

El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013*

FABIO ANDRÉS BONILLA SANABRIA**

RESUMEN

El objetivo del artículo es el de abordar el equilibrio de la relación contractual hecho por el legislador en la Ley 1676 de 2013, también conocida como ley de garantías mobiliarias. En dicha ley es evidente la existencia de una ponderación por parte del legislador de los intereses de la relación de garantía, la cual justificó el resultado de la nueva ley. Se estudian los motivos que utilizó el legislador para justificar la modificación al régimen de garantías preexistente en Colombia, y se revisan temas particulares como el carácter principal del contrato de garantía, la aceptación del pacto comisorio y otros. Se resalta el valor de algunos principios generales como el abuso del derecho y la proporcionalidad para buscar que la nueva lógica del legislador, conforme con la cual la protección frente a posibles abusos no debe corresponder a la ley (general y abstracta), sino al juez (en cada caso concreto), pueda alcanzarse de una forma real y efectiva. El reto no es menor, y los riesgos de abuso son latentes.

PALABRAS CLAVE

Garantías mobiliarias, garantías, pacto comisorio, abuso del derecho.

* Fecha de recepción: 14 de agosto de 2014. Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2014. Para citar el artículo: BONILLA, F. "El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013", en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 131-160.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. LLM en International Business Law de University College de Londres (UCL). Profesor e investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: fabio.bonilla@uexternado.edu.co.

ABSTRACT

The aim of the paper is to address the balance of the contractual relationship made by the legislature in Act 1676 of 2013, also known as the Law of Secured Transactions. In this Act there is an evident weighting by the legislature of the interests involved in a secured transaction. In this article the reasons justifying the reform of the Colombian secured transactions regime are reviewed. In particular, issues such as the qualification of a security interest as a main contract, the acceptance of an appropriation pact and the rights and duties of the parties are covered. The article intends to highlight the value of general principles of law such as the prohibition to abuse rights or the proportionality in secured transactions in order to ensure that the logic of the new statute which seeks to leave the protection of potential abuses in the hands of a judge and not in the writings of the law, can be achieved in an effective way. The task is not small and the potential abuses are lurking.

KEYWORDS

Secured transactions, securities, appropriation pact, prohibition to abuse rights.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente escrito es el de abordar la relación contractual que fue diseñada por el legislador en la Ley 1676 de 2013, también conocida como ley de garantías mobiliarias, debido a que en la misma se hizo una particular ponderación de los intereses inmersos en una relación contractual de garantía entre el acreedor garantizado y el deudor o el garante¹. Sin embargo, y de manera particular, considero necesario hacer una salvedad frente al contenido del documento, mencionando que no se analizarán las consecuencias e implicaciones concursales que parece ocasionar esta reforma, aspectos que han sido duramente comentados en los pocos meses de vigencia de la ley.

Por lo tanto, y enfocando el desarrollo de este artículo, en primer lugar el documento hará una revisión de los motivos que llevaron al legislador a pro-

1 La temática de la Ley 1676 de 2013 hace que el control que en materia de constitucionalidad pudiera hacer la Corte Constitucional sea limitado. En efecto, se entiende que en materia de constitución económica el legislador tiene una libertad de configuración normativa y por lo tanto la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de este tipo de normas ha decidido aplicar un test de razonabilidad leve destinado a determinar si la norma persigue una finalidad constitucionalmente admisible. (Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-154 de 1996, C-247 de 2001, C-042 de 2003 y en especial la C-674 de 2002). Por lo tanto, decidimos que el análisis que pretende este documento no se enfoca en la constitucionalidad de la norma.

mover el proyecto que concluiría con la Ley 1676 de 2013, dentro de los que se encuentran razones de política económica, a la vez que razones fundamentadas en la limitada utilidad práctica que había tenido el derecho de garantías en nuestro ordenamiento. Con fundamento en esto, en una segunda parte se hacen unos comentarios frente a las modificaciones hechas por el legislador, revisando algunos aspectos particulares de la ley, como el carácter principal que otorga a los contratos de garantías mobiliarias y la aceptación del pacto comisorio. Al revisar estos temas, se reivindica la aplicación judicial de algunos principios jurídicos como herramientas que permitan superar los riesgos que la nueva regulación puede llegar a presentar para los deudores o garantes de garantías mobiliarias.

1. LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA QUE JUSTIFICA EL CAMBIO DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS

El análisis de la Ley 1676 de 2013 lleva a identificar la existencia de una particular preocupación del gobierno en materia de acceso al crédito en Colombia, y el efecto que frente a esto puede tener un sistema de garantías. El valor principal que persigue esta norma es el aumento del crédito disponible.

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

Consecuencialmente, estudios especializados, utilizados por el gobierno al estructurar el proyecto de ley presentado al Congreso², consideran que una de las formas de promover el acceso al crédito consiste en la implementación de un sistema de garantías para el cumplimiento de las obligaciones de pago de esos créditos adquiridos, el cual se caracterice por facilidades en su constitución, certeza en los derechos que confiere y en especial por la fácil ejecución de las mismas. Adicionalmente, lo que resulta particularmente notorio en la práctica legal y comercial colombiana, se ha considerado que el aumento del espectro de bienes que pueden ser utilizados a modo de garantía también contribuiría a aumentar la disponibilidad de recursos de capital en una economía. Como efecto adicional de un esquema así diseñado se considera que, por lo menos desde el punto de vista teórico, la existencia de garantías

2 CORREA, ALEXÁNDER. Estudio económico "Las garantías mobiliarias en la promoción de la competencia y el acceso al crédito en Colombia". Estudio contratado para la Delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Octubre 2011, pp. 5 y ss.

efectivas debe ocasionar una disminución en los porcentajes de las tasas de interés que se cobran por los créditos garantizados (bajo la lógica de que a menor riesgo, menor tasa de interés).

a. LAS GARANTÍAS COMO UN INCENTIVO
A FAVOR DE LOS PROVEEDORES DE CRÉDITO

Como ya se indicó, la accesibilidad a los recursos de capital es un objetivo deseable desde una perspectiva económica y, por lo tanto, la política pública está diseñada para lograr ese objetivo. De esta forma, y en la medida que el acceso a bienes y servicios en una economía de mercado está determinado por la capacidad adquisitiva de los agentes económicos, el crédito como fuente de acceso a capital surge como una herramienta que facilita el poder adquisitivo con propósitos productivos o de consumo.

La importancia del acceso al crédito adquiere tal magnitud en nuestro sistema económico que la misma fue reconocida por el constituyente de 1991, quien decidió asignarle al Estado un deber de promover el acceso a los servicios de crédito como un mecanismo para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, en particular de los campesinos³. En ese sentido, podríamos decir que, si de parte del Estado la promoción del acceso al crédito es un deber, desde la perspectiva de los ciudadanos se genera un derecho al crédito, o de forma más llamativa aún, la existencia de un "derecho a la deuda".

El crédito por supuesto tiene el efecto potencial de permitir a personas que no tienen recursos de utilizarlos en actividades productivas. Esta potencialidad funcional que lo hace deseable al servir de fuente de pago, fue expresamente resaltada en la exposición de motivos del proyecto que terminó en la Ley 1676 de 2013:

Si Colombia carece de un sistema efectivo de acceso al crédito, no solo se perjudica el crecimiento de la empresa como fuente generadora de riqueza y empleo, sino que también se afecta a los consumidores de bienes y servicios, en la medida en que los altos costos de financiación terminan trasladándose al precio de los bienes y servicios.

Muchas de las consideraciones, por supuesto verdaderas, que realiza la exposición de motivos de lo que es ahora ley de la república se fundamentan en aspectos económicos derivados del análisis comparativo de la situación del país conforme a índices internacionales que miden la favorabilidad de un país para desarrollar negocios. Así, por ejemplo, se sostiene:

3 Constitución Política de Colombia, art. 64. "Es deber del Estado promover el acceso progresivo [...] a los servicios de [...] crédito [...], con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos".

El proyecto de ley apuntará a mejorar la competitividad de Colombia en el indicador de obtención de crédito de 'Doing Business', facilitará el acceso a recursos a través del aumento del crédito disponible y ayudará a la reducción del costo de financiación de las micro, pequeñas y medianas empresas.

Ahora bien, sin pretender cuestionar el establecimiento de políticas legislativas con base en los análisis de indicadores internacionales⁴, asunto que consideramos cada vez más usual en el entorno globalizado en que nos encontramos, sí considero pertinente hacer una breve observación crítica en cuanto a la justificación de promover un acceso al crédito por considerarlo una actividad productiva.

Al respecto, resulta indudable que una de las finalidades de quien busca obtener un acceso al crédito *puede ser* la de destinar los recursos obtenidos a una actividad empresarial (productiva) que en caso de ser exitosa le facilite los medios para asumir dicho crédito y además le permita obtener una ganancia. Bajo esa lógica, el crédito surge como un incentivo para la generación de riqueza, y su adecuada utilización genera la fuente de pago del capital inicialmente solicitado. La consecuencia adicional de este esquema en la dinámica de una economía de mercado competitiva puede implicar tanto un aumento de bienes y servicios disponibles como la eventual reducción de los precios de los mismos (las dificultades de financiación se pueden convertir en un costo que el productor traslada al consumidor). De esta forma, las garantías como incentivo al aumento del crédito disponible benefician el desarrollo de actividades productivas y de manera indirecta benefician a los consumidores⁵.

4 A este respecto resulta por lo menos necesario mencionar que a finales del mes de octubre de 2014, en el reporte Doing Business 20125 *Going Beyond Efficiency*, el Banco Mundial consideró que en el componente de acceso al crédito, en virtud de la Ley 1676 de 2013, Colombia se encontraba ubicada en el segundo lugar a nivel mundial. Por supuesto, se trata de un pronóstico que se mide por la implementación de una norma basada en una ley modelo, que por lo tanto busca adoptar estándares internacionales. El impacto que la ley pueda tener frente a su efectividad en el ámbito judicial se mide en el reporte en un índice separado, en el cual Colombia está ubicada en el puesto 168. El reporte no menciona en la breve mención del país, en cuanto al criterio de cumplimiento de los contratos, las reformas procesales que trae la Ley 1676 de 2013. El reporte se puede encontrar en [www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf].

5 Justo antes de la publicación de este artículo, el Centro de Estudios Económicos de la ANIF publicó el resultado de su Gran Encuesta Pyme para el primer semestre de 2014. En dicho informe, se menciona que la principal fuente de financiación de las pymes en Colombia sigue siendo el crédito bancario. Igualmente, considero pertinente mencionar que, de acuerdo con este informe, la principal razón por la cual las pymes no solicitaron créditos al sistema financiero se debe a que no lo necesitaban. Esto por supuesto contrasta con la finalidad perseguida por la norma y soportada en otros estudios especializados. Al respecto, ver páginas 25 a 32 del Informe de Resultados de la Gran Encuesta Pyme.

Sin embargo, vale la pena plantear la pregunta acerca de si esa lógica funcional se presenta en las relaciones de consumo tradicionales. En los eventos en los que un individuo busca el acceso a recursos de capital mediante créditos, los cuales no utiliza para el desarrollo de una actividad productiva sino para la satisfacción de necesidades básicas o de consumo, en todo caso nos encontramos frente a un deudor que debe por supuesto cumplir con sus obligaciones voluntariamente adquiridas, pero que no encontrará la fuente de pago de la deuda en la destinación que haya dado a los recursos. En este contexto, una política pública encaminada a utilizar el sistema de garantías como incentivo para el crédito de consumo reconoce que el deudor debe tener fuentes alternativas de pago diferentes a la destinación que le sea dada a los recursos de capital obtenidos en virtud de las garantías otorgadas.

Si bien el consumidor no encuentra la fuente de pago en la destinación dada a los recursos de capital, y en la medida que las economías de mercado dependen del comportamiento adquisitivo de los consumidores, el propósito deseable de utilizar un sistema de garantías para incentivar el crédito de consumo eventualmente se puede encontrar en los efectos macroeconómicos de la norma, no obstante lo cual, considero relevante el planteamiento del interrogante sobre dicha justificación aplicable a las relaciones de crédito de consumo.

Ahora bien, la diferenciación entre la destinación que se dé a los recursos de capital obtenidos mediante crédito y que pueden ser beneficiarios del régimen de garantías permite igualmente identificar que, incluso frente al ámbito objetivo de aplicación de la Ley 1676 de 2013, esta no diferencia entre relaciones de crédito y otras relaciones contractuales en las cuales también se otorgan garantías, ya no como resultado del otorgamiento de capital, sino para el respaldo del cumplimiento de otro tipo de obligaciones, *v. gr.* un contrato de arrendamiento o uno de obra material. Siendo esto así, por supuesto que la justificación económica consistente en promover el acceso al crédito, que hace parte del título de la ley⁶, no es igualmente aplicable a las relaciones de garantía que surgen de relaciones negociales diferentes a las crediticias. En este punto, se encuentra que es posible que el argumento de promover el acceso al crédito haya sido persuasivo al momento de defender la reforma legislativa; sin embargo, en la medida que el mismo no resulta predicable de todas las relaciones de garantía reguladas por la norma, es necesario hacer la distinción de que el propósito de *promover el acceso al crédito* mediante el régimen de garantías mobiliarias solo se presenta cuando estas se otorgan para el respaldo de obligaciones crediticias y no para el marco general adicional al que también se aplicarán las disposiciones de la Ley 1676 que venimos comentando.

Primer semestre 2014. Disponible en [http://anif.co/sites/default/files/uploads/Gran%20Encuesta%20Pyme%202014-I_2.pdf].

6 "Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias".

b. DISPONIBILIDAD DE FUENTES DE CRÉDITO REGULADAS

A la par de esta consideración sobre la necesidad de tener mayor crédito disponible, existe una motivación adicional que justificaría la reforma al régimen de garantías sobre bienes muebles en Colombia. En este punto se encuentra el reconocimiento de una realidad nacional muy sensible. En efecto, mientras que las necesidades de capital de los individuos son una constante, la disponibilidad de las fuentes de financiación de dichas necesidades es una variable por lo general limitada. Por lo tanto, el sujeto necesitado de recursos buscará acceder a los recursos de cualquier fuente accesible. De modo que si el sistema "regulado" de provisión de capital se encuentra restringido para un agente económico, dicho agente, que en todo caso está necesitado de los recursos de capital, se verá en una posición en la que deberá explorar otras fuentes de financiación que estén menos restringidas, incluso si ello llegare a significar una disminución de los mecanismos legales de protección, una disminución de sus derechos o en general un menoscabo a su posición contractual.

En Colombia, además de innumerables, son recientes (¿actuales?) los ejemplos en los que los sujetos consumidores de créditos deciden asumir obligaciones con tasas de crédito excesivas, aceptar prácticas de cobro abusivas, o riesgos no controlados debido a las restricciones existentes del sistema de financiación regulado. En este contexto, el Gobierno ha considerado que la llamada "modernización" del régimen de garantías podría servir como una herramienta para suplir las falencias regulatorias existentes y de esta manera los proveedores de crédito, al sentirse mejor protegidos frente a la asunción de riesgos, estén mejor dispuestos a llenar esos vacíos del mercado que han demostrado ser tan perjudiciales para las empresas y los ciudadanos.

c. DIFICULTADES DEL RÉGIMEN LEGAL DE GARANTÍAS

A la par de estas consideraciones de tipo económico o de la realidad práctica, se han identificado dificultades propias de la forma en que jurídicamente se podían constituir o hacer efectivas las garantías existentes en el ordenamiento nacional con anterioridad a la ley que acá se comenta.

i. El aumento de los bienes susceptibles de servir de garantías (de la prenda a las garantías mobiliarias)

La realidad económica de las relaciones contractuales en Colombia evidencia que los principales tipos de garantía que un acreedor está dispuesto a aceptar son las garantías personales, o las garantías reales especialmente sobre bienes inmuebles. Por supuesto, esta situación no solo afecta las relaciones de crédito, sino que también es aplicable a cualquier tipo de relación obligacional. Basta con traer a colación ejemplos usuales, como el de los contratos de arrendamiento

de vivienda o de locales comerciales, para evidenciar que el deudor aspirante a arrendatario debe contar con una garantía personal o real sobre un inmueble para que sea aceptado por su posible arrendador. Así mismo, en la medida que Colombia no contaba con un registro de las garantías sobre bienes muebles, los acreedores garantizados enfrentaban dificultades frente a los controles o la certeza y prioridad que tendrían en el evento de tener que ejecutar una garantía, estando expuestos frente a otros acreedores garantizados que fueran más diligentes y se adelantaran en esa ejecución.

Teniendo estas condiciones en mente, la Ley 1676 de 2013 buscó en primer lugar unificar el régimen de las garantías sobre bienes y derechos muebles, de modo que se pasó a utilizar como una categoría general un concepto más amplio que el de la prenda, el concepto de garantías mobiliarias.

Al pretender definir un concepto de garantía mobiliaria, la regulación hace un énfasis funcional como se puede ver en el artículo 3.º de la ley. Ahora bien, a pesar de la pesada redacción de la norma, que a decir verdad termina sin definir lo que se debe entender por este concepto, de su contenido parece deducirse un carácter material del concepto de garantía mobiliaria. Conforme con esta norma, el de garantía mobiliaria no es entonces un concepto formal y restringido, sino que por el contrario comprende cualquier "operación" (es la expresión de la ley pero tal vez en propiedad debe entenderse que se refiere a negocio jurídico) que tenga como efecto servir de garantía y tenga como activo subyacente un bien mueble del garante.

No obstante las dificultades conceptuales de la norma, el efecto que causa parece ser el de sustituir el concepto de prenda como la garantía sobre bienes muebles, pasando al de garantía (real) mobiliaria. El cambio conceptual hace el énfasis en la función del negocio jurídico y no exclusivamente en el tipo de bienes afectados⁷. Esta aproximación funcional del concepto de garantía se puede encontrar en ordenamientos de origen anglosajón, en los cuales la importancia de las garantías y su principal característica es la función de respaldo que cumplen⁸. Así tenemos, como ejemplo, que cuando los estudiantes de los sistemas romano-germánicos revisamos la literatura anglosajona sobre el

7 "En términos muy amplios, el contrato de garantía comprende todos aquellos contratos cuyo objeto constituye el aseguramiento del cumplimiento de una obligación contractual o extracontractual a favor de un tercero, comúnmente el acreedor, siendo, por tanto, la fuente de estas obligaciones una relación jurídica distinta. Ello implica, necesariamente, que los contratos de garantía, de la naturaleza que sean, están en una relación de mayor o menor dependencia con la obligación o el contrato garantizado, con un nexo estructural o funcional, según el grado de dependencia". "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 636, septiembre-octubre, 1996, p. 1803.

8 KOZOLCHYK, BORIS. *Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA en América Latina*. American Bar Association. 2012. Disponible en [www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2012/06/legal_challengesandopportunitiesofmexicosincreasingglobalintegra/materials/iii_authcheckdam.pdf].

tema de garantías, encontramos referencias a la existencia de hipotecas (*mortgage*) sobre derechos personales⁹.

A título enunciativo, y de forma bastante casuista, la Ley 1676 de 2013 menciona negocios jurídicos o cláusulas contractuales que cumplen una función de garantía y por lo tanto deben ser entendidas dentro del concepto de garantía mobiliaria. De esta forma, la ley no crea un concepto nuevo de garantías y por el contrario busca cobijar dentro de su régimen cualquier garantía típica, y así mismo las garantías atípicas que tengan como activo subyacente un bien mueble o un derecho, entendido como bien mueble intangible.

En este punto, si bien es acertado que la reforma haya buscado aumentar el número de bienes o derechos susceptibles de servir de garantía, también es cierto que dicho aumento depende del desarrollo que en la práctica tengan los mecanismos de liquidez de los nuevos bienes o derechos que pueden usarse como garantía. Según el tipo de bienes, estos serán más o menos líquidos, y lo son o serán por razones que exceden la lógica del legislador de garantías. Así, habrá bienes que tienen un mercado secundario líquido como el de los automóviles o el de los derechos derivados de ciertos tipos de contratos, y a su vez se encontrarán otro tipo de mercados como el de electrodomésticos usados que pueden no serlo tanto. Este asunto de la liquidez de los bienes dados en garantía no se encuentra regulado en la ley, ni debería haberlo sido en razón a que es un tema de mercado y deberá ser desarrollado por el mismo de forma paulatina. Por lo tanto, serán las entidades de crédito, y en general los acreedores dispuestos a recibir este tipo de bienes en garantía, quienes tendrán un interés y por lo tanto un incentivo para contribuir al desarrollo de mecanismos de valoración de los bienes o derechos que no tienen un mercado secundario líquido¹⁰.

Como se puede entender, no se trata de un asunto menor y en caso de que no funcione o no se desarrolle, inevitablemente estaremos frente a la ampliación teórica del número de bienes y derechos susceptibles de ser admitidos como una garantía mobiliaria, pero que en la práctica no serán aceptados por los acreedores, con lo cual los propósitos que tenía en mente el legislador al promover el proyecto de ley, como el de evitar que las necesidades de crédito

9 Hacemos mención especial de los ordenamientos del Common Law en donde en efecto la hipoteca (*mortgage*) bien puede recaer sobre bienes diferentes a los inmuebles, *v. gr.*, derechos. Al respecto nos parecen útiles las aclaraciones hechas por el profesor STEVENS en el siguiente artículo cuya lectura se recomienda: R. STEVENS. "Contractual Aspects of Debt Financing", en A. REISBERG y D. PRENTICE (eds.). *Corporate Finance Law in the UK and the EU*. OUP 2010, Chapter 8, pp. 213 y ss.

10 Sobre este aspecto, los comentarios hechos en foros académicos por funcionarios de las entidades del gobierno encargadas de la reglamentación de esta ley han anunciado la preparación de un decreto reglamentario mediante el cual se tocarán algunos de estos aspectos. Dado que no existe un proyecto de decreto, no es posible incluir su contenido en estos comentarios.

se satisfagan en mercados no regulados, seguirán siendo parte de la realidad nacional¹¹.

ii. Las dificultades en la ejecución de las garantías

Adicional a las restricciones que existían sobre los bienes susceptibles de ser utilizados como garantías, el régimen nacional evidenciaba, y en gran medida lo sigue haciendo, otras dificultades de carácter práctico que en caso de resolverse podrían contribuir a alcanzar la política pública de incrementar el acceso al crédito.

En la medida que la función de las garantías es respaldar el cumplimiento de una obligación en caso de que se presente un incumplimiento, el acreedor garantizado buscará reducir el efecto negativo de ese incumplimiento mediante la ejecución de la garantía. Por lo tanto, la efectividad de los mecanismos disponibles para ejecutar ese respaldo son determinantes para conocer el estado del riesgo que asume un acreedor garantizado¹². Una ejecución lenta y

11 Para los acreedores no garantizados y para los deudores sin garantías, su comportamiento crediticio se convierte en su única herramienta para demostrar o controlar el riesgo de incumplimiento. Sin ser ese el propósito de este documento, valdría la pena indagar sobre el impacto que los reportes de información crediticia en las centrales de riesgo tienen frente al comportamiento de pago de un deudor, para analizarlo de forma comparada con el incentivo al pago creado por las garantías. Frente a este interrogante he encontrado interesantes las siguientes consideraciones: “[...] cualesquiera que sean los estratos de pobreza que consideremos, y por muchas que sean las necesidades, las personas afectadas no pueden prescindir de algunas operaciones jurídicas. Hay que adquirir alimentos, ropa y medicamentos, acceder a lugares donde vivir, organizar pequeños negocios, etc. Y, en muchos casos, se hace necesario recurrir al crédito. La pregunta que surge es evidente: ¿qué clase de garantías operan?”

“En este contexto, hay que destacar la relevancia que, para los que recurren al crédito, tienen los bancos de datos comerciales. Una información negativa cierra toda posibilidad crediticia; se produce una suerte ‘de muerte comercial’, que afecta el sistema de ‘deuda continua’ que, hoy por hoy, constituye un aspecto habitual, muchas veces extremadamente gravoso, de la existencia del ciudadano común. No se puede vivir sin papeles ‘limpios’”. ANTONIO PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR. “Las garantías en las operaciones jurídicas de la economía de la pobreza”, en *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuela Somarriva Undurraga*, Universidad del Rosario y Universidad de Chile, Bogotá, 2009, p. 31.

12 Estas consideraciones, que son válidas y aplicables a cualquier relación de garantía, han sido expresamente tenidas en cuenta por la Superintendencia Financiera al establecer las reglas de gestión del riesgo crediticio. En efecto, sostiene un apartado de su Circular Básica Contable (Superintendencia Financiera. Circular Básica Contable, capítulo II, numeral 1.3.2.3.1, lit. d.):

“Las garantías que respaldan la operación son necesarias para calcular las pérdidas esperadas en el evento de no pago y, por consiguiente, para determinar el nivel de las provisiones [...]. Para evaluar el respaldo ofrecido y la posibilidad de realización de cada garantía, se deben considerar como mínimo los siguientes factores: naturaleza, valor, cobertura y liquidez de las garantías. Las entidades deben estimar los potenciales costos de su realización y considerar los requisitos de orden jurídico necesarios para hacerlas exigibles en cada caso”.

rodeada de inseguridades frente a su resultado aumenta el nivel de riesgo que asume el acreedor, y puede incluso llegar al punto de equiparar la posición de un acreedor garantizado a la de un acreedor quirografario.

Ahora bien, dentro de las dificultades de ejecución se encuentran problemas generales como el de la congestión de la rama judicial o la inexistencia de un registro unificado de garantías. De manera particular, el diseño de los procesos de ejecución y las defensas admisibles son asuntos que tienen relevancia en cuanto a la efectividad de la ejecución de las garantías. La exposición de motivos del proyecto de ley tuvo en cuenta estas circunstancias evidenciadas en los datos estadísticos de indicadores internacionales como el *Doing Business* del Banco Mundial¹³, o estudios hechos por la Corporación Excelencia en la Justicia en Colombia¹⁴. La idea que subyace a estos datos estadísticos es que un potencial deudor (es decir, todos los agentes de una economía) se ve afectado por las dificultades que los acreedores (proveedores de fuentes de capital) deben afrontar al ejecutar sus garantías, pues estos estarán menos dispuestos a otorgar créditos en un futuro o a entrar en una relación contractual determinada si los riesgos que están asumiendo no se encuentran debidamente cubiertos o se ven reflejados en la remuneración. Por lo tanto, el silogismo planteado por la ley consiste en que una mayor protección de los derechos de los acreedores al ejecutar las garantías resultará beneficiosa para todos quienes sean deudores potenciales¹⁵.

d. LA ARMONIZACIÓN Y LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Aparentemente, otra de las finalidades pretendidas con la regulación de la Ley 1676 de 2013 fue la de unificar el régimen de las garantías sobre bienes

13 En la medición hecha en el año 2011, año anterior a la presentación del proyecto de ley al Congreso, en el indicador de acceso al crédito Colombia ocupó "el puesto 150 en un *ranking* de 183 países y el puesto 25 en América Latina y el Caribe entre 32 países".

14 Conforme con la información citada en la exposición de motivos del proyecto de ley 200 Senado, en la jurisdicción civil, con datos de 2010, el 73 % de los procesos ejecutivos ocupaban el inventario de expedientes en trámite por los jueces.

15 De forma consecuencial con la ineficacia del sistema de garantías, los acreedores del sector financiero, aunque también de otros servicios, sean o no garantizados, han encontrado que el reporte a las centrales de información crediticia puede servir como un incentivo importante para lograr una cultura de cumplimiento de parte de sus deudores, lo que por supuesto convirtió a las centrales de riesgo en herramientas poderosas, efectivas y no en pocos casos temidas por los deudores. Esta última faceta, en virtud de la relación dispar que se presenta en la relación de débito entre las partes, ha merecido la atención regulatoria del Estado (a propósito de la ley de datos personales y la voluminosa línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en materia de *habeas data*). Para un estudio jurisprudencial y especializado del tema ver: JUAN CARLOS UPEGLI. *Habeas data: fundamentos, naturaleza, régimen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

muebles y consagrar a nivel nacional la ley modelo interamericana de garantías mobiliarias.

De esta forma, Colombia busca, al igual que en muchas otras materias, la armonización de su régimen legal tomando como estándar el modelo interamericano que encuentra una clara inspiración en regímenes norteamericanos, en particular en las legislaciones del estado de Ontario en Canadá y el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos¹⁶. No obstante, ordenamientos mucho más cercanos a la tradición normativa nacional también han venido prohiendo la reforma de sus regímenes legales en materia de garantías, como es el caso de Francia con su reforma de 2006, donde a pesar de responder a modelos diferentes, en todo caso parecen existir no pocas coincidencias con el régimen interamericano¹⁷.

Ahora bien, en relación con el régimen interno, entendiendo que la ley no creó una tipología nueva de garantías o buscó codificar todos los tipos existentes, la regulación de cada uno de los tipos de garantías sigue estando algo dispersa. Por supuesto, la ley sí tiene el efecto y virtud de unificar gran parte de las normas relacionadas con aspectos sustanciales y procesales de las garantías, en particular frente a los temas de oponibilidad y ejecución. Sin embargo, debido a esa dispersión normativa residual, será necesario definir asuntos en los que se pudiera llegar a pensar que existen antinomias o posibles derogaciones tácitas. A continuación algunos temas en los que se pueden presentar aparentes contradicciones o en los que pudieran presentarse dificultades de interpretación normativas:

i. La tipificación de un negocio jurídico como garantía mobiliaria

Por supuesto, la conceptualización de lo que se debe entender por garantía mobiliaria y en general por garantía no es un asunto sencillo. El tema en realidad no fue definido en nuestro Código de Comercio, aunque en nuestro Código Civil sí encontramos el concepto de caución (art. 65 CC). De cualquier manera, el legislador del 2013 ha realizado un esfuerzo al establecer una definición de lo que se debe entender por garantía mobiliaria, asunto que ha ocasionado ya discusiones en cuanto al alcance y claridad de este régimen legal¹⁸. Al respecto,

16 ALEJANDRO GARRO. "El marco regulatorio de las garantías mobiliarias en el comercio internacional: la ley modelo de la OEA", en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*, tomo IV, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 119 y ss.

17 Al respecto, en el Seminario Internacional sobre Garantías Típicas, Atípicas y Mobiliarias, organizado por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado, el profesor JAVIER RODRÍGUEZ OLMOS presentó un juicioso estudio comparado sobre los regímenes de garantías mobiliarias europeos y americanos.

18 R. BEJARANO GUZMÁN. *Ámbito jurídico. Garantías mobiliarias*, 16 de octubre de 2013. "La ley es de redacción pesada y en ocasiones farragosa o confusa. El artículo 3.º, por ejemplo, pieza

el profesor chileno MANUEL TAPIA RODRÍGUEZ había encontrado ya la particular dificultad de lograr una adecuada definición del concepto de garantía al decir:

Definir 'garantía', dar una noción precisa y suficiente de ella, tiene al menos dos complejidades. La propia de conceptualizar una noción que ni siquiera fue abordada por la codificación decimonónica. Luego, aquella de encontrar una definición suficientemente comprensiva de las distintas instituciones que se suelen aludir bajo el concepto de garantía (cuyo número no cesa de incrementarse); pero que a la vez tenga alguna virtud analítica, esto es, que sirva para comprender su estructura y las consecuencias que se siguen de ella¹⁹.

Por lo tanto, el profesor chileno consideró que tal vez resulta más adecuado desde el punto de vista jurídico hablar de *obligaciones de garantía* (o de caución en los términos de nuestro Código Civil), de modo que se pudieran incluir todas las prestaciones que en el Derecho Romano se denominaban *praestare*, dentro del cual se encontraban tanto los derechos de retención como el contrato de seguro y por supuesto la prenda.

De cualquier forma, con fundamento en el concepto de la Ley 1676 de 2013 que hace un énfasis en el aspecto funcional de la figura de las garantías, resulta ahora válido plantear el interrogante sobre si un contrato de compraventa con pacto de reventa (que en la práctica tiene funciones de garantía²⁰) se debería entender incluido dentro del concepto legal de las garantías mobiliarias. En el caso de un pacto similar dentro del contrato de compraventa, el de reserva de dominio, la discusión parece estar absolutamente zanjada al ser mencionado de forma expresa por el artículo 3.º de la ley²¹, lo cual podría

angular porque supuestamente define el concepto de garantía mobiliaria y su ámbito de aplicación, demuestra cómo no deben redactarse las normas. El artículo anuncia el concepto de garantía mobiliaria, pero su contenido se ocupa de la forma como se constituye la misma y de los efectos de garantizar una obligación con los bienes muebles del garante. En otras palabras, a pesar de que se destinó una norma para definir lo que legalmente debe considerarse garantía mobiliaria, no hay definición. Y ello era necesario, tanto más cuanto que se trata de asuntos novedosos para quienes, como los jueces, no se mueven en el sofisticado universo de las operaciones financieras". Disponible en [www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131016-07garantias_mobiliarias/noti-131016-07garantias_mobiliarias.asp].

- 19 M. TAPIA RODRÍGUEZ. "Noción de garantía", en *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuela Somarriva Undurraga*, Universidad del Rosario y Universidad de Chile, Bogotá, 2009, pp. 18 y ss.
- 20 HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. "El pacto de retroventa de las 'casas comerciales' es un abuso del derecho", en *Estudios de Derecho Privado. Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, tomo II, Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp. 404 y ss.
- 21 LUIS ALFREDO BARRAGÁN. *El régimen de las garantías en el ordenamiento jurídico colombiano y el análisis económico del derecho*, pp. 89 y 90; CÉSAR JAIME GÓMEZ JIMÉNEZ. "El pacto de reserva de dominio", en *Estudios de Derecho Privado. Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, tomo I, Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp. 336 y ss.

permitir argumentar que bajo una interpretación analógica aquel también debe ser tratado como garantía mobiliaria.

Frente al contrato de *leasing*, si se llega a la conclusión de que el derecho de propiedad en este tipo de contratos cumple una función de garantía cuando la misma se mantiene en cabeza del arrendador, en caso de incumplimiento del contrato de *leasing*, y si nada se ha pactado en él, ¿el acreedor anticrético puede y debe perseguir el bien dado en garantía (*leasing*) conforme con los derechos que le son conferidos por la Ley 1676 de 2013? ¿Se debe incluir expresamente el proceso de restitución de tenencia como una facultad de ejecución en caso de incumplimiento? Como se evidencia en este ejemplo, la tipificación de un negocio jurídico como garantía mobiliaria podría ser un asunto de interés para los contratantes, lo que podría generar espacios de discusión judicial acerca de este punto. Ahora bien, en efecto el contrato de *leasing* tiene una función de garantía y por lo tanto, según la definición que del concepto hace la Ley 1676, encaja perfectamente dentro de los supuestos de las llamadas garantías mobiliarias. Así mismo, bajo el entendido que la ley mencionada permite a las partes de una relación de garantía pactar diversos mecanismos de ejecución y en caso de no hacerlo aplicar los previstos en ella, la posibilidad de solicitar la restitución de la tenencia de los bienes entregados en garantía deberá pactarse expresamente para poder ser aplicada de forma concordante con el régimen legal de las garantías mobiliarias (lo cual no representa un cambio sustancial en la práctica en la medida que los contratos de *leasing* suelen celebrarse mediante formatos preestablecidos por entidades profesionales dedicadas a esta materia y en los que es usual pactar dicha facultad de restitución).

ii. Posibles contradicciones con la regulación de la prenda sobre el establecimiento de comercio

En materia de prenda sin desplazamiento se presentan dos aparentes contradicciones entre el régimen especial de la prenda sobre el establecimiento de comercio y el nuevo régimen de las garantías mobiliarias.

En primer lugar, con relación a si los activos circulantes se entienden o no incorporados a la garantía. Así, mientras que el Código de Comercio establece que los bienes flotantes harán parte de la prenda siempre que exista un pacto expreso al respecto (elemento accidental de la prenda –art. 532 C.Co.), de otro lado la Ley 1676 de 2013 establece que dichos elementos deben entenderse afectados por la garantía, salvo pacto en contrario (elemento natural del contrato, art. 13 Ley 1676/13).

Conforme con esto, ¿existe una derogación del artículo 532 del C.Co.? Revisadas las normas derogatorias de la Ley 1676 de 2013, dicha derogatoria expresa no existe. Sin embargo, y si bien en un primer borrador de este documento sostenía una posición diferente con base en un criterio de especialidad,

he llegado a la conclusión de que sí existe una derogatoria tácita del artículo 532 del Código de Comercio, en la medida que el inciso 3.º del artículo 3.º de la Ley 1676 dice que cuando en otras disposiciones se haga referencia, entre otras, a la prenda sobre establecimiento de comercio, se aplicarán las disposiciones de la ley de 2013. Esta conclusión por supuesto no podría alterar los contratos válidamente celebrados en vigencia de la norma del artículo 532 mencionado.

De otro lado, y con relación a las formalidades del contrato, la Ley 1676 de 2013 establece que el contrato de garantía es un contrato formal que debe constar por escrito. Lo primero que resulta evidente es que en el Código Civil la prenda era un contrato real que por lo tanto se perfeccionaba con su entrega. Al parecer la prenda ha dejado de tener un carácter real, pues al ser tipificado como una garantía mobiliaria deberá constar por escrito. Esto parece ir en la misma tendencia que existe en los ordenamientos modernos en los que paulatinamente viene desapareciendo la categoría de los contratos reales²². Ahora bien, en materia de la prenda sobre el establecimiento de comercio, el artículo 526 del Código de Comercio requiere una formalidad especial para este contrato, consistente en que el mismo conste en una escritura pública o en un documento cuyo contenido sea auténtico. Frente al contenido de las dos normas, consecuentemente con la posición tomada en el tema de los activos circulantes, considero que la formalidad especial aplicable en virtud del Código del Comercio no sería ya aplicable a la prenda sobre el establecimiento de comercio.

2. EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL REFLEJADO EN ALGUNAS DE LAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Habiendo revisado las principales motivaciones para modificar el régimen de garantías mobiliarias, a continuación pretendo revisar unos temas puntuales que ponen en evidencia esa filosofía del legislador conforme con la cual la protección de los derechos del acreedor garantizado resulta beneficiosa para todos los deudores potenciales.

22 "Esta modificación es un paso decidido hacia la abolición de la categoría de los contratos reales, la cual se revela como anacrónica en la actualidad. En el derecho francés solo quedan como tales el depósito, el préstamo de uso –comodato–, el préstamo de consumo otorgado por personas distintas a un organismo de crédito –en cuyo caso el contrato pasa a ser solemne– y la donación manual –reconocido por la jurisprudencia como un contrato real, a diferencia de la solemnidad, como regla general–". SEBASTIÁN RÍOS LABBÉ. "El nuevo libro IV del 'Code Civil'. La reforma del Derecho de Garantías en Francia", en *Foro de Derecho Mercantil*, n.º 17, octubre-diciembre, 2007, pp. 7 y ss.

a. LAS FACULTADES Y DERECHOS DE LAS PARTES
EN EL CONTRATO DE GARANTÍA

Bajo el diseño realizado por el legislador de las garantías mobiliarias, las normas contentivas de los derechos del garante en vigencia y a la terminación de la obligación de garantía tienen un carácter dispositivo. Lo anterior resulta relevante en la medida que las relaciones de crédito, que son las principales destinatarias de la regulación de la ley en comento, se caracterizan por una diferencia en el poder de negociación que tiene cada una de las partes²³. El legislador con anterioridad al 2013 reconocía esta realidad que, sin que haya cambiado, ahora se pretende afrontar de una forma bien diferente.

Por ejemplo, la ley (art. 19 numeral 6) consagra que, a la terminación del contrato de garantía o en la medida en que se presenten pagos parciales, el garante tiene un derecho a que se actualice el monto del valor garantizado respaldado por el bien dado en garantía. Este derecho sin embargo resulta tener un carácter dispositivo, de modo que bien podría resultar limitado en su aplicación por los acreedores garantizados, en un aparente uso legítimo de sus facultades legales²⁴. Por supuesto, en la medida que, como lo mencionábamos, las relaciones contractuales de crédito, al igual que la mayoría de las relaciones contractuales modernas, se dan en el marco de una posición dispar entre los contratantes, es necesario tener en cuenta que los proveedores de crédito cuentan con una ventaja negocial natural, siendo por lo tanto posible anticipar que en los contratos de garantía (por lo general de adhesión) incluirán una tendencia a restringir tanto las facultades de disposición sobre los bienes en garantía como la imposición de cláusulas de no prenda (*negative pledge*²⁵) y la limitación de la posibilidad de reducir el monto de la garantía en caso de pagos parciales.

De otro lado, la ley establece en su artículo 18 inciso 1.º que el garante de una garantía sin desplazamiento tiene derecho a disponer de la garantía siempre que los actos de disposición se enmarquen en un principio de buena

23 Según el "Informe de resultados de la Gran Encuesta Pyme de la ANIF para el primer semestre de 2014", cit., la principal fuente de financiación de las pymes lo constituye el crédito bancario.

24 En este punto, considero que el ejercicio de esta facultad legal debe en todo caso encontrarse enmarcado dentro de los principios generales de la buena fe y de proporcionalidad, de modo que no se vea injustificadamente restringida esta facultad legal a favor del garante. Por supuesto, se trata de un asunto de interpretación al que se verá abocado el operador judicial en cada caso concreto.

25 Sobre este punto, merece particular atención en la ley la norma del inciso 1.º del artículo 26: "La garantía mobiliaria o cesión de un crédito en garantía surtirá efecto entre el garante o cedente y el cesionario o acreedor garantizado, así como frente al deudor del crédito, independientemente de la existencia de cualquier acuerdo mediante el cual se limite el derecho del garante o cedente a ceder, gravar o transferir el crédito" (la cursiva no pertenece al original).

fe comercial, esto es, se encuentren dentro del giro ordinario de los negocios del garante²⁶. Por supuesto, no obstante que la norma no lo diga de forma expresa, se deberá entender que, de conformidad con la Constitución Política, todo acto de disposición se presumirá hecho dentro del giro ordinario de los negocios del deudor, y a pesar de la tendencia general de la ley a proteger al acreedor, este deberá desvirtuar tal presunción.

Por lo tanto, al permitir este poder de disposición en cabeza del garante, la ley consagra una facultad a favor del acreedor garantizado, facultad que no tiene carácter dispositivo (de nuevo, poniendo en evidencia la ponderación hecha por el legislador). Así, conforme con el párrafo del artículo 18^[27], cuando la garantía es sin tenencia y en el evento en que el garante venda los bienes objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá escoger entre tres opciones: (i) la subrogación del bien en garantía por el precio de la enajenación o por el dinero que se reciba de la enajenación, (ii) la subrogación del bien en garantía por otros bienes de la misma cuantía, o (iii) perseguir el bien en garantía en cabeza de quien lo haya adquirido (carácter real).

Lo anterior significa que la garantía mobiliaria no necesariamente perseguirá al bien. Es decir, las garantías mobiliarias solo serán garantías reales (en el sentido de perseguir la cosa) si así lo elige el acreedor garantizado. Por lo tanto, esta norma crea una carga de previsión en cabeza del adquirente de un bien frente al cual existe una garantía mobiliaria, consistente en prever la posibilidad de que con posterioridad a la adquisición del bien objeto de garantía este sea requerido por el acreedor garantizado, lo que naturalmente puede tener implicaciones frente al precio que se pagaría por dicho bien.

b. LA CARACTERIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS COMO UN CONTRATO PRINCIPAL

La Ley 1676 de 2013 de manera expresa caracteriza a las garantías contractuales como principales²⁸. Esta caracterización significa un cambio sustancial frente a la concepción dogmática de las garantías como negocios jurídicos típicamente accesorios y frente a los cuales era aplicable el brocardo latino de *accessorium sequitur principale* que se ha denominado por algunos autores como

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

27 No puedo evitar pensar en un comentario hecho en un foro académico por un miembro de la comisión redactora del Estatuto de Arbitraje en el sentido de que por regla general los párrafos de la Ley 1563 de 2012 no eran textos sugeridos por dicha comisión redactora, sino agregados posteriormente durante el trámite de la ley en el Congreso.

28 El derecho de retención y las garantías y cauciones de orden legal seguirán por lo tanto siendo accesorios.

el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal²⁹. Sin embargo, es igualmente cierto que el principio de lo accesorio de las garantías no es un asunto particularmente estudiado por la doctrina³⁰. Por lo tanto, el cambio que hace la ley sirve de oportunidad para reflexionar un poco sobre el mismo.

¿Acaso el cambio significa una incoherencia de parte del legislador? En realidad, la independencia de las garantías (expresión tal vez más adecuada para hablar del efecto que se pretende) frente a su relación de base no es un asunto completamente nuevo. El profesor alemán STAMMLER ya la había defendido a comienzos del siglo pasado:

La denominación jurídica 'contrato de garantía' tiene también un significado más preciso, concretamente cuando el nexo con la relación garantizada solo es funcional. A partir de la obra de STAMMLER, un sector importante de la doctrina reserva el término 'contrato de garantía' a aquellos contratos de garantía que funcionan con independencia de las vicisitudes de la relación jurídica subyacente.

Conforme con el razonamiento hecho por el profesor STAMMLER, se infiere que no todas las garantías deben ser accesorias y, así mismo, que el principio de lo accesorio no constituye un dogma, ni se encuentra consagrado en una norma de orden público, por lo cual puede ser disponible por los contratantes³¹ con algunos límites implícitos³².

29 R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. "El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía". En *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuela Somarriva Undurraga*. Universidad del Rosario y Universidad de Chile. Bogotá, 2009, p. 39.

30 R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Ibid.*, pp. 40 y 41. "Cabe examinar sin embargo, si esa doctrina es totalmente impuesta por los textos y por el principio de lo accesorio. Un ilustre maestro francés, prologando una obra precisamente dedicada al principio de lo accesorio, escribe: 'Los adagios jurídicos son muy útiles: evitan tener que reflexionar. Nada más fácil para justificar la solución deseada, que fundarla en una bella fórmula –si es posible en latín– a la que el tiempo ha dado un carácter irrefutable. Y, sin embargo, mirando más de cerca, se constata muy frecuentemente que la regla consagrada en el adagio no es tan evidente"'. [La cita pertenece al prólogo hecho por DENIS TALLON a la tesis de GILLES GOUBEUX, *La regle de l'accessoire*. París, 1969].

"Es que el llamado 'principio de lo accesorio' parece, y de hecho así se le califica frecuentemente, como una consecuencia lógica, ineludible e indiscutible, de forma que basta invocarlo para suponer justificada una solución, sin posibilidad de discusión. Sin embargo, nada es tan evidente en ese principio. Sucede, como dice un autor que examina el principio, que 'la regla de lo accesorio es víctima de su propio prestigio. No es estudiada y permanece muy misteriosa. Desde luego se hace alusión a ella frecuentemente; pero no se da ninguna explicación. *Accesoriolum sequitur principale* y todo está dicho. La fórmula hace las veces de demostración".

31 *Ibid.*, pp. 1814 y ss.

32 Respecto al significado de la accesoriedad, la posibilidad de modular esa característica vía contractual y eliminarla, ver "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 636, septiembre a octubre de 1996, pp. 1828 y ss.

En nuestro ordenamiento, el propósito no declarado de este cambio de caracterización se puede encontrar por lo menos en dos aspectos. En primer lugar, busca facilitar la ejecución de este tipo de garantías desligándola de la obligación garantizada para poder hacerla efectiva sin que el deudor pueda utilizar como argumentos para dilatar o impedir la efectividad de la garantía asuntos o motivos relacionados con el negocio base³³. En segundo lugar, el carácter principal podría permitir su utilización en contratos en los que la independencia de la relación principal resulta fundamental, por ejemplo la securitización o titularización de activos³⁴.

Al respecto, la práctica comercial internacional parece haber puesto en evidencia la necesidad de permitir que las garantías tengan un alto grado de independencia frente a la relación de base, razón por la cual las garantías autónomas se han utilizado como un instrumento eficiente para lograr el pago de las obligaciones derivadas de relaciones internacionales³⁵ (las cartas de crédito son un ejemplo de ello). Esa tendencia paulatinamente se ha ido adoptando en la regulación de garantías de derechos nacionales, sin embargo de lo cual no deja de ser extraño, por lo menos desde el punto de vista dogmático, que una figura jurídica que desde siempre se ha venido considerando como accesoria empiece a ser tratada como principal³⁶.

Sin embargo, volviendo a la regulación de la Ley 1676 de 2013, encontramos que lo que en esta ley fue consagrado no fue la autonomía de la garantía,

33 "La garantía, cuando es independiente, asegura que la actividad comercial se va a ejecutar, ya que el acreedor podrá hacer uso de esta garantía en el plazo señalado, sin que el garante pueda oponer excepción alguna.

[...]

La aportación doctrinal mal relevante de STAMMLER es la de concebir el contrato de garantía como un contrato independiente, dando por sentado que es un contrato autónomo, con sustantividad propia, ajeno, por tanto, a las vicisitudes de las relaciones subyacentes –tanto de la relación de cobertura como de la relación de valuta–, no dependiendo para nada de ellas. Por tanto, defiende que pueden existir garantías no accesorias, con lo que la no accesoriedad se convierte en el criterio delimitador por excelencia de otras garantías personales, como la fianza". "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 636, septiembre a octubre de 1996, p. 1805.

34 Sobre la titularización, ver L. ARIAS BARRERA. "Securitisation": aspectos introductorios del proceso de titularización en el derecho inglés", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 26, Universidad Externado de Colombia, enero a junio de 2014, pp. 385 a 403.

35 "Solo cuando a partir de la segunda mitad del presente siglo empiezan a ser utilizadas garantías en el tráfico comercial, concretamente en las relaciones internacionales, ajenas a las operaciones garantizadas, para reforzar, así, la garantía prestada, la obra de STAMMLER vuelve a ser de interés. No obstante, prima la efectividad y la utilidad de estas garantías sobre consideraciones propiamente dogmáticas, dando por sabido y establecido que son garantías que necesitan de la independencia": "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", cit., p. 1807.

36 K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN. "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", cit., pp. 1799 a 1866.

como ocurre en las garantías a primer requerimiento, sino tan solo un grado de separación parcial frente a algunas vicisitudes particulares de la relación de base, fundamentalmente, permitiendo que, al momento de ejecutar judicialmente la garantía, se restrinjan las excepciones procesales admisibles en el trámite de ese expediente. En ese sentido, la intención del legislador es que en la etapa de ejecución se discutan tan solo asuntos relacionados con el cumplimiento o el pago de la obligación garantizada.

Desde el punto de vista procesal, un proceso de ejecución de una garantía por supuesto significa la existencia de un título que contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, resultando contrario a la efectividad del título ejecutado permitir discusiones sustanciales en esta etapa procesal. Por lo tanto, si el deudor o el garante ejecutado pretenden utilizar otros argumentos diferentes a los expresamente incluidos en la ley para oponerse a la ejecución, no podrá hacerlo dentro del mismo proceso ejecutivo, debiendo iniciar una actuación judicial diferente, de tipo declarativo, y en la que en todo caso no podrá retrotraerse o afectarse el destino que se le haya dado al bien dado en garantía que fue ejecutado. Como se ve, se busca aislar la relación de garantía de la relación de origen entre deudor y acreedor³⁷, para hacer de las garantías instrumentos cercanos a los títulos de pago³⁸.

Así, los artículos 65 y 66 de la Ley 1676 de 2013 tienen el efecto de crear un incentivo al garante ejecutado de ser diligente y responsable en la insistencia en objeciones diferentes a las expresamente admitidas en la ley, pues deberá asumir costos judiciales adicionales y en ningún caso podrá aspirar a obtener la devolución del bien dado en garantía³⁹. Consecuencialmente, como

37 "Precisamente la principal razón de las garantías bancarias reside en la inseguridad que existe por parte del acreedor de que por elementos ajenos a la relación subyacente no se pueda cumplir. Por ello exige una garantía independiente. Las expectativas que se pueden tener o las inversiones que se realizan para una operación de cierta envergadura exigen como contrapartida unas garantías para el caso de que fracasen, como si de una compensación económica o de una indemnización se tratara. Ahora bien, no tiene por qué limitarse al comercio exterior, pudiendo existir la misma inseguridad en el comercio interior, si bien por causas normalmente diversas. Es, por tanto, un interés diferente al interés que puede tener el acreedor cuando pide que un tercero afiance una deuda ajena. No se trata tanto de obtener una garantía para que un tercero pague la totalidad del débito, sino de una indemnización que un tercero ofrezca ante el eventual fracaso de la relación subyacente. Por lo tanto, más que garantizar una relación subyacente, lo que se garantiza es una indemnización calculada sobre la base de aquella relación. Debido a este interés indemnizatorio, el acreedor quiere, al mismo tiempo, un instrumento de pago rápido, sin tener que discutir con el tercero si su pretensión está justificada, debiendo limitarse el pago al contenido de lo establecido en el documento de garantía". "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", cit., p. 1855.

38 El autor K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN habla de una función liquidadora de las garantías independientes, por supuesto al referirse a las garantías bancarias. "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", cit., pp. 1858 y ss.

39 Incentivo que pareciera estar en línea con la tendencia existente en materia de regulación procesal de reducir los comportamientos litigiosos que no sean razonables. Dentro de tales

resultado de la ponderación de intereses hecha por el legislador, las dificultades procesales utilizadas como justificación para modificar el régimen de garantías, en particular la congestión y la morosidad judicial, serán asuntos que deberán ser asumidos ahora por el garante ejecutado.

Por supuesto, una restricción explicada en estos términos generales es coherente y lógica desde el punto de vista procesal, aunque pueda llegar a ser cuestionable desde la perspectiva de quien debe ahora asumir los riesgos de la morosidad judicial. Sin embargo, aceptando que es razonable favorecer la posición de un acreedor que se enfrenta a un incumplimiento, en todo caso pienso que se debe prestar particular atención a cuáles son las excepciones, que de forma expresa admite el legislador, y que pueden ser presentadas por el garante o el deudor ejecutado. En efecto, los artículos 61 y 66 de la Ley 1676 de 2013 admiten sucintamente los siguientes motivos de excepción:

- i. La extinción de la garantía.
- ii. La extinción de la obligación garantizada.
- iii. La inexigibilidad de la garantía.
- iv. La falsedad de la firma o del título.
- v. El error en la cantidad exigible.

Como puede verse, se trata de eventos que discuten la existencia misma de la garantía o aspectos particulares como el monto o cuantía exigible. No obstante, y debido a su carácter de *numerus clausus*, el interrogante que surge en este punto se presenta frente a situaciones en las que el garante ejecutado quiera excepcionar aspectos como la nulidad de la garantía e incluso, y de forma más dramática, la nulidad de la obligación principal. La conclusión que sugiere una aplicación literal de la norma es que las mismas deberán alegarse en un proceso declarativo diferente y no afectarán el destino del bien dado en garantía⁴⁰, conclusión que sin duda causa no pocas inquietudes frente a los efectos que tendrá la aplicación de esta norma.

Frente a esta situación, que ya se ha puesto en evidencia en la práctica, se han propuesto soluciones procesales que bien podrían hacer de esa caracterización de las garantías como principales un asunto simplemente formal. Así, existiría la posibilidad de solicitar ante un juez el decreto de una medida cautelar innominada consistente en ordenar la suspensión de un proceso de ejecución de una garantía mobiliaria hasta tanto el juez de ejecución no decida sobre

iniciativas regulatorias se pueden encontrar las normas del Código General del Proceso en materia de juramento estimatorio, y las ya declaradas inexecutable relacionadas con el pago de un arancel judicial.

40 Esta norma genera un cambio también importante en materia de la nulidad de un negocio jurídico, pues, en caso de que en el proceso declarativo posterior se llegare a probar dicha nulidad, el efecto de las restituciones mutuas (art. 1746 C.C.) no podría ser aplicado.

una nulidad de la obligación principal o de la garantía o, en términos similares, ordenar al juez de la medida cautelar que sea quien decida. Por supuesto, a la par de esta solución procesal, existe el desafortunadamente ya célebre recurso a utilizar la acción de tutela para evitar un proceso de ejecución en dichos términos argumentando una violación del derecho al debido proceso o del derecho constitucional de la igualdad.

Ahora bien, de forma adicional a estas soluciones, considero que existe una herramienta que también permitiría discutir este punto dentro del mismo proceso de ejecución. En efecto, ya sea con fundamento en la Ley 1676 de 2013 (art. 73 –abuso del derecho–) o con fundamento en normas generales (art. 831 C.Co. –enriquecimiento sin causa–), sería posible proponer al juez de ejecución una excepción adicional a las incluidas en los artículos 61 y 66 de la Ley 1676 de 2013, basada en el principio de la buena fe consagrado en las normas citadas. De este modo, si la obligación garantizada ha sido declarada inválida⁴¹ o es ineficaz de conformidad con las normas generales, a pesar de la mencionada caracterización principal de las garantías mobiliarias, el juez de ejecución debería aceptar ese motivo de excepción adicional, pues en caso de permitir que se ejecute una garantía que respalda una obligación anulada estaría avalando un enriquecimiento injustificado de parte del acreedor garantizado⁴².

En todo caso, es claro que del alcance que llegue a tener esta excepción dependerá que se logre efectivamente el propósito de facilitar la ejecución de las garantías sin sacrificar la buena fe en las relaciones contractuales.

Por último, en materia de relaciones de las que haga parte una entidad financiera, la independencia de las garantías tiene una menor probabilidad de causar prácticas abusivas en razón a que las entidades financieras están obligadas a aplicar regulaciones especiales que protegen al consumidor financiero y se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia del Estado. Sin embargo, lo mismo no ocurre en las relaciones de garantía que surgen por fuera de relaciones de crédito o en otros negocios jurídicos frente a los cuales decíamos que también resulta aplicable la Ley 1676. Es entonces en la ejecución de las garantías que se otorguen en este tipo de relaciones en las que puede resultar de particular valor el desarrollo y aceptación de la excepción de buena fe, la

41 Por supuesto, si la garantía ha sido ya declarada inválida, la misma se ha “extinguido” y por lo tanto se puede utilizar la primera excepción del artículo 61 numeral 2 literal a de la Ley 1676/13.

42 “La independencia tan indiscutible de las garantías bancarias se ha visto cuestionada desde hace ya algún tiempo por una línea de jurisprudencia, que incluso ha encontrado un eco positivo en la doctrina, al admitir, bajo determinados presupuestos, la *exceptio doli*, pudiendo ser opuesta por el garante cuando el beneficiario ejercita abusivamente su derecho. Para esta jurisprudencia resulta indiferente que la garantía bancaria sea concebida como un negocio abstracto, puesto que por encima debe primar la buena fe contractual”. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN. “Las bases dogmáticas de las garantías bancarias”, cit., p. 1819.

cual por supuesto deberá ser delimitada por la jurisprudencia, pero que considero que los litigantes tienen la posibilidad de proponer.

c. EL RECONOCIMIENTO DE FACULTADES UNILATERALES
EN LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

Otra de las formas mediante las cuales el legislador ha buscado hacer más efectiva la ejecución de las garantías consiste en admitir diversas opciones de ejecución en las que no necesariamente deba intervenir una autoridad judicial. Por lo tanto, esta parte del nuevo régimen introducido por la Ley 1676 de 2013 ha ocasionado igualmente cambios relevantes en la tradición jurídica nacional.

En primer lugar, la reforma permite a las partes pactar mecanismos de ejecución de las garantías en claro reconocimiento de su autonomía negocial, a la vez que admite formas de ejecución que se encontraban anteriormente proscritas, como son los casos del pago directo y la aceptación del pacto comisorio. Se evidencia entonces una desregulación por parte del legislador frente a las formas de ejecución de las garantías, en la cual los particulares pueden optar por mecanismos que sean más eficientes tanto para el acreedor como para el deudor⁴³.

Este cambio de posición legislativa parece fundamentarse en el juicio hecho por el legislador frente a las justificaciones que históricamente se habían dado a la prohibición de ciertas figuras como el pacto comisorio y, en todo caso, reconociendo que los efectos prácticos de estas medidas de protección legislativas podrían estar incluso causando un perjuicio a la posición del deudor ejecutado.

En cuanto a lo primero, de un tiempo atrás se vienen cuestionando los fundamentos para mantener la prohibición del pacto comisorio. En efecto, dichos pactos fueron prohibidos por la codificación justiniana para evitar que los acreedores impartieran justicia por su propia cuenta, y al hacerlo incurrieran en prácticas de usura⁴⁴. Al parecer, no eran pocos los casos en los que un acreedor

43 De manera reciente se encuentran otros ejemplos en la legislación nacional en donde se admite la capacidad dispositiva de las partes para determinar reglas de procedimiento aplicables para resolver sus diferencias (desregulación). En particular nos referimos a la facultad dispositiva reconocida en materia arbitral por el legislador en el artículo 58 de la Ley 1563 de 2012. Para un comentario sobre la norma ver CARLOS MAYORGA. "Clases de arbitraje en la nueva Ley de Arbitraje", en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis y Comité Colombiano de Arbitraje, 2013, pp. 8 y ss.

44 "Significantly, the main policy reason given for Constantine's prohibition of the pactum was that it enabled lenders to evade the severe penalties imposed by Christianized Roman law upon usury. Usury was defined in Constantine's time as any interest charged above and beyond the return of the principal amount. By encumbering property worth considerably more than the value of the loan, a secured creditor who recovered such property by invoking the pactum could win up collecting his principal and interest in a usurious loan".

buscaba que le fuera entregado el objeto dado en garantía para quedarse con su propiedad, no obstante que el monto de la obligación garantizada fuera mucho menor. La norma encuentra fundamentos cristianos que serían reconocidos en algunas codificaciones del siglo XIX como una expresión del principio de no abuso.

De manera reciente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana tuvo la oportunidad de referirse a la función que cumplía la prohibición de estos pactos de apropiación de la prenda considerando que la misma buscaba evitar la posibilidad de que el acreedor abusara del particular estado de necesidad del solicitante de un crédito para imponerle el pacto de apropiación de la prenda. No obstante, admitiendo la utilidad de la figura, en especial frente al absoluto fracaso de las ventas judiciales hechas por pública subasta (que han creado incluso un mercado negro de venta de bienes, los cuales muchas veces se deprecian en el curso del trámite de ejecución), la Corte Suprema consideró que era posible admitir este tipo de pactos una vez se hubiera superado la etapa inicial de formación del negocio jurídico y por lo tanto no existiera ya la posibilidad de abuso de parte del acreedor⁴⁵.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento jurisprudencial del 2002, el legislador del 2013 considera ahora que no se justifica ya mantener la prohibición a los pactos comisorios. Sin embargo, ¿significa esto que los deudores ya no se encuentran frente a un plano desigual en el ejercicio de su libertad contractual? Hay autores que sostienen esta posición⁴⁶. De un lado, consideran que en el mundo globalizado en el que nos encontramos las empresas multinacionales no se encuentran en una posición de inferioridad frente a sus acreedores, principalmente entidades financieras y, por el contrario, no son pocos los casos en los que estas están en una posición inferior frente a aquellas. Y de otro lado, incluso en los casos de pequeñas, medianas empresas y de personas naturales, tampoco se encuentran en una posición de total indefensión en la medida que la libre competencia les da la posibilidad de que como consumidores escojan entre diferentes productos y precios, a la vez que mueve a los acreedores (entidades financieras) a favorecer la posición de sus clientes.

En mi opinión, este razonamiento es incompleto y se presta para defender justificaciones que no son del todo ciertas, o por lo menos no del todo en sistemas como el colombiano. Así, las multinacionales no constituyen un porcentaje mayoritario de las empresas en el país, razón por la cual utilizar su posición contractual como argumento a favor de la negociación de garantías mobiliarias

BORIS KOZOLCHYK y DALE FURNISH. "The OAS Model Law on Secured Transactions: A comparative Analysis", en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 12, EEUU, 2006.

45 Magistrado ponente: CARLOS IGNACIO JARAMILLO, exp. 110013103018 1893 20302-02.

46 JUAN CARLOS PAREDES LÓPEZ. "La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables", en *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuela Somarriva Undurraga*, Universidad del Rosario y Universidad de Chile, Bogotá, 2009.

es un argumento limitado. Así mismo, si bien es cierto que Colombia es una economía de mercado en la que se aplica la libre competencia, el mercado financiero, para solo mencionar a este, tiene externalidades que hacen que no se presente un escenario de competencia perfecta entre sus competidores, de modo que no es extraño encontrar municipios donde solo existe una entidad financiera y en los que resulta costoso o poco conveniente desplazarse a otros lugares en búsqueda de alternativas de financiación.

No obstante, considero que con un criterio de conveniencia el legislador ha llegado a la conclusión que la prohibición legal y absoluta de este tipo de pactos no es la forma más eficiente de proteger a los deudores o garantes de los casos de abusos por parte de los acreedores. Por el contrario, la consecuencia de la prohibición de estos pactos ha generado dificultades para acreedores y deudores en cuanto a la depreciación de los bienes que se rematan y deben ser ejecutados en escenarios judiciales, lo que a su vez ha creado incentivos para la compra de bienes en remate a menores precios, y, así mismo, se han desarrollado "soluciones jurídicas" que se aprovechan de un arbitraje regulatorio frente a la normativa de otros países, con el propósito de evitar los efectos de la prohibición que existía en la legislación colombiana⁴⁷, lo que por supuesto iría en detrimento de la transparencia como principio orientador de la función regulatoria.

Así mismo, el legislador parece querer propender a una idea de eficiencia en las funciones de control de los posibles abusos consistente en eliminar prohibiciones legales (como la del pacto comisorio) que funcionan como controles *ex ante*, para pasar a implementar mecanismos judiciales de control *ex post*. En el contexto de las relaciones de crédito, se ha considerado que la función de protección del deudor no le corresponde al legislador, sino que, al ser una situación menos generalizada, los eventos de abuso deberán ser controlados por el juez. La norma de protección no será entonces general y abstracta, sino que será creada por el operador judicial en cada caso concreto.

El criterio de eficiencia utilizado en este razonamiento es evidente. Los instrumentos legales de aplicación general buscan incentivar un objetivo deseable, el acceso al crédito, a la vez que los eventuales abusos que se puedan presentar se controlan mediante decisiones judiciales en cada caso concreto. Ahora bien, es evidente que este razonamiento supone que, para que los cambios

47 Resulta ilustrativo el caso mencionado por el autor JUAN CARLOS PAREDES en el artículo "La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables", cit., p. 742: "Así por ejemplo es muy usual que en adición a solicitar como garantía una prenda sobre acciones, se le solicite al deudor crear una sociedad de propósito especial o SPV (por sus siglas en inglés), en un país en el que el pacto comisorio no esté prohibido, para que se convierta en la propietaria de las acciones de la sociedad deudora. Una vez realizada la operación, las acciones de la SPV son entregadas en garantía al acreedor para que en caso de un incumplimiento del deudor este se pueda hacer a las acciones de la SPV y a través de esta a las acciones del deudor, sin que sea necesario acudir ante el juez".

legislativos sean alcanzados, el mecanismo para el control de los abusos o de las controversias sea rápido y efectivo. Esta eficiencia se busca parcialmente en la Ley 1676 de 2013 mediante la asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en materia de garantías mobiliarias⁴⁸, por lo menos frente a sociedades vigiladas por dicha entidad.

Ahora bien, consciente el legislador del cambio que estaba causando y del abandono de su posición de protección de los deudores, en todo caso prefirió consagrar de manera expresa dos normas:

(i) La primera de ellas (par. art. 69 Ley 1676/13) recuerda que los pactos de apropiación de la prenda deben respetar las normas sobre contratos de adhesión y sobre cláusulas abusivas.

(ii) La segunda (art. 73 Ley 1676/13) permite al deudor o al garante, dado el caso, buscar la indemnización de perjuicios en caso de que el acreedor abuse de los derechos que le son conferidos⁴⁹.

La primera de estas normas busca que exista un consentimiento informado y específico del garante o del deudor sobre este punto. Así mismo, resulta pertinente recordar que, en la medida que a las relaciones contractuales de que hagan parte entidades financieras les es aplicable la Ley 1328 de 2009 (Estatuto de Protección del Consumidor Financiero), una cláusula abusiva contenida en un contrato se entenderá por no escrita⁵⁰.

Por otro lado, con relación a la norma del artículo 73, una lectura literal de la misma podría resultar preocupante e insuficiente como forma de protección residual de los deudores o garantes mobiliarios. En efecto, pareciera que la norma tiene tan solo un alcance indemnizatorio frente a los abusos que se presenten. Sin embargo, y al igual que lo hice atrás con relación al carácter principal de las garantías mobiliarias, considero que el juez debe ser mucho

48 La misma filosofía fue aplicada por el legislador en la Ley 1258 de 2008. Bajo la consideración de que no es suficiente con el cambio de una norma sustancial, se aseguró de que la autoridad judicial competente fuera igualmente efectiva en el cumplimiento de sus funciones. Las funciones jurisdiccionales que dicha ley otorgó expresamente a la Superintendencia de Sociedades, debido a su éxito, fueron extendidas a los demás tipos societarios por el Código General del Proceso (art. 24 num. 5). Ahora bien, no sobra decir que los avances importantes que se han dado en materia societaria en los últimos años han estado guiados por el juicioso ejercicio de estas facultades jurisdiccionales por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de esta entidad. Por lo tanto, y allí radica la preocupación, la continuidad de la eficiencia en el ejercicio de estas funciones está determinada por el compromiso e idoneidad de los funcionarios de turno.

49 Ley 1676 de 2013, artículo 73. "Ejercicio abusivo de los derechos del acreedor. En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor y del garante de reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las disposiciones de esta ley por parte del acreedor garantizado y por el abuso en el ejercicio de los derechos que la ley le otorga".

50 Ley 1328 de 2009, artículo 11, parágrafo.

más audaz en la lectura y aplicación de la norma para permitir que la misma pueda ser utilizada no solamente para buscar la indemnización de perjuicios, sino para evitar o prevenir su ocurrencia e incluso para retrotraer las cosas a un estado previo (nulidad)⁵¹.

Al respecto, en la redacción de la ley tal vez hubiera resultado más apropiado consagrar expresamente como contraprestación la autorización de los pactos comisorios, un principio de no enriquecimiento del acreedor garantizado similar al que se incluyó en la reforma francesa del 2006 en materia de garantías mobiliarias⁵². Por supuesto, sería posible encontrar en la interpretación sistemática de la ley la existencia de un principio de no enriquecimiento. Sin embargo, al tratarse de un tema que busca cambiar no pocos aspectos de la regulación civil y comercial en materia de garantías, su inclusión expresa

51 Esta discusión ya se ha presentado en nuestro país en materia de Derecho de Sociedades, en que hasta hace poco el abuso del derecho tenía implicaciones limitadas de carácter indemnizatorio. Sobre esta discusión ver F. REYES VILLAMIZAR. *La sociedad por acciones simplificada*, 3.ª ed, Legis, 2013, pp. 134 y ss. "Se observó, en efecto, que la regulación contenida en el artículo 830 del Código de Comercio ha resultado, en general, insuficiente para resolver conflictos de Derecho de Sociedades, debido a dos circunstancias específicas: [...] y (ii) la consideración según la cual el abuso del derecho tan solo da lugar a una indemnización de perjuicios, de acuerdo con el artículo 830, citado. Esta interpretación restrictiva de la teoría del abuso —que surge de la lectura exegética del artículo— se basa, además, en la concepción doctrinaria según la cual el abuso del derecho es fuente de obligaciones *per se*, con independencia de otros institutos, tales como la nulidad absoluta del acto jurídico". Más adelante dice el autor: "Por las razones anteriores, se consideró de la mayor importancia incluir una regulación específica sobre el abuso del derecho en el régimen de la sociedad por acciones simplificada. El nuevo estatuto comienza por definir el concepto para luego aclarar que las determinaciones abusivas pueden ser declaradas nulas. [...] Debido a la complejidad de las situaciones que se suscitan en el ámbito de las sociedades, el simple análisis relativo a la observancia de reglas legales o contractuales suele ser insuficiente y, en no pocas ocasiones, puede conducir a la imposibilidad de detectar el verdadero alcance de conductas contrarias al Derecho. Por ello, en países de Derecho Romano-Germánico la carencia de los denominados remedios equitativos (*remedies in equity*) del Derecho anglosajón ha sido suplida por el desarrollo de la teoría del abuso del derecho en las determinaciones de asamblea".

52 SEBASTIÁN RÍOS LABBÉ. *Op. cit.*, pp. 11 y ss. Ver puntos 2.1.1. y 2.1.2. "Aunque no se encuentra incorporado en un texto legal, el concepto general de garantía se encuentra fundado, al menos en sus bases, en el principio de no enriquecimiento. Este último está vinculado con el de proporcionalidad, que designa en general una adecuación, una justa medida, pero no una exactitud. En efecto, la proporcionalidad se contenta con establecer un deber de moderación y, a menudo, se manifiesta con su exigencia al acreedor, quien al no cumplirlo verá que su comportamiento puede ser considerado abusivo frente al deudor o al tercero que ha constituido la garantía.

El principio de no enriquecimiento es aún más riguroso: la ejecución de una garantía no puede significar una ganancia para el acreedor. *En la reforma, su manifestación más importante está dada como contrapeso a una innovación importante: la admisión general del pacto comisorio y la adjudicación inmediata del objeto de la garantía*". (La cursiva no pertenece al texto original).

permitiría asegurar de una mejor manera que los operadores jurídicos, sean estos abogados o jueces, tengan claridad sobre el alcance, y puedan acudir con mayor frecuencia y facilidad a dicho principio, derivado del otorgamiento de garantías sobre bienes muebles.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Antes de terminar, considero pertinente resaltar los siguientes puntos sobre esta materia y su práctica en el contexto nacional:

– Se ha evidenciado en los pocos meses de vigencia de la ley un gran número de registro de garantías mobiliarias. Ha sido difícil mantener actualizado el número de garantías registradas antes de la publicación de este artículo. Según el último dato publicado por Confecámaras, a la fecha existen ya más de un millón de registros de garantías mobiliarias.

Estas cifras, sin duda, ponen en evidencia la necesidad que tenía el ordenamiento jurídico colombiano de implementar un sistema nacional y unificado de registro de las garantías sobre bienes muebles⁵³. Sin embargo, el registro de las garantías es apenas una parte de la reforma y a partir de ahora, en las etapas de ejecución o de vigencia de las garantías, será necesario continuar con las discusiones que, como siempre, irá causando un régimen nuevo.

– El esfuerzo del legislador ha empezado ya a destacarse justificadamente, en especial frente a la necesidad de un registro nacional unificado. Esto es lo que parece haberse medido con el resultado más reciente del indicador de acceso al crédito del reporte del Banco Mundial sobre el entorno de negocios en nuestro país. Sin embargo, más allá de dicho reporte, en la práctica no ha sido posible ver el impacto de la reforma en cuanto a su ejecución, disminución de las tasas de interés o incremento del crédito disponible. Estos aspectos, que son la verdadera prueba ácida del régimen, deberán verificarse en el mediano plazo.

– De otro lado, si bien estamos en presencia de una ley que tiene como propósito principal incentivar el acceso al crédito, su ámbito objetivo de aplicación no se da solo en las relaciones de crédito. En realidad, todos los negocios jurídicos que tengan funciones de garantía resultan cobijados por esta nueva ley, aunque el propósito económico del acceso al crédito no sea alcanzado en

53 La cifra de registros, en sí misma, no puede ser tomada como una parte de éxito de todo el régimen de garantías. Al respecto, basta considerar el hecho de que las garantías existentes con anterioridad a la ley debían todas registrarse para mantener su privilegio de oponibilidad, o que al incrementar los bienes sujetos a registros, se deben contabilizar ahora garantías numerosas como las prendas sobre vehículos. Adicionalmente, en la práctica, no fueron pocos los eventos en los que entidades financieras optaron por aprovechar el periodo de registro gratuito, que inicialmente tuvo la ley, para solicitar registros masivos de garantías.

esos otros eventos. Esto quiere decir que la justificación económica con base en la cual se fundamentó la ley no se cumple para todas las situaciones que sí resultan reguladas mediante esta ley.

– Se ha hecho un cambio en cuanto a la adopción de mecanismos legales de protección a los deudores de las relaciones de crédito y en general de garantía. La idea consiste en que, al disminuir las protecciones legales de los deudores, correlativamente se fortalece la posición de los acreedores, quienes por lo tanto estarán interesados en otorgar mayores créditos a los deudores potenciales y presumiblemente hacerlo en mejores condiciones económicas para estos.

La eficacia de la norma y de este razonamiento solamente podrá medirse después de que haya transcurrido un periodo razonable de su aplicación, por lo que el escepticismo frente a sus resultados no es del todo injustificado.

– Si bien es cierto que el carácter principal del contrato de garantía busca facilitar la ejecución de las mismas en caso de incumplimiento del deudor, será función de la jurisprudencia determinar si esa caracterización y la restricción de las excepciones admisibles en los procesos ejecutivos incluyen eventos como el de la nulidad o prescripción de la obligación garantizada.

En este documento sostengo que se debe aceptar la existencia de una excepción de buena fe, fundamentada en el enriquecimiento sin causa para permitir al deudor o garante oponerse a la ejecución de una garantía cuya obligación garantizada se ha declarado nula o ha prescrito.

– La realidad de las relaciones contractuales modernas se ha alejado en muchos casos del ideal de paridad propio de su concepción tradicional, en el que las partes ejercen su libertad contractual de forma plena y la contraposición de sus intereses lleva a que se cumpla con la función económica del contrato. Ahora bien, bajo esta concepción moderna, el contrato es una institución que busca la colaboración de las partes, pero en la que también confluyen intereses diferentes al de los contratantes, como los del mercado⁵⁴. En este contexto, el predominio contractual de una parte sobre la otra es evidente y, en mi opinión, no ha desaparecido totalmente. Las relaciones de crédito, a pesar del cambio de las circunstancias históricas, revelan que, por la naturaleza misma de la relación y por las condiciones de competencia nacionales, existe una posición diferente entre el proveedor del crédito y el solicitante del mismo, que puede generar abusos.

– Por supuesto, la ley no tiene el propósito de afectar a los deudores o a los garantes de las relaciones de garantía. Si bien los deudores ya no estarán protegidos por prohibiciones generales y abstractas como las del pacto comisorio, deberán acudir en cada caso al juez para que este proteja sus intereses. Esta solución, sin embargo, supone un alto grado de eficiencia del operador

54 EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO. Prólogo al libro *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, de ERNESTO RENGIFO, Legis, Bogotá, 2014.

judicial para resolver los conflictos que se presenten y, en este punto, la solución permanente no debe limitarse a las adjudicaciones de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas.

– Los principios de la buena fe y la justicia contractual reflejados en las prohibiciones de abusar de los derechos o del enriquecimiento sin causa son una herramienta de gran valor en aras de lograr esa difícil ponderación entre los intereses macroeconómicos de aumentar el acceso a fuentes de crédito reguladas en la economía, y los intereses particulares de los contratantes en una relación específica de garantía.

En mi opinión, la lección clásica del Mercader de Venecia se mantiene vigente y así mismo la lógica aplicada por SHAKESPEARE para resolver dicho conflicto que hizo que el juez pudiera razonablemente proteger al deudor de los abusos a que podría estar sometido. La historia hace evidente la existencia de una tendencia por parte de los acreedores garantizados a ejercer su garantía incluso más allá del alcance para el cual fue otorgada. Por lo tanto, del alcance jurisprudencial de los principios básicos del derecho (la buena fe, el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa) en aplicación de esta ley, dependerá que la lógica conceptual perseguida en ella no fracase.

La idea conforme a la cual la protección de los derechos de los acreedores es beneficiosa para los potenciales deudores solamente será posible defenderla si en la práctica tales acreedores encuentran incentivos efectivos para no abusar de los derechos que les son conferidos y los jueces logran poner en práctica de forma eficiente una correcta y adecuada ponderación de los intereses de las partes de las relaciones de garantía.