá dependiendo de los siguientes supuestos, en tal caso que se estime la oposición como procedente por la extinción de la garantía mobiliaria o de la obligación garantizada, o que esta esté sujeta a plazo o condición suspensiva, el proceso especial de ejecución tendrá su fin y se ordenara por parte de la entidad competente que se registre formulario de terminación de la ejecución dentro del registro de garantías mobiliarias.

Si el Juez o quien haga sus veces valora la oposición como procedente, basándose esta en el error en la determinación en la cantidad exigible, resolverá que siga la ejecución, fijando la cantidad que corresponda, salvo que la cantidad sea igual a cero, donde pondrá fin al procedimiento especial de ejecución.

En caso de la oposición centrarse en la falsedad en la firma como base de su respuesta, la autoridad competente adelantara el trámite de tacha de falsedad y desconocimiento del título, en caso de presentarse en el proceso que efectivamente había falsedad se archivara el proceso especial de ejecución, de lo contrario se ordenará continuar con la ejecución.

En cuarto lugar, la ley dispone que en cualquier momento el acreedor podrá desistir del procedimiento especial de ejecución mediante aviso dirigido a la autoridad jurisdiccional competente.

Por quinto y último dentro del trámite de la oposición, se expresa que, en cualquier caso que el resultado sea favorable a quien se opone, se deberá avisar a quien realiza el proceso especial de ejecución para el archivo del mismo.

Cuando no se haya pactado o no se haya podido dar cumplimiento a los procedimientos especiales de ejecución, el acreedor tendrá la potestad de pedir la entrega de los bienes objeto de garantía.

El artículo 68 faculta al acreedor garantizado a “solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, adjuntando certificación que así lo acredite, la cual se ejecutará por medio de funcionario comisionado o autoridad de policía, quien no podrá admitir oposición” (Ley 1676, 2013).

Como mecanismo de protección a la venta de sus bienes por parte del acreedor garantizado, el legislador le da el derecho al deudor a terminar con la ejecución en cualquier momento, por lo que se estipula en el artículo 72 que el deudor, antes de que el acreedor garantizado disponga de los bienes garantes de la obligación podrá pagar el monto total adeudado y los

gastos incurridos por el procedimiento de ejecución, llevando a un fin al proceso y evitando la venta de los bienes.

El artículo 74 de la ley, hace uso de la misma figura, pero dirige esta potestad a los demás acreedores garantizados con un grado inferior, ellos podrán subrogarse en los derechos del acreedor con el mejor derecho haciendo el pago total de la deuda.

Por lo que, un acreedor de un tercer orden podría pagar el crédito del acreedor de primer orden y quedar con la preferencia, subrogándose él en los derechos del acreedor con grado superior de preferencia ante el deudor, propietario de los bienes garantes de la obligaciones.

Título 5: Las garantías reales en los procesos de insolvencia

El punto de partida será que, en los procesos de insolvencia se deberá suspender todas las acciones que busquen la ejecución de un bien que se encuentren activas además de la no admisión de acciones nuevas con este fin, sobre los bienes muebles o inmuebles necesarios para el desarrollo del objeto social del deudor.

Por lo tanto, y como primera noción es de resaltar que lo bienes muebles garantes de obligaciones que no se encuentren dentro del inventario aportado por el deudor como bienes necesarios, en concordancia con la ley 1116 de 2006, podrán ser ejecutados normalmente por parte del ente competente a pedido del acreedor legitimado.

La revista e-mercatoria en su artículo cuyo autor es Fabio Andrés Bonilla Sanabría (2014) y titulado El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias interpreta la ley de una manera

clara y precisa en el desarrollo de su artículo 50, donde toma un texto aparentemente enunciativo y lo convierte en las causales que crean supuestos de exclusión de los bienes de la masa protegida por el proceso de insolvencia, siendo estos los siguientes tres:

- Los bienes no inventariados por el deudor como necesarios, cuando un acreedor solicite al Juez del concurso la continuación o el inicio de la ejecución de bienes del deudor por fuera del proceso de reorganización, demostrado el supuesto de no necesidad para la actividad del deudor.
- La exclusión por orden judicial que deberá ser fundamentada en el deterioro o el riesgo de los bienes.
- Y, los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía.

Cuando los bienes en garantía estén sujetos a depreciación, el acreedor garantizado podrá acudir al promotor o en su caso al Juez del concurso, para proteger su posición como acreedor garantizado con garantía real, según el caso al acreedor se le podrá proteger con una de las siguientes medidas.

- Sustitución del bien objeto de la garantía, por bien equivalente.
- La dotación de reservas.
- Y, la realización de pagos periódicos para compensar por el valor perdido del bien.

Bajo el supuesto que se presente el acuerdo de reorganización, y así el acreedor garantizado haya aceptado la venta del bien garante de su crédito, éste tendrá preferencia frente a los demás acreedores del proceso en el momento del pago de la obligaciones o créditos, de darse el incumplimiento al acuerdo de reorganización, del acuerdo ser exitoso la obligación

se cumplirá de la forma pactada y aceptada por el acreedor necesaria para la firma del acuerdo.

CONCLUSIONES

Las garantías mobiliarias son todo gravamen impuesto sobre un bien mueble corporal o incorporeal, futuro o presente, derivado o atribuible y que cuyo valor sea determinado o determinable en dinero, y que con éste se asegure una obligación; la garantías mobiliarias después de la definición dispuesta en el artículo tercero de la ley 1676 de 2013 son un género con un amplísimo espectro de aplicación, teniendo en cuenta que por competencia residual y para los efectos de esta ley, un bien mueble es todo aquello que no sea inmueble, es todo aquello que sea cuantificable o este cuantificado en dinero, por lo que, se está hablando de cualquier “cosa” que asegure una obligación.

Momento en el cual se concibe la verdadera importancia que toma el registro del bien garante de la obligación, el registro es el único medio por el cual se hace oponible la garantía ante terceros que no incluya la entrega del bien o la tenencia del mismo al acreedor garantizado o a un tercero autorizado, lo que es lo mismo a decir que un bien que sea una garantía mobiliaria y la tenencia la siga manteniendo el deudor y éste no haya sido registrado, el acreedor no tendrá nada más en sus manos que una garantía superflua en tanto no podrá perseguir el bien, quedando solo con un derecho personal sobre su acreencia.

Para cumplir con el tantas veces mencionado espíritu de la ley, que busca acelerar los procedimientos jurídicos a la hora de los negocios, que busca que más empresas tengan acceso al crédito, que busca la segura recuperación de su inversión por parte de los prestamistas, es de vital importancia que se le dé a lo dispuesto en la ley la ejecución y practicidad necesaria por parte de todas la entidades participantes, entendiéndose con estas

Confecámaras, Notarías y la actuación judicial cuando fuere el caso, como muchas veces ocurre estos actores decidirán el éxito o fracaso del sistema de las garantías mobiliarias, que con fallos y aciertos el legislador desarrollo en la ley 1676 de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- Colombia. Congreso de la República. Ley 57 Código civil colombiano, 1887.
- Colombia. Congreso de la República. Acceso al crédito y normas sobre garantías mobiliarias, 2013.
- Colombia, Congreso de la República. Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, 2015.
- Colombia, Presidente de la República. Decreto 410 Código de comercio colombiano, 1971.
- Corte Constitucional (2002). Bogotá. Derecho de créditos. Magistrado Ponente: Doctor Jaime Araujo Rentería.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1564 Código general del proceso, 2012.
- Sanabria, F. A. (2014). El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias. E-mercatoria.
- Gonzalez, E. I.-E. (2015). La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias. Revista de Derecho-Universidad del Norte.
- Chile, Ministerio de Justicia. Decreto con fuerza de ley 1 Código civil chileno, 2000.
- Corte Suprema de Justicia (1968). Bogotá. Pacto de reserva del dominio. Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Ospina Fernández.

- Colombia. Congreso de la República. Pactum reservati dominii, ley 45 (1930)
- Freaner, F. C., & Molina, J. M. (s.f.). La garantía mobiliaria. *Jurídica Anuario*, 277-312.
- Gonzalez, G. (s.f.). Viejas y nuevas reflexiones sobre la ley de garantías mobiliarias.
- Dapena, A. E. (2014). Analisis de la ley 1676 de 2013. 84.