

**LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA POR
PAGO DIRECTO**

**MÓNICA MARÍA GUZMÁN COAVA
SARA MILENA CARDONA QUICENO
JOHN FREDDY TIQUE ARÉVALO**

**ASESOR:
ALBERTO IVAN CUARTAS ARIAS**

PRESENTADO A:

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2019**

DEDICATORIA

A Dios que me da la gracia de vivir, de creer, de soñar. A mi familia, especialmente a mi madre, quien me ha dado todo sin guardarse nada, por su esfuerzo y dedicación, por ser mi apoyo incondicional, a ella le debo cada paso que doy.

Mónica María Guzmán Coava

Mi vida en esencia es resultado de los esfuerzos de mi madre y familia, a ellos agradezco tanto amor, compromiso y crianza, no hay nada de mí que a ellos no pertenezca, así mismo dedico este trabajo a Dios, quien es mi padre celestial, Él, creador y dador de vida, quien acompaña cada uno de mis pasos.

Sara Milena Cardona Quiceno

En la vida, siempre va a existir un motivo para querer materializar los sueños, y el mío es llegar a ser un talentoso abogado, con la bendición de Dios y la fiel convicción de actuar con los principios y valores que cimientan un ser humano. Este sueño siempre ha estado unido a las personas que permitieron mi existencia, a la mujer que me hizo conocer el amor y que, como fruto de ese amor, hoy está mi hija. Con todo el amor y la pasión que siento por esta linda profesión, les dedico esta parte de mi vida, que con seguridad me permitirá llegar muy lejos.

John Freddy Tique Arévalo

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos infinitamente todo el apoyo, la paciencia, el acompañamiento y profesionalismo de nuestro asesor Alberto Iván Cuartas Arias, quién desde el principio nos brindó todo su conocimiento y experiencia impulsándonos siempre a la consecución de este trabajo de investigación.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	6
Datos generales del proyecto.....	10
Objeto de la investigación	10
Descripción.....	11
Objetivos.....	14
Justificación.....	15
Marco normativo.....	19
CAPITULO I	
Ley 1676 de 2013: los retos en la regulación y ejecución de garantías mobiliarias.....	21
CAPITULO II	
Pertinencia de las diferentes modalidades de garantías mobiliarias.....	28
2.1. De las garantías mobiliarias.....	32
2.2. Garantías mobiliarias para obligaciones de crédito.....	35
CAPITULO III	
Ejecución de la garantía: pago directo.....	47
3.1. Las garantías reales en Colombia.....	48
3.1.1. Evolución de las garantías reales.....	49
3.2. Garantías mobiliarias: constitución y ejecución.....	51
3.2.1. De las obligaciones principales y accesorias, imprecisión del legislador en el medio para constituir garantías mobiliarias.....	51
3.2.2. Ejecución especial de la garantía: pago directo.....	52
3.2.2.1. Efectos de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio por la Ley de garantías mobiliarias para la aplicación del mecanismo de pago directo.....	53

3.2.3. Procedimiento de pago directo como ejecución especial de la garantía y la solicitud judicial de aprehensión en caso de no existir entrega voluntaria de la cosa por parte del deudor.....	57
3.3. Diferencias entre pago directo y el proceso ejecutivo prendario.....	65
CONCLUSIONES.....	68
RECOMENDACIONES.....	72
REFERENCIAS.....	74

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado tiene como propósito abordar de manera crítica el análisis de la Ley 1676 de 2013, Ley de Garantías Mobiliarias, donde se destacará la ampliación de la universalidad de las garantías mobiliarias y la reforma en la constitución de las mismas, dejando entrever el intención del legislador de considerar al pequeño y mediano empresario como motor de desarrollo en la economía del país y, en ese sentido, propender por facilitar la consecución de créditos para el desarrollo de su actividad comercial, sin embargo, las falencias al momento de la aplicación de la normatividad hace que dichos propósitos sean de difícil aplicabilidad en la actividad mercantil de los sujetos a los que está dirigida.

Este trabajo se realizó con el interés de evidenciar los yerros y vacíos que enmarca la Ley, especialmente, en el mecanismo de ejecución de la garantía mobiliaria denominado Pago Directo. A partir de estas dificultades, se hará una crítica al procedimiento con intervención judicial que actualmente se surte cuando se está frente al incumplimiento de la obligación, ya sea por renuencia del deudor a la entrega del bien dado en garantía, o que pese a entregar el bien mueble, su valor no alcance a cubrir la totalidad del crédito.

Dichas falencias procesales evitan el cumplimiento de uno de los objetivos de la norma, que no es otro que, estructurar procedimientos más expeditos para la ejecución de la garantía y el cobro total de la obligación, que, en consecuencia, contribuirían a la lucha por la descongestión de los despachos judiciales. No obstante, la falta de claridad procesal acorde a la realidad económica, política y jurídica del país impide a las pequeñas y medianas empresas, PYMES, ejecutar la garantía mediante procedimientos céleres que impliquen menor desgaste judicial y económico, enfrentándose a múltiples situaciones que le generan mayores perjuicios y conllevan, además, a la inaplicabilidad de la norma.

Entre los aspectos más relevantes que se abordarán frente al planteamiento del problema, se encuentran la determinación de la competencia por los factores objetivo, funcional y territorial de los jueces que conocerán de la solicitud judicial de Pago Directo, los cuales son fundamentales para dar inicio al proceso que se encargue de dirimir las controversias suscitadas, así como también, a la cantidad de trámites judiciales que tanto deudores y garantes, como acreedores garantizados deberán acudir para lograr la solución de sus intereses.

Así mismo, para la elaboración del trabajo nos basamos en el método de recolección de información de fuentes primarias, consulta de la ley, sus antecedentes, entrevistas a Juzgados Civiles municipales de la ciudad de Medellín, que nos han servido de soporte para desarrollar el objetivo principal de este trabajo, que se encamina a analizar de forma crítica la ley encunto a la regulación y ejecución de las garantías mobiliarias a través del mecanismo de Pago Directo, especialmente el aspecto procedimental de este trámite, así como, establecer la pertinencia de las diferentes modalidades de garantías mobiliarias, su utilización y la seguridad que ofrecen a la hora de ser tomadas como garantías de obligaciones crediticias.

En el capítulo I se abarcarán los retos en la regulación y ejecución de las garantías mobiliarias, atendiendo a la posibilidad de establecer garantías mobiliarias para la obtención de créditos a través del universo de bienes muebles que contiene la norma, la efectividad y confianza para otorgar créditos con la certeza de que los muebles prendados cubran en determinado momento la obligación adquirida, así como el interés de los acreedores frente a los bienes que hoy la Ley permiten sean tenidos en cuenta como respaldo de los créditos, pues como se desarrollará más adelante, existen bienes poco seguros y atractivos para los acreedores, que en ultimas, no cumplen la función que el legislador le da como garantía mobiliaria.

Seguidamente, se tiene que en el capítulo II se hará alusión a la pertinencia de las diferentes modalidades de garantías mobiliarias; en pro de determinar la eficacia de los bienes que, según la Ley 1676 de 2013, pueden ser tenidos como garantías mobiliarias, evidenciando cuáles son las dificultades que se presentan en nuestro sistema colombiano para el acceso a créditos con garantías muebles, los problemas en la ejecución de la garantía, y la falta de seguridad que se le proporciona a los sectores económicos que dedican su actividad comercial al préstamo de dineros con rendimiento, y que podrían verse afectados a la hora de recuperar su capital con la ejecución de garantías que por su naturaleza, no alcanzan a extinguir la obligación, siendo de poco interés para los acreedores la aceptación de dichos bienes.

En el capítulo III hablaremos de la **“EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA: PAGO DIRECTO”**, se tocarán los aspectos más relevantes y al mismo tiempo controvertidos, pues son las modalidades de ejecución de la garantía contenidas en la Ley, particularmente el mecanismo especial de ejecución de la garantía denominado Pago Directo, que encierra diversos interrogantes y vacíos en los que nos centraremos a lo largo del trabajo, no sin antes hacer un recorrido histórico sobre las garantías en Colombia, su funcionalidad, el método de constitución de la garantía, la forma de reclamar el cumplimiento de una obligación garantizada y el procedimiento o trámite hasta ahora conocido, para llegar a las conclusiones que permitan establecer la claridad del procedimiento planteado en la norma objeto de estudio, su efectividad, celeridad y efectividad como mecanismo de solución del crédito incumplido.

Finalmente, se plantearán unas recomendaciones que a nuestro juicio, servirán para ajustar la ley de garantías mobiliarias en cuanto al procedimiento a aplicar, los factores de competencia y la universalidad de bienes sobre los cuales se podrá prestar garantía para acceder a los créditos, y que, por ende, cumpla con la finalidad y objetivo para la que fue creada, convirtiéndose en una herramienta que brinde

oportunidades de crédito a los pequeños y medianos empresarios, así como la seguridad de recuperación que requieren los sectores financieros para acceder al otorgamiento de créditos que no le impliquen mayores pérdidas económicas y desgastes operativos a futuro.

DATOS GENERALES DEL PROYECTO

Título del proyecto:

Ley de Garantías Mobiliarias: ejecución de la garantía por Pago Directo

Tema:

Análisis de la Ley 1676 de 2013 de “Garantías Mobiliarias” en Colombia, a efectos de establecer los vacíos jurídicos en su aplicabilidad en relación con el procedimiento de ejecución mediante el mecanismo especial de Pago Directo, teniendo en cuenta el alcance y objeto que motivó la creación de la Ley.

Idea:

Realizar un análisis de la Ley 1676 de 2013 de Garantías mobiliarias respecto de su regulación y ejecución mediante el mecanismo de Pago Directo, y cuáles son los aspectos que resultan desatendidos por la ley, en relación con el procedimiento establecido para la ejecución de las garantías constituidas por los deudores. Así mismo, determinar la efectividad del objeto de la norma, que no es otro que, incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos, o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria, simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas, y cómo repercute en las partes que celebran un contrato de mutuo bajo estas circunstancias.

1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN:

Los vacíos normativos de la Ley 1676 de 2013 (congreso de la República, 2013) en relación con la ejecución de las garantías a través del mecanismo de PAGO

DIRECTO establecido a favor de los acreedores, teniendo como fundamento principal el objetivo de creación de la ley.

2. DESCRIPCIÓN

Desde el nacimiento del contrato de mutuo, la garantía por excelencia que ha respaldado los créditos y que brindan mayor seguridad al acreedor ante un futuro incumplimiento en el pago por parte del deudor, son todos aquellos bienes inmuebles que por su naturaleza se encuentran sujetos a registro, situación que limitaba el acceso al crédito a algunos sectores económicos en especial a las micro, pequeñas y medianas empresas (PYMES). No obstante, una vez identificadas dichas circunstancias por el Gobierno Nacional y en aras de ampliar las oportunidades de acceso al crédito, creó la Ley 1676 de 2013 por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias para las obligaciones crediticias adquiridas con los acreedores.

Es de aclarar que esta norma responde no solo a una necesidad económica de las PYME, sino también al orden jurídico que actualmente vive el país, toda vez que, al simplificar la ejecución de dichas garantías y establecer procedimientos expeditos que hicieran más eficaz su exigibilidad podría lograrse la descongestión del aparato judiciales, ocasionado por los múltiples procesos ejecutivos que adelantan los despachos, mediante los cuales los acreedores reclaman el derecho real que ostentan en virtud de la constitución de garantías a su favor.

En ese sentido, este trabajo lo que pretende es determinar la viabilidad del incremento de los créditos bajo este modelo de garantía, si el mismo propicia un verdadero escenario de bienestar para quienes acuden al préstamo como para los acreedores, rescatando que en la actualidad el capital de una empresa no solo se determina en el valor efectivo sino en sus bienes como maquinaria, equipos, derechos, frutos etc.; o si, por el contrario, se encuentran mayores dificultades para acceder a los préstamos financieros, dados los vacíos jurídicos que encierra la

norma y la forma de ejecución de la garantía contemplada en ella, específicamente el mecanismo novedoso de Pago Directo, que resulta en ocasiones adversario a los derechos del deudor.

Después de realizar una lectura minuciosa a la normatividad, son muchas las dudas que nos asaltan como equipo, y que responde el objetivo principal de este proyecto, las cuales se formulan a continuación:

- ¿Qué tipo de bienes sirven como garantías mobiliarias?
- ¿Cómo modifica esta ley los contratos de prenda?
- ¿Cómo funciona el registro de garantías mobiliarias?
- ¿Cuál es el procedimiento de ejecución de la garantía por Pago Directo y en qué se diferencia del proceso ejecutivo convencional?
- ¿Dónde y cómo se realiza la inscripción de las garantías mobiliarias a las que hace referencia la ley 1676 de 2013?
- ¿Quién hace el control de estos registros?
- En relación con el mecanismo de ejecución de pago directo ¿Qué garantías sustanciales y procesales del deudor podrían verse afectadas?

Es posible que frente a estos interrogantes existan algunas respuestas concisas, sin embargo, nuestro trabajo pretende desarrollarse con una mirada más holística desde lo real y práctico, tanto para el deudor o garante como para el acreedor garantizado, con el fin de evidenciar las falencias que se encuentran en la legislación ya comentada, si la misma ofrece una respuesta a las necesidades de los empresarios que se adhieren a esta nueva forma de constituir garantías con la finalidad de que les sea otorgado un crédito, o por el contrario si se ven afectados, dado que, en vez de verse beneficiados por el abanico de garantías mobiliarias, son en ocasiones sometidos al abuso de los acreedores, pues sólo se requiere de un contrato para la ejecución de la garantía mobiliaria, que sin lugar a dudas, se determinará por las condiciones propuestas por el acreedor en virtud de la posición dominante que ostenta en relación con quien acude a él para lograr el préstamo de una suma de dinero determinada.

Por otro lado, el procedimiento de ejecución de la garantía por Pago Directo determinado por la Ley podría no ser el adecuado y expedito para asegurar al acreedor la recuperación de su capital, pues la norma establece un mecanismo poco claro que no tiene en cuenta las relaciones contractuales y la dinámica de los procesos judiciales.

Así, arrancaremos nuestra investigación con la siguiente pregunta:

Teniendo en cuenta que el objetivo principal de la Ley 1676 de 2013, es facilitar el acceso al crédito ampliando el universo de bienes que pueden servir de garantías, simplificando además, los procedimientos de ejecución ¿qué tan efectivo resulta en la práctica, obtener créditos con cualquiera de los bienes que la norma contempla y, en ese sentido, es el procedimiento establecido para la ejecución de la garantía denominado Pago Directo, idóneo para garantizar a los acreedores el cumplimiento total del crédito y, por lo tanto, recuperar su capital?

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Considerando que la ley está dirigida a las micro, pequeñas y medianas empresas, es necesario, para dar respuesta a los objetivos planteados en este proyecto, conocer cuál es el riesgo asumido cuando se accede al crédito bajo la modalidad establecida por la ley objeto de estudio. Lo anterior, teniendo en cuenta que los empresarios garantizan las obligaciones con aquello que constituye su capital social, y que los acreedores podrán aprehender en caso de incumplimiento por vía extrajudicial o judicial, vulnerando el derecho a la propiedad privada y el principio de contradicción dispuesto como garantía en las normas procesales, toda vez que, los deudores no tienen lugar a interponer excepciones ni controvertir lo indicado por los acreedores, ejerciendo estos un claro abuso de su poder dominante sobre los deudores o garantes, además, que los acreedores, podrán pagarse la obligación con los bienes garantizados sin que medie un proceso judicial, limitándose así, el

derecho a la propiedad privada. Todo ello, en atención al mecanismo de ejecución especial y novedoso que introdujo esta Ley denominado Pago Directo.

Por otro lado, es menester resaltar que para los acreedores este mecanismo novedoso de ejecución de la garantía mobiliaria, también constituye un riesgo. Primero, porque no todos los bienes que pueden ser constituidos como garantía mobiliaria otorgan la suficiente seguridad a los acreedores frente a la recuperación de su capital, si se tiene en cuenta que, al ser bienes muebles la depreciación y riesgo de desaparición es mayor, siendo entonces, infructuosa la solución del crédito haciendo efectiva la garantía constituida. Y, segundo, el procedimiento establecido para el trámite de pago directo, cuando este requiere la intervención judicial, no es lo suficientemente claro para los acreedores en cuanto a la determinación de la competencia, la preferencia de créditos y el pago de la obligación, en tanto que, no define expresamente si la solicitud judicial corresponde a un proceso jurídico o a un simple trámite con intervención del juez.

Así mismo, para el acreedor el desgaste a la hora de iniciar la ejecución de la garantía para la satisfacción del crédito incumplido es mucho más alto de lo que la norma intencionalmente espera, esto debido a que se obliga al acreedor garantizado a iniciar un proceso ejecutivo separado de la solicitud de aprehensión de la garantía en virtud del pago directo, para que este pueda reclamar el pago de los saldos insolutos que queden después de haberse realizado el avalúo del bien. Es claro que, al tratarse de bienes muebles, el valor comercial de los mismos disminuye con el tiempo y cuando deba hacer efectiva su garantía puede suceder, en la mayoría de los casos, que esta no sea suficiente para extinguir la obligación.

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo General

Analizar de forma crítica la Ley, en cuanto a la regulación y ejecución de las garantías mobiliarias a través del mecanismo de Pago Directo.

3.2. Objetivos Específicos

- 3.2.1.** Identificar los vacíos normativos de la Ley 1676 de 2013 en relación con la regulación y ejecución de las garantías mobiliarias.
- 3.2.2.** Establecer la pertinencia de las diferentes modalidades de garantías mobiliarias.
- 3.2.3.** Examinar de forma crítica el aspecto procedimental del mecanismo de pago directo como método de ejecución de la garantía mobiliaria.

4. JUSTIFICACIÓN

El mundo de los negocios es muy cambiante, dinámico, interdependiente, y multidimensional para los empresarios y consumidores. Constantemente se abren nuevos mercados, nuevos retos, nuevas formas de interconectarse para dar un abordaje a la relación que siempre se basa en necesidad -satisfacción, por tanto, para enfrentar todo este dinamismo se requiere de innovación, desarrollo, tecnología y así competir en un mundo más globalizado, dando satisfacción a los clientes que día a día son más exigentes. Es por esto, que las empresas cada vez necesitan reinventarse, desarrollar nuevas estrategias de innovación e implementar las nuevas tecnologías; sin embargo, en un país como Colombia, donde los empresarios se ven afectados enormemente por los condicionamientos de los tratados de libre comercio y demás acuerdos internacionales, además de tener que pagar altos impuestos, y que deben subsistir ante los efectos negativos de la economía, se ven obligados para mantenerse en el mercado y afrontar todos estos fenómenos económicos, a recurrir a las distintas modalidades de créditos que les permita estabilizar sus organizaciones empresariales. Así mismo, las sociedades comerciales requieren de un acompañamiento legal que dé claridad a las relaciones contractuales entre cliente-consumidor; no obstante, en ocasiones los comerciantes ven en la ley más problemas que soluciones, toda vez que, se limitan sus

quehaceres, y sus operaciones van más avanzadas que la normatividad, todo ello pese a los esfuerzos de nuestro legislador para ir a la par de estas problemáticas.

Para analizar el tema de la ley de garantías mobiliarias, sus beneficios, y el cumplimiento del objetivo de esta, que no es otro que, ampliar las opciones de crédito a través de la modernización de las normas sobre garantías mobiliarias, debemos desarrollar un método factible de investigación a través de la descripción histórica construida a partir de las fuentes primarias, es decir, recolección de noticias a través de medios de comunicación tales como las revistas Finanzas, Dinero, Semana, Ámbito Jurídico, jurisprudencias tales como, Sentencia T-181 de 2017, C-447 de 2015, Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria nº T 1100122030002016-02318-01 de 14 de Diciembre de 2016, STC5682-2017; conceptos de la Superintendencia de Sociedades N°220-084463 y 220-21214 y acudir a la interpretación del Derecho comparado, así como todas las demás formas de obtención de la información, que nos permita conocer, interpretar y tener un conocimiento más amplio de las relaciones comerciales y la manera en que se acreditan dichas relaciones contractuales. De esta forma, determinaremos si la ley de garantías mobiliarias es efectiva, si se adecua a las necesidades satisfaciendo las demandas de los comerciantes y de los clientes; y si dicha Ley contiene una regulación integral sin que llegue a vulnerar derechos y/o garantías de las partes involucradas en ella, teniendo en cuenta el mecanismo de ejecución especial denominado Pago Directo.

En consecuencia, nuestro trabajo encuentra su justificación, dado que dicha norma tiene un carácter social, más en la realidad no se ve reflejado, debido a que se evidencia un abuso del acreedor garantizado en la ejecución de la garantía por Pago Directo frente al incumplimiento de la obligación, así como también existe una desventaja en las garantías que los deudores pueden otorgar, toda vez que tienen una mayor depreciación económica, lo que se traduce en mayores riesgos para las partes al momento de tomarla como forma de pago de la obligación, dado que puede ocurrir que dicho bien no cubra el total de la misma.

Por otro lado, se observa en la Ley la posición dominante que ostenta el acreedor teniendo en cuenta que son estos quienes pueden estipular las cláusulas en este tipo de contratos, que pueden ser abusivas, y de las cuales los micro y hasta los medianos empresarios no ven otra opción que someterse a ellas dada la necesidad que les apremia.

4.1. MÉTODO:

El método a realizar es el deductivo, por lo que en atención al marco metodológico, nuestro método de investigación es exploratorio y descriptivo, por tanto, dichos métodos se realizarán en dos etapas: la primera de ellas es partir de la consecución y recolección de la información acerca de las empresas que utilizan las garantías mobiliarias para facilitar su crédito tanto a personas naturales, como a pequeñas y medianas empresas, describir las características más relevantes en el hallazgo de la investigación y dar a conocer las falencias y fortalezas que se ven en la ejecución de la norma versus la realidad, pues bien es sabido que, la norma busca tal como se describe en la cartilla de garantías mobiliarias (Oficina de comunicaciones y la dirección de la regulación del min CIT, 2013) ampliar el universo de bienes muebles que pueden darse en garantía y aumentar así las típicas posibilidades de bienes sobre los que se constituyen garantías, usualmente a través del contrato de prenda. Sin embargo, al ver la normatividad y la realidad se pueden evidenciar falencias y lagunas jurídicas no reguladas, lo que en el desarrollo de este trabajo se pretende demostrar.

En la segunda fase, y atendiendo los resultados anteriores, se llega a una interpretación de esos resultados y brindar unas recomendaciones que permitan mejorar la implementación de la norma y dar a conocer los resultados que van en pro de toda la comunidad que se relaciona con la ley comercial y civil dentro del marco de las garantías mobiliarias.

4.2. METODOLOGÍA:

Para el desarrollo de esta investigación es necesario utilizar herramientas que permitan recolectar el mayor número de información necesaria, con el fin de obtener un conocimiento más amplio de la realidad de la problemática. Como se precisó en los puntos anteriores, se utiliza el método de recolección de información de fuentes primarias, consulta de la ley, sus antecedentes, libros, documentales, etc.

Población: para esta investigación la población que será relevante son las empresas que conforman el sector comercial, específicamente aquellas que para garantizar las obligaciones acceden a las garantías mobiliarias.

El sector al cual va dirigido la ley de garantías mobiliarias, es específicamente el comercial, la ley no precisa quienes son exactamente, pero sí determina bajo qué condiciones y cómo operan dichos procedimientos en el marco de una relación contractual, pues esta normatividad no recae sobre una actividad específica sino en la garantía que da cumplimiento de la relación cliente-empresa.

Muestra: Pequeñas y medianas empresas que han obtenido créditos con garantía mobiliaria.

Procedimiento:

- Unificación de los formatos para los cuestionarios y entrevistas que nos permitan conocer realmente las estrategias de acceso a los créditos con garantía mobiliaria y la ejecución de la garantía mediante el mecanismo de Pago Directo.
- Unificación de criterios para el desarrollo del trabajo.
- Recolección de información: esta base se realiza a través del método de recolección de información a través de las fuentes primarias, consultas en los libros, jurisprudencia, páginas de internet acerca de las garantías otorgadas que brinden seguridad frente al cumplimiento de una obligación crediticia.
- Análisis e interpretación de los resultados obtenidos en los pasos anteriores, que nos permite identificar si se están implementando adecuadamente

estrategias de la ley de garantías mobiliarias o, si por el contrario, se está fallando en relación al procedimiento de ejecución de la garantía por Pago Directo, señalados en la realización de este trabajo.

- Brindar alternativas de solución a las falencias encontradas que permitan mejorar el proceso establecido para la ejecución de la garantía en virtud del mecanismo especial de Pago Directo.

5. MARCO NORMATIVO

En atención a la demanda de los micro, pequeños y medianos empresarios que ven en los créditos la oportunidad de desarrollar actividades comerciales a partir del dinamismo del mercado, surge la Ley 1676 de 2013 que aumenta los diferentes tipos de bienes que permite constituir créditos con garantías mobiliarias, tales como, las obligaciones determinadas e indeterminadas, bienes corporales o incorporeales, bienes muebles y mercantiles, acciones, derechos patrimoniales de propiedad intelectual, derecho al pago de depósito de dinero, cuotas y partes de interés de representación en capital de sociedades civiles y comerciales, sobre bienes fungibles y demás, que abren un abanico de oportunidades para facilitar el acceso al crédito sin tantas limitaciones, y en atención a ello fue creado, además, un Registro Nacional de Garantías Mobiliarias que proporciona mayor transparencia y publicidad a los acreedores, deudores y garantes.

De otro lado, la creación de la norma no es suficiente para solucionar ciertos asuntos que vive la sociedad, específicamente la población mercantil, es por ello nuestro interés en abordar este tema de investigación ya que después de seis años de puesta en vigencia la norma objeto de estudio, se siguen vislumbrando algunas inconformidades tanto en el empresario como en el ciudadano que acude ante este tipo de garantías, se observan aspectos fundamentales que la Ley no contempla y que en el desarrollo de este trabajo se pretende evidenciar, así como la vulneración de ciertas garantías fundamentales que fueron previstas por la normativa

colombiana y posteriormente modificadas para dar trámite a la presente Ley e incorporar el mecanismo de ejecución de Pago Directo .

Finalmente, es para nosotros importante entender la finalidad del legislador con la estructuración de la Ley 1676 de 2013, si el objeto y alcance contenido en ella puede materializarse y cuáles son las implicaciones para las partes en el desarrollo de la misma, teniendo en cuenta que la Ley contempla ciertas facultades que limitan los derechos de los deudores y garantes, relacionadas directamente con la ejecución de la garantía por Pago Directo, pese a que el objetivo de esta normatividad es el beneficio de los deudores al ampliar sus posibilidades de acceso al crédito.

CAPÍTULO I

Ley 1676 de 2013: los retos en la regulación y ejecución de las garantías mobiliarias.

Previo a las consideraciones pertinentes para el desarrollo de este capítulo, es preciso señalar que la creación de la Ley en estudio corresponde a una intención clara del Estado de ampliar las opciones de crédito a través de la modernización de las normas sobre garantías mobiliarias, obedeciendo a necesidades de orden económico y jurídico. El gobierno Nacional identificó que muchas veces la circunstancia de no contar con bienes inmuebles significaba una restricción al crédito importante sobre todo para las micro, pequeñas y medianas empresas. Adicionalmente, la falta de reglas claras podría haber significado un encarecimiento de los créditos (repository.poligran.edu.co, 2017).

Atendiendo a esta necesidad y teniendo en cuenta que la forma de poder tener garantía para el crédito es a través del universo de bienes muebles, es donde surge la efectividad y confianza para otorgar créditos con la certeza de que los muebles prendados cubran en determinado momento la obligación adquirida. Sin embargo, en el caso que surja la necesidad de hacer efectiva la garantía para la solución de la obligación, es donde nacen los vacíos legales sustanciales y procesales para que las entidades financieras, personas jurídicas o naturales, recuperen el capital invertido o dispongan del mueble que sirvió de garantía para el negocio jurídico.

Ahora bien, se tiene que la aplicación de esta norma tiene mayor acogida en el sector financiero y comercial, quienes, de cierta manera, cuentan con los medios para que en determinado momento hagan exigible el cumplimiento de la obligación, pero cuando hablamos de las personas naturales, se denota un amplio desconocimiento de la norma lo que dificulta beneficiarse de la misma, pese a que, la ley, en principio, fue creada para que cualquier persona se beneficiara de ella.

Po otro lado, la lista de bienes que la norma permite sean tenidas como garantías, en su mayoría no generan la seguridad esperada por los acreedores, por lo que resulta inusual en la realidad, que sea aceptado un bien en garantía distinto a un automotor o aquel cuyo valor económico en el mercado sea lo suficientemente atractivo para los acreedores, convirtiéndose así el objeto de creación de la Ley, en simples buenas intenciones. Por ejemplo, un tendero que solo cuente con el inventario de su tienda como garantía para la obtención de un crédito, tiene menos probabilidades de acceder que quién posee un vehículo automotor. Estas particularidades en la praxis podrían generar incertidumbre para las partes dado que la norma trae un ingrediente adicional, y es que el bien que se vaya a gravar como garantía puede encontrarse en cualquier parte del territorio nacional y basta tan solo inscribirlo en el registro único de garantías mobiliarias, inscripción que se puede hacer por medios electrónicos pues se trata de un registro nacional que lo que busca es dar publicidad y oponibilidad al acto jurídico celebrado, esto quiere decir que, sus efectos, son meramente declarativos y no constitutivos. Ante esta facilidad y practicidad de la norma, es posible que se genere desconfianza entre las partes que en últimas conlleve a la no celebración del contrato, pues ante el panorama social del país y la falta de credibilidad, resulta no ser una figura del todo segura para los acreedores y deudores o garantes, sobre todo porque los bienes podrían estar inscritos en un lugar y movilizados en otro completamente distinto sin que los acreedores puedan tener un control efectivo sobre la garantía y su conservación.

Conforme a lo citado es dable traer otro aspecto que puede traer tropiezos al momento de dar aplicación a la ley 1676 de 2013, toda vez que, en un concepto doctrinario se alude el desprestigio de las garantías mobiliarias respecto de la prelación a la hora de hacer efectiva la garantía (MARTÍNEZ-CÁRDENAS/TERNERA BARRIOS, “De las garantías tradicionales a las garantías derivadas”, Opinión Jurídica, 2011, vol. 10, N° 19, pp. 181 y ss., p. 184), este “desprestigio” fue atribuido a cuatro causas que pueden ser resumidas así: primero, la prelación de créditos que realmente no favorece en jerarquía a los créditos con privilegio, debido a que abierto el concurso de acreedores; los créditos a favor de

los niños, los laborales; las costas del proceso de otros acreedores; los alimentarios o los impositivos, serán tratados con prioridad frente a aquéllos (art. 2495 C.C.); segundo, la extrema limitación de los mecanismos de ejecución extrajudicial, ya que la garantía, al estar prohibido el pacto comisorio sobre la prenda en la legislación colombiana, sólo puede hacerse efectiva a través de una ejecución judicial; tercero, el desconocimiento de lo que puede ser opuesto a manera de excepciones contra las pretensiones del acreedor en un proceso ejecutivo, por lo que se ha creado un gran desorden en el trámite de este proceso. Y cuarto, el criterio sumamente sesgado de protección a los deudores en dificultades financieras o en estado de insolvencia contra los intereses de los acreedores.

Se tiene también, que uno de los vacíos que contiene la ley y que se convierte en un reto sumamente importante es la relación de aplicación que deberá existir entre la ley 1116 de 2006, régimen de insolvencia empresarial, y la ley de Garantías mobiliarias. Sobre este último reto, se ha realizado un trabajo bien importante acerca de la interpretación sobre las disposiciones establecidas en materia concursal y el funcionamiento y aplicación en el proceso de ejecución de las dos leyes.

Para comenzar a entender como deberá aplicar esta normativa, se tienen los siguientes cuestionamientos: 1. En el caso en que una empresa tenga constituidas garantías antes de entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013 y a la vez constituya unas nuevas de acuerdo a lo contemplado en dicha norma, ¿Cómo deberían aplicar o convivir estas dos leyes, en un proceso de reorganización o liquidación Judicial? Aunque la Ley de Garantías mobiliarias no contempla en su parte normativa esta situación, se debería ceñir conforme a lo establecido en el artículo 2495 del código civil, las acreencias laborales y de manera posterior tendrían prelación las garantías constituidas bajo el régimen de garantías mobiliarias, teniendo en cuenta que esta norma será la que amparará todo lo relacionado en materia de garantías mobiliarias (repository.poligran.edu.co, 2017).

No obstante, al realizar un análisis de esta situación, encontramos que la ley de garantías pone en desventaja a todos los acreedores por lo siguiente: los acreedores que constituyeron garantías anteriores a la vigencia de esta ley

quedarían o entrarían en último lugar en la lista de adjudicación. Ahora, respecto a los acreedores que hayan constituido garantías, bajo el régimen de garantías mobiliarias, presentan dos situaciones, una ventaja respecto de los demás acreedores, de acuerdo a las reglas de prelación establecidas en esta norma, sin embargo, también puede presentar una gran desventaja en el caso de que, al momento de adjudicar la masa liquidatoria, la garantía constituida sólo sea suficiente para cubrir las acreencias laborales de acuerdo a su orden de prelación. De conformidad con lo estipulado en el régimen de garantías mobiliarias, los acreedores tendrán prelación para la ejecución de su garantía de acuerdo al orden de su constitución, asegurando la recuperación del dinero otorgado a través de mutuo para los casos en los cuales se presente incumplimiento en el pago de sus obligaciones.

Otro de los aspectos importantes a mencionar es que la ley refiere que se puede prestar garantía sobre bienes perecederos, pero no los establece taxativamente, por lo que en la dinámica de la economía negocial, consideramos que no es dable la celebración de un contrato que integre estos bienes, pues, pese a que el contrato es consenso de las partes y son quienes determinan el bien sobre el que se prestará garantía, no se encuentra individualizado el bien en la norma, de manera que al momento de hacer efectiva la ejecución especial de la garantía, carecería de sustento y a su vez estaríamos ante una inseguridad jurídica en la negociación y suscripción del contrato, por lo que será ineficaz e inaplicable esta acápite de la norma¹.

Así mismo, la ley 1676 de 2013 en su artículo 5° GARANTÍAS MOBILIARIAS SOBRE MUEBLES ADHERIDOS O DESTINADOS A INMUEBLES manifiesta que: *“Podrán constituirse garantías mobiliarias sobre bienes inmuebles por adhesión o por destinación, si estos pueden separarse del inmueble sin que se produzca detrimento físico de este. Los bienes así gravados podrán ser desafectados al momento de la ejecución de la garantía. y ARTÍCULO 6o. BIENES EN GARANTÍA. Para garantizar obligaciones presentes y futuras, propias o ajenas,*

¹ Ley 1676 de 2003. Artículo 62 procedencia. Numeral 6°. Cuando el bien sea perecedero.

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 los que las partes atribuyan valor económico”.*

De ahí que, al analizar este articulado, se evidencia que hay una gran libertad contractual que vendría siendo la regla de la norma y que deja claro que busca ser incluyente. Esto con el propósito de señalar que pese a que deja abierto la universalidad de bienes sobre los cuales se puede prestar garantía mobiliaria, consideramos que es un vacío muy amplio pues da lugar a que tenga múltiples interpretaciones jurídicas al momento de dar inicio al trámite de ejecución de la garantía, lo que llevaría a que las partes tengan una incertidumbre respecto de la decisión que se adopte, pues no está claro en la norma que bienes sí se pueden gravar y cuáles no, evento que podría crear ambigüedades en el procedimiento, principalmente al momento de la constitución, pues uno de los requisitos del contrato es describir los bienes que se darán en garantía, que, en todo caso, se trata de una carga en cabeza del acreedor, quien deberá verificar según considere, el estado de los bienes.

De otra parte, el registro de garantías mobiliarias será una especie de radiografía de la situación jurídica del bien mueble, funcionará con alguna semejanza a lo que sucede con el registro inmobiliario de bienes inmuebles. (MinCIT, 2013).

A partir de este concepto, es importante indicar que no se previó la forma de obtener el avalúo de los bienes a gravar con garantía mobiliaria, pues pese a que para determinados bienes (vehículos, arte, maquinaria amarilla) existen peritos o establecimientos de comercio donde se pueda obtener el valor real del bien y que sirvan de soporte al momento de celebrar el acto jurídico, podría también surgir dudas de como avaluar bienes que no tengan un valor comercial conocido y que tampoco haya un personal idóneo que pueda emitir un peritaje apto, pues ante una eventual pugna, el valor asignado al bien puede llegar a ser controvertido, y en caso tal de no haber una certeza del precio, carecerá de fundamento la exigibilidad de la obligación.

Esta problemática podría aumentar si se tiene en cuenta que, otorgada la garantía sobre un bien mueble, el deudor tendrá la facultad de usarlo, transformarlo, venderlo, permutarlo y alquilarlo, siempre y cuando la garantía mobiliaria sea sin tenencia del acreedor garantizado y el deudor realice estas actividades en el giro ordinario de sus negocios. Por su parte, el acreedor garantizado solo podrá usar los bienes objeto de garantía dentro de las especificaciones de la garantía, siempre y cuando los mismos se encuentren bajo su tenencia, custodia y cuidado. (Pinilla, 2019)

Acá queremos significar que la norma² trae dos formas de ejecutar las garantías mobiliarias: una es la ejecución especial extrajudicial, y la otra es la judicial. En la

² Al respecto: el **ARTÍCULO 58. MECANISMOS DE EJECUCIÓN**. 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 de Proceso o de ejecución especial de la garantía, en los casos y en la forma prevista en la presente ley.

PARÁGRAFO. El 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

primera refiere que el acreedor podrá tomar el bien de manera directa, siempre y cuando se haya pactado al momento de la constitución o cuando el acreedor tenga la tenencia del bien dado en garantía, entre otras. Citado esto, vemos que en caso de que el bien quede en poder del acreedor y éste pueda disponer durante el lapso de la obligación, crea incertidumbre frente al posible deterioro que pueda sufrir, pues pese a que hay de por medio un contrato siempre va existir inconformismo, bien sea porque que el bien es entregado o no, esto conlleva a que hoy por hoy se desconozca por completo la presunción de la buena fe, pero que pese a ello, la dinámica comercial hace que esta ley sea utilizada en pro de garantizar el acto jurídico y de esta manera se genere un mayor crecimiento económico tanto para la partes y el Estado.

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.

CAPÍTULO II

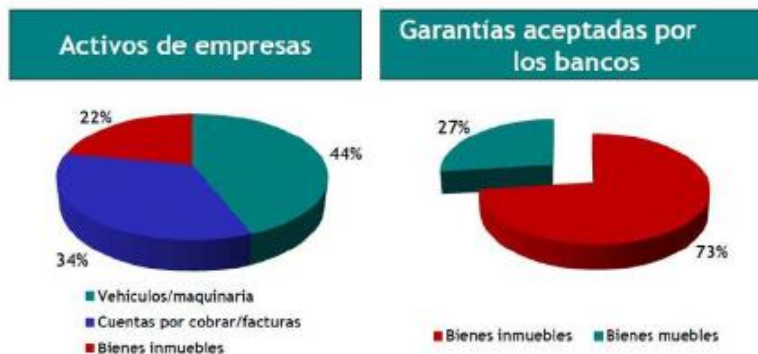
Pertinencia de las diferentes modalidades de garantías mobiliarias.

Tras lo analizado en el capítulo anterior, es necesario para determinar la pertinencia de las diferentes modalidades de garantías mobiliarias evidenciar cuáles fueron las dificultades que se desplegaban en nuestro sistema colombiano, siendo el principal problema presentado para el acceso a créditos con garantías muebles, la falta de regulación del sistema de dichas garantías, es decir, la falta de un marco legal normativo que determinara la restricción en el tipo de activos, la prelación de los acreedores, problemas en la ejecución de la garantía, la falta de un registro de garantías mobiliarias que brindara mayor transparencia y seguridad, un registro ineficaz, falta de publicidad, poca practicidad, falta de conocimiento en los préstamos de bienes muebles como garantías, personal no capacitado, falta de interés en el mercado de bienes muebles, entre otros, situación que fue fundamental para la Superintendencia de Sociedades en la creación de la Ley en estudio (Alejandro Álvarez de la Campa, 2013).

Así, surge entonces la necesidad de crear la ley de garantías mobiliarias que permitieran flexibilizar los mecanismos para el acceso a créditos a aquellas personas que no tuvieran bienes inmuebles como garantía de pago, y para dar mayor seguridad a los acreedores de recuperar el capital cedido en crédito, razón de ser de la creación de la ley 1676 de 2013, que tiene como propósito principal, aumentar el acceso a créditos para personas que tengan bienes muebles o algún derecho del que se pueda disponer y usarlo como garantía de la obligación que fuere contraída.

A continuación, relacionamos un gráfico que muestra la situación de Colombia antes de implementar el sistema de garantías mobiliarias

DEFICIT DE GARANTÍAS



COLOMBIA, 2013

Gráfico extraído del texto *la modificación del régimen de garantías en América Latina: un Proceso de implementación uniforme de estándares internacionales relativos a las garantías mobiliarias*.

“...Una de las circunstancias fácticas que motivaron la reforma, consistía precisamente en reconocer que, del total de las garantías aceptadas por los bancos en Colombia en 2013, el 73% de las mismas correspondía a bienes inmuebles, estando integrado el 27% restante, por bienes muebles pignorados, tal como se refleja en el Figura No. 5. Situación que contrasta con los activos disponibles en las empresas que podrían ser dados en garantía, tales como las cuentas por cobrar facturas, correspondientes al 34% de ese total de activos. De igual manera, el 44% de los vehículos y maquinarias de las empresas, estaban siendo desaprovechados para obtener acceso al crédito, como quiera que tanto la regulación vigente, como las prácticas negociables, habían privilegiado a todas luces las garantías hipotecarias. Sin embargo, una vez introducidas las reformas a partir de 2014, para el 30 de septiembre de ese año el registro contaba con 890.295 registros originales de garantías mobiliarias. 43% de estos registros correspondían a acreedores que no son instituciones financieras. Menos del 1% de estos registros correspondía a créditos nuevos otorgados con base en garantías mobiliarias constituidas sobre bienes distintos de vehículos. Solamente el 0,08% de los nuevos registros correspondían a activos diferentes de vehículos. El 0,17% de los nuevos registros correspondían a transacciones en que los deudores son empresas...” (Herrera, s.f.).

Ahora bien, es necesario comprender el concepto de garantía mobiliaria para tener una idea más amplia sobre la pertinencia de la misma, y es que, en el artículo tercero

de la ley 1676 de 2013, define por garantía mobiliaria lo siguiente. “(...) *El concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley (...)*” Y es que no es para menos, pues como su nombre lo indica, garantía implica afectar la libre disposición de un bien mediante un acto jurídico, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación. Sin embargo, al referirnos a bienes muebles, sabemos que éstos son circulantes y de los que podría, en algún momento, existir una desposesión generando riesgos para el acreedor frente a la conservación de la garantía que se le otorga, pese a que la norma permita que el deudor o garante entregue el bien en garantía al acreedor o a un tercero depositario para minimizar los riesgos del no pago y darle más confianza al acreedor, situación que es poco usual en la actualidad en lo que tiene que ver con este tipo de régimen de garantías, pues la norma se encuentra dirigida principalmente al sector empresarial que requiere de créditos para el crecimiento de su actividad económica y que necesita de dichos bienes para el funcionamiento de su negocio en el mercado.

Por otro lado, la norma no deroga lo que antes conocíamos como contrato de prenda, sin embargo, en su artículo 3° manifiesta que: “*Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a 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 a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley.*”, por lo que genera incertidumbres en si ello equivale a una derogatoria tácita o si deja en vigencia un

contrato que quedará en desuso, y del mismo modo, no es clara en cuanto a la regulación que tendrán las garantías hipotecarias pues por remisión expresa del código civil estas tienen las mismas características del contrato de prenda, que según este artículo, quedarán reguladas por la Ley 1676 de 2013. La pregunta ahora es, si la ejecución especial de la garantía llamada Pago Directo aplicará también para los bienes inmuebles y, en caso afirmativo, cuál sería el procedimiento para ello.

Siguiendo adelante con el tema que nos ocupa en esta sección, indicaremos cuáles son aquellos derechos o bienes sobre los que podrá recaer la garantía mobiliaria que consagra esta ley y, posteriormente, nos enfocaremos en el desarrollo de las modalidades a las que se refiere. Por lo tanto, señalaremos que el artículo 6° de la Ley 1676 de 2013 nos indica qué se entiende por garantías mobiliarias, las siguientes figuras:

*“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 los que las partes atribuyan valor económico”*

Y en el mismo sentido, expresa el artículo 5° ibídem que también se podrá constituir garantías mobiliarias con respecto a “bienes inmuebles por adhesión o por

destinación, si estos pueden separarse del inmueble sin que se produzca detrimento físico de este. Los bienes así gravados podrán ser desafectados al momento de la ejecución de la garantía”

Con todo lo anterior, se entiende que las garantías mobiliarias recaerán sobre los derechos adquiridos por el deudor o garante y, así mismo, sobre algunos bienes considerados inmuebles por destinación o adhesión; sin embargo, hasta acá solamente se ha desarrollado el concepto sobre los que recaen las garantías mobiliarias, pero ahora nos adentraremos en las modalidades para poder llegar a disponer de esos derechos.

2.1. De las garantías mobiliarias.

La ley 1676 de 2013 amplió el universo de bienes que pueden gravarse como garantía de una obligación, aquellos inimaginables antes de entrar en vigencia la norma, pues era impensable la posibilidad de establecer como caución de un crédito el inventario de un establecimiento de comercio, por ejemplo, ya que para los acreedores dichas garantías eran consideradas insuficientes para la satisfacción de un crédito incumplido aumentando los riesgos de pérdida de su capital. Sin embargo, la norma no especifica claramente la forma en la que estos bienes, algunos intangibles, pueden ser gravados con garantía mobiliaria y lo que es peor, cómo podría procederse al momento de la ejecución. Cabe resaltar que la norma simplificó procesos, reguló más el tema que se tocaba de manera muy somera en el código civil y en el código de comercio, y ahora podría decirse, que existe mayor facilidad de acceder a un crédito con garantías de naturaleza mobiliaria, pues basta solo con un simple acuerdo de voluntades entre las partes, es decir, un contrato simple o por ministerio de la ley para así constituirse. No obstante, en nuestra opinión la Ley se queda corta frente a los efectos de establecer como garantía cualquier tipo de bien apreciable en dinero, pues, aunque la finalidad sea la de solucionar un sinnúmero de necesidades, lo cierto es que no logra su alcance por

la inseguridad que genera a los acreedores.

En este punto, es importante precisar que, si bien es cierto que la norma busca solucionar las restricciones que tienen, en principio, las pequeñas y medianas empresas para acceder al crédito debido a que los principales activos de estas están representados en bienes mobiliarios (maquinaria, equipos, cuentas por cobrar), también es claro que las entidades financieras no muestran una buena disposición para aceptar este tipo de garantías como seguridad para las obligaciones a su favor. *“Los bancos prefieren en gran medida terrenos, edificios y otros activos inmobiliarios como colaterales (Encuesta Instituciones Financieras SIC). En la encuesta “Estudio sobre Transacciones Garantizadas por Activos Mobiliarios” realizada por la SIC a una muestra representativa de instituciones financieras se encontró que, a excepción del Banco Agrario que financia actividades relacionadas con el campo y, por lo tanto, acepta productos agrícolas y sus derivados como prenda de garantía, las demás instituciones financieras únicamente aceptan en orden de importancia los siguientes activos mobiliarios:*

- *Maquinaria y Equipo Industrial No Agrícola*
- *Maquinaria y Equipo Industrial Agroindustrial*
- *Vehículos Automotores*

Los resultados de dicha encuesta indican que entre las principales razones para la no aceptación de activos mobiliarios se encuentran:

- *Mercado inmaduro para el desarrollo de actividad comercial en torno a activos*
- *Mobiliarios.*
- *Falta de Leyes que se ajusten a las necesidades comerciales.*
- *Falta de claridad en la actual legislación sobre la prioridad de los acreedores de activos*
- *La regulación actual hace bastante difícil el otorgamiento de préstamos garantizados con activos mobiliarios*
- *Valoración compleja de activos mobiliarios.*

- *Altos costos judiciales que se incurren al momento de querer hacer válida la garantía.*

Así, las instituciones financieras encuestadas manifestaron que el actual marco legal restringe la extensión de préstamos garantizados con activos tales como Cuentas por Cobrar, Productos Agrícolas, Inventarios, principalmente” (Arenas Guevara & López Marín, 2015).

Para mayor claridad, anexamos una gráfica con la cual se evidencia el registro de garantías mobiliarias por tipo de bien:

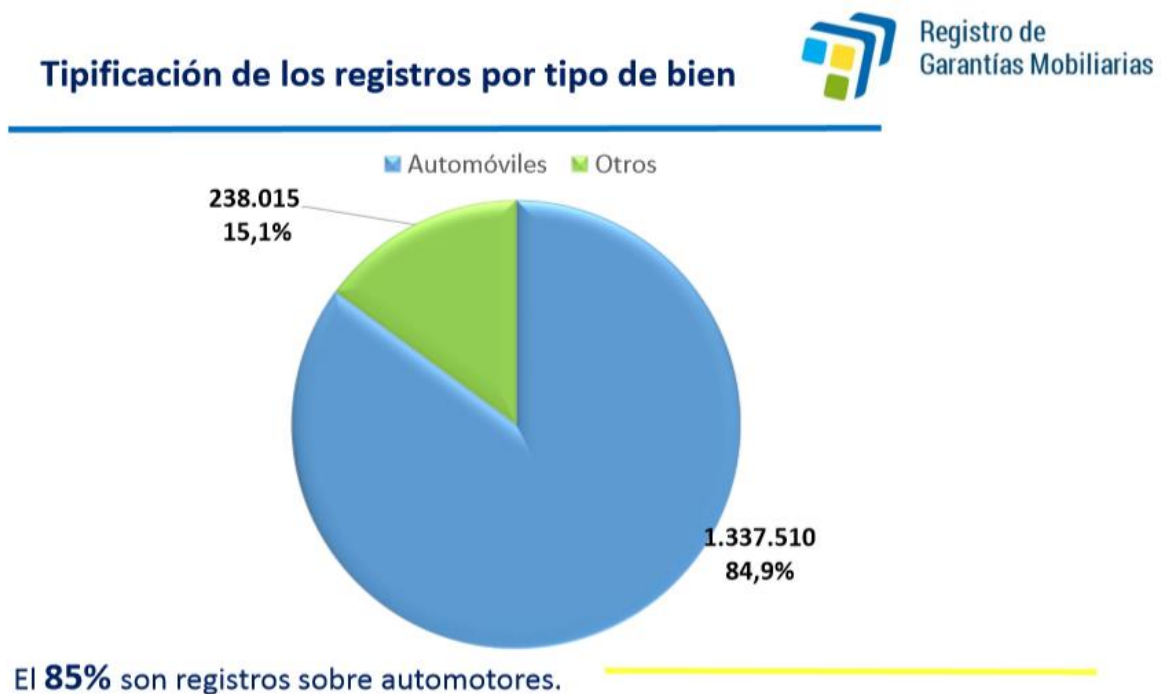


Gráfico extraído de las memorias del Dr. Carlos Arturo Riaño Castellanos, exposición de CONFECÁMARAS sobre el Registro de Garantías Mobiliarias, septiembre de 2017.

Es claro, entonces que siendo las pequeñas y medianas empresas el motor económico del país, será necesario reforzar las modalidades de garantías que pueden ser constituidas, en tanto que en la actualidad siguen existiendo restricción para las PYME por parte de las entidades financieras, acceder a créditos estableciendo garantías sobre bienes muebles que resultan poco atractivos a la luz

del acreedor y que corresponden a los activos que conforman las empresas contemplados dentro del universo de garantías propuestos por la Ley.

2.2. Garantías mobiliarias para obligaciones de créditos.

El artículo 23 de la ley 1676 de 2013 establece que: *"Las disposiciones de esta ley referidas a garantías mobiliarias sobre créditos también se aplican a toda especie de cesión de créditos en garantía"* así, se puede entender por garantía mobiliaria de créditos, todo aquello que se pueda constituir en favor del prestamista o con quien se haya contraído una obligación crediticia, independientemente del valor, el tipo de crédito, las formalidades en la constitución del crédito; y es que según consulta en enciclopedia jurídica encontramos por garantía mobiliaria de créditos la siguiente definición:*"(...)las garantías mobiliarias de créditos son las garantías reales sobre bienes muebles que el cliente constituye a favor de la entidad de crédito para asegurar el buen fin de la operación crediticia concertada entre ambas partes. Aunque en este grupo genérico de garantías cabe desde la cuenta de cobertura hasta la prenda, es este último tipo de contrato el más utilizado como garantía mobiliaria en las operaciones bancarias. El objeto de la prenda constituida a favor del banco suele ser títulos cotizables, mercaderías o metales preciosos. La posesión del objeto de la prenda pasa, generalmente, al banco acreedor, que asume un deber de custodia de los bienes pignorados(...)"* (enciclopedia jurídica, 2019)

En relación con las garantías mobiliarias, nos encontramos que, dentro de las garantías que pueden avalar un crédito, la más usada antes de la entrada en vigencia de la norma es el contrato de prenda comercial con o sin tenencia, sin embargo, cuando hablamos de garantías mobiliarias se hace alusión a cualquier tipo de bien apreciable en dinero y del que se pueda disponer, sobre el cual recaerá una garantía, como por ejemplo, cuentas bancarias por cobrar y contratos de ventas garantizadas, inventarios de materias primas, derechos de propiedad intelectual, bienes de equipo y otros bienes corporales, bienes de consumo duraderos,

productos agrícolas, cosechas, ganado, piscifactoría, vehículos, etc. Que como vimos en el punto anterior, no son lo suficientemente seguras para los acreedores, y, por lo tanto, no son efectivas a la hora de que las PYME quieran acceder al crédito y solo tengan este tipo de bienes para garantizar la obligación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la prenda es una de las modalidades más antiguas y que la Ley de garantías mobiliarias, a nuestro parecer, dejó vigente, entraremos a resaltar algunos aspectos importantes expuestos en el trabajo realizado por Yony Alberto Flórez Arcila en su trabajo de grado, con respecto a la prenda y el cual transcribimos a continuación:

*"(...) Modalidades * La prenda comercial puede ser, desde el punto de vista de la tenencia de los bienes, con o sin tenencia: La prenda sin tenencia sólo es posible constituir la cuando se trate de bienes necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación, y en aquellos casos en los que la ley expresamente la autorice (Becerra, 2005, p.12). * Desde el punto de vista de las obligaciones garantizadas, puede ser abierta o cerrada: Si es cerrada, está sujeta al impuesto de timbre; de lo contrario, no causa ningún gravamen impositivo. Cuando se constituya abierta para garantizar además obligaciones futuras, siempre deberá determinarse claramente el plazo y la cuantía del contrato (Becerra, 2005, p.12). La prenda en general, termina con la cancelación de los créditos que ampara, pero en el caso de la prenda sin tenencia debe registrarse la circunstancia de su cancelación en la Cámara de Comercio, para así darle publicidad al acto ante terceros (Becerra, 2005, p.12). Si durante la vigencia de una prenda sin tenencia es necesario cambiar el lugar de ubicación de los bienes, debe mediar acuerdo escrito entre el deudor y el acreedor, acuerdo que debe registrarse igualmente en la Cámara de Comercio, tanto en el registro original como en el de la nueva ubicación (Becerra, 2005, p.12). El deudor o constituyente de la prenda está obligado a permitir que el acreedor inspeccione regularmente el estado de los bienes objeto de su garantía. La renuencia a esta inspección por parte del deudor constituye causal de aceleración del plazo de la obligación garantizada (Becerra, 2005, p.12). La ejecución por parte del acreedor de ese derecho de*

inspección es lo que permite, en la mayoría de los casos, darle el carácter de garantía admisible a la prenda sin tenencia (Becerra,2005, p. 12). Aunque los bienes gravados con prenda son susceptibles de ser vendidos, el contrato de prenda subsiste. Si se vende un bien gravado con prenda con tenencia del acreedor, éste puede conservar los bienes hasta el momento en que se cancele su acreencia (derecho de retención) (Becerra, 2005, p.12). Si el bien vendido está gravado con prenda sin tenencia, para que se realice la transferencia de la propiedad debe mediar la aceptación del acreedor prendario o cancelación total de la deuda, en nota suscrita por el acreedor, la cual debe consignarse en el respectivo documento. En caso de autorización del acreedor, el comprador quedará obligado a respetar el contrato de prenda. Si el deudor enajena sin cumplir este requisito la tradición sería nula. Además, si de ello se deriva perjuicio al acreedor, el deudor incurriría en la conducta tipificada en el artículo 255 del Código Penal denominada "Disposición de Bien Propio Gravado con Prenda", que está sancionada con una pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión y multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Becerra, 2005, p.13). La acción derivada de la prenda con tenencia prescribe a los cuatro (4) años del vencimiento de la obligación u obligaciones garantizadas; en la prenda sin tenencia el término de prescripción es de dos (2) años. Estos términos se deben tener en cuenta para iniciar las acciones ejecutivas prendarias correspondientes. (Becerra, 2005, p.13). □ Prenda con tenencia: Cuando se constituye la prenda con tenencia sobre bienes para respaldar créditos, deberá solicitarse al deudor (o dueño tercero - persona diferente del deudor, según el caso) la entrega del bien. Es de anotar que los gastos de tenencia, custodia y conservación del bien dado en prenda, serán de cargo del deudor o del constituyente de la misma (Becerra, 2005, p. 13). El contrato de prenda con tenencia más utilizado es el que recae sobre títulos valores, en donde debe tenerse cuidado en verificar los siguientes aspectos (Becerra, 2005, p.13): Comprobar que la ley le haya dado la categoría de título valor al documento que será objeto de la garantía; así mismo, que contenga los requisitos esenciales generales de título valor y que cumpla con los requisitos especiales fijados en la ley para cada título valor en particular. Si se trata de un título valor nominativo, debe hacerse, además de la

entrega material y del "endoso en garantía", la inscripción del gravamen en el registro que debe llevar el creador del título. El título valor es nominativo cuando en él o en la norma que rige su creación se exija la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título. Sólo se reconoce como tenedor legítimo a quien figure, a la vez, en el texto del documento y en el mencionado registro. Se deberá notificar al creador o emisor que el título fue endosado en garantía al acreedor. Los títulos deben ser librados u otorgados por persona distinta del beneficiario del crédito, sin perjuicio de que ésta los avale. Debe verificarse que a la fecha del vencimiento del crédito que se garantiza, el título sea judicialmente cobrable, es decir, deberá constar que la acción cambiaria que de él emana no haya caducado ni prescriba durante el término de vigencia de la garantía o del crédito. Si se trata de títulos valores que hayan sido negociados previamente, debe verificarse que lo fueron en debida forma. Es decir, que la cadena de endosos sea ininterrumpida y que el tenedor lo haya adquirido de acuerdo con la Ley de circulación (endoso, entrega y registro, se trata de títulos nominativos; endoso y entrega, si se trata de títulos a la orden; entrega, si se trata de títulos al portador). □ *Prenda sin tenencia:* En los términos del Código de Comercio, podrá gravarse con prenda, conservando el deudor la tenencia del bien pignorado, toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinada a ella o que sean resultado de la misma explotación. En consecuencia, podrá constituirse prenda sin tenencia sobre maquinaria y equipo, inventarios, sobre las rentas de un contrato, vehículos, etc. (Decreto 410, 1971, art. 1207 ss.). Lo anterior lo resume doctrinantes como Valencia y Ortiz (2001) así: "Si consideramos que la desposesión o no desposesión de la cosa es lo que constituye la prenda o la hipoteca, tendremos que llamar a la primera, o sea, la desposesión, con el nombre de prenda y a la segunda con el de hipoteca. En semejante caso la garantía de una deuda con una cosa mueble sin desposesión recibiría el nombre de hipoteca mobiliaria. Pero si exigimos que la hipoteca caiga sobre inmuebles, tendríamos entonces que denominar el supuesto que contemplamos con el nombre de prenda sin desplazamiento. En pocos términos: la prenda sin desplazamiento de la tenencia puede denominarse prenda sin tenencia del acreedor" (p. 408). □ *Prenda sobre acciones:* En cuanto a la prenda sobre

acciones, ella se perfecciona una vez se inscriba el correspondiente gravamen en el libro de registro de la entidad emisora. Cuando además del derecho de prenda sobre las acciones se pretenda conferir al acreedor prendario los derechos inherentes a la calidad de accionista, se hace indispensable un documento escrito en el que se indique expresamente que se confieren al acreedor los citados derechos (Decreto 410, 1971, art. 411).

□ *Prenda sobre activos circulantes:* Cuando la prenda recaiga sobre activos circulantes, esto es sobre los elementos de producción o explotación de una empresa, vale decir, materia prima, productos en proceso, productos terminados, inventarios etc., debe aparecer un detalle de todos los bienes sobre los cuales se constituye, relación que debe estar incluida dentro del texto del contrato (Becerra, 2005, p.14). La doctrina ha considerado que las prendas sin tenencia sobre activos circulantes no constituyen garantías reales. Lo anterior, en razón de que el deudor mantiene ilimitada la facultad de disponer de los bienes ofrecidos como respaldo del crédito, dando lugar al no surgimiento de los elementos constitutivos del derecho real, como son los privilegios de preferencia y persecución, sobre los activos circulantes que constituyen la prenda sin tenencia (Becerra, 2005, p.14). De acuerdo con lo anterior, para que el contrato de prenda sea considerado como garantía real, es requisito indispensable que exista la limitación de disposición del objeto de la garantía, ya que con ello se pueden hacer efectivos los derechos de preferencia y persecución, requisito que no se cumple en las prendas sobre activos circulantes, constituidas con independencia del establecimiento de comercio (Becerra, 2005, p.14).

□ *Prenda sobre establecimientos de comercio:* Cuando la prenda recaiga sobre establecimientos de comercio, en el entendido que un Establecimiento de comercio se define como el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa (Decreto 410, 1971, art.515); la operación se presume hecha en bloque o como unidad económica. Por lo tanto, no hay necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran. Se tendrá como afectos a la prenda los siguientes elementos (Becerra, 2005, p.14):

- La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y servicios.
- Los derechos del empresario sobre las inversiones o creaciones industriales o artísticas, que se utilicen en las actividades

del establecimiento. □ Las mercancías en almacén o en procesos de elaboración, los créditos y los demás valores similares. □ El mobiliario y las instalaciones. □ Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho de arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario. □ El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial. □ Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento. □ Avalúo de todo el establecimiento de comercio considerado como una unidad total. Los activos circulantes del establecimiento no se entienden incluidos dentro de la prenda. Por lo tanto, si la constitución de la garantía quiere hacerse extensiva a dichos activos, deberá manifestarse expresamente esta circunstancia en el contrato que contenga la prenda. No se puede aceptar como garantía real, prenda sobre el establecimiento de comercio limitada a determinados activos circulantes, ya que la obligación del deudor es mantener el valor de esa universalidad -del establecimiento de comercio- como un todo, es decir, si se agota el activo circulante debe ser reemplazado con otro activo que mantenga el valor del establecimiento, aun cuando no sean necesariamente los mismos activos circulantes incluidos en la prenda. (Becerra, 2005, p.14). En el evento de que el inmueble donde se encuentren los bienes muebles objeto de pignoración, esté hipotecado a un tercero, es necesario obtener una autorización escrita del acreedor hipotecario para constituir el gravamen. De lo contrario, la prenda puede ser reputada por el acreedor hipotecario como parte del inmueble hipotecado (Becerra, 2005, p.14). □ Prenda sobre derechos de crédito: Al respecto el Código Civil indica que se puede dar en prenda un crédito, entregando el título, pero será necesario que el acreedor notifique al deudor del crédito, consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos (Ley 57, 1887, art. 2414). Este tipo de operación tenía gran importancia antes de la creación de los títulos valores. Con todo, para la prenda de un crédito se requiere (Becerra, 2005, p.14): Que se entregue el título, es decir, que el acreedor se convierta en tenedor del documento en que consta el crédito. Que se notifique al deudor del crédito la

prenda constituida, con la prohibición de que se haga el pago en otras manos (...)"
(Arcila, 2016)

En consecuencia, al ceñirnos completamente a los objetivos de la Ley sin tener en cuenta la realidad que viven los deudores y acreedores, podríamos afirmar que, las garantías mobiliarias tienen un campo de acción mucho más amplio de lo que se contemplaba dentro del contrato de prenda para ser tenido como garantía, cumpliendo así, con el objetivo principal de la norma, pues así como con esta nueva normatividad amplió el universo de bienes como garantías dentro de una estipulación contractual de tipo crediticia, que pueden ser bienes muebles presentes o futuros, corporal o incorporeal, también se amplió el espectro con respecto a quienes podrían ejecutar estas garantías. Es por esto que la mirada también abarca no solo a los bancos, sino que, haciendo un análisis más profundo, considera, además, a las personas naturales y jurídicas, a las pequeñas y medianas empresas, y de la misma manera como pueden ser garantes también pueden ser deudores, invirtiendo las posiciones al señalar que el artículo 8 de dicha ley: "*(...) cualquier persona natural o jurídica puede ser acreedor garante y deudor (...)*". No obstante, es importante resaltar una vez más, que esta es la intención de la norma, pero la realidad nos transporta a un mundo de circunstancias disímiles, pues, aunque el Gobierno Nacional permite nuevas modalidades de garantías sobre bienes muebles, los acreedores continúan con las costumbres antiguas de aceptar como garantías los mismos bienes que le proporcionan mayor certeza de recuperación, lo que no es para menos, pues la depreciación de los bienes consagrados en la norma generan incertidumbres y riesgos de pérdidas de capital para los acreedores, y, en últimas, tampoco soluciona como quisiera los problemas de acceso al crédito.

Por otro lado, con la ley 1676 de 2013 que incluyó en el Código Civil algunos conceptos especiales de prelación de créditos, se estipula que con la garantía mobiliaria de créditos también se da una serie de requisitos para poder hacer efectiva dichas garantías, pues de lo contrario sería una norma sin motivación alguna, como se ha dicho, no habría garantía para el acreedor garantizado y, por lo mismo, dado que el bien mueble como prenda de garantía no se vuelve seguro, no

hay credibilidad. Esto repercute con la confianza del prestamista, y, por tanto, no habría certeza para las personas que desean acceder a esta figura con el fin de desarrollar las actividades propias de su negocio o actividad, pues ya se sabría de antemano, que las dificultades para acceder al crédito serían las mismas que se presentaban antes de desarrollarse esta norma, dado que llegaríamos al mismo punto de partida y nos enfrascaríamos en la necesidad de tener bienes inmuebles o muebles con un mayor valor y seguridad comercial. En atención a ello, es preciso señalar los requisitos necesarios que deben cumplir las garantías para ser tenidas como tales, según la norma en estudio. Estas garantías deberán cumplir como mínimo con las siguientes condiciones:

"...(i) Que la garantía constituida tenga un valor, establecido con base en criterios técnicos y objetivos, que sea suficiente para cubrir el monto de la obligación;

(ii) que la garantía o seguridad ofrezca un respaldo jurídicamente eficaz al pago de la obligación garantizada al otorgar al acreedor una preferencia o mejor derecho para obtener el pago de la obligación.

El cumplimiento de estas condiciones fue reconocido por el Gobierno Nacional, mediante la expedición del Decreto 466 de 2016, el cual incluye, dentro de la lista de garantías admisibles, las garantías mobiliarias que se otorgan en virtud de la Ley de Garantías Mobiliarias LGM. Dicha inclusión resulta altamente relevante, en tanto ofrece seguridad jurídica a los bancos sobre la posibilidad de aumentar el límite de cupo de crédito de una persona, y de igual forma incentiva el uso de nuevas estructuras de garantías que involucren bienes no tradicionales como los incorporales..." (Angulo, 2017)

Dicho lo anterior, es plenamente razonable que las garantías mobiliarias bajo los supuestos planteados, sean por excelencia una de las llamadas a aumentar los créditos, pues las ventajas que conllevan tanto para los garantes y acreedores son muchas, pues al primero le permite diversificar su activo a través de los diferentes bienes muebles que se toman como garantía, distribuyendo los riesgos de diferentes maneras, y a los acreedores les permite tener mayor confiabilidad en el

pago de lo adeudado o como compensación el bien garante como pago. Es preciso señalar, que no todos los bienes que contempla la norma conservan estos requisitos, y que se requerirá de mayor tiempo y costumbre por parte de los prestamistas para actualizar los paradigmas que generan la diversificación de los bienes que pueden otorgarse como garantía.

En consecuencia, podemos decir que las modalidades o tipos de bienes que pueden ser constituidos con base en la Ley de Garantías mobiliarias, es parcialmente pertinente y efectiva, en primer lugar, porque de una u otra forma el admitir establecer garantías mobiliarias sobre bienes poco comunes y que constituyen los activos de las empresas les proporciona mayores oportunidades de acceder a créditos y fortalecer su músculo financiero, de manera que pueda competir en medio de un entorno económico hostil y cada vez más competitivo, pero a su vez, se reduce el riesgo en el crédito, reduce los papeleos, trámites, las barreras al acceso a créditos, especialmente para aquellas personas que no tenían la posibilidad de acceder a dichos sistemas crediticios, por no disponer de bienes inmuebles como garantía de pago, por lo tanto, éste sistema de garantías mobiliarias de crédito es pertinente, en tanto que, impulsa a nuevas formas de generar relaciones comerciales, nuevos segmentos del mercado que pueden ser tan rentables como los tradicionales, pero que no han sido muy explorados económicamente y, así mismo, genera gran posibilidad de aumentar la competitividad tanto para el acreedor garantizado como para el microempresario o quienes acceden a este tipo de préstamos con la finalidad de mejorar su actividad económica u organización productiva. Lo anterior, según los datos extraídos por la Superintendencia de Sociedades página 14. (Alejandro Álvarez de la Campa, 2013). Además, podría decirse, en principio, que para las entidades financieras resulta siendo beneficioso lo consagrado en la norma, en tanto que les ofrece mayores garantías al momento de poner en circulación su capital, proporcionándoles mayor seguridad en cuanto a la ejecución de las garantías pues simplifica los procedimientos y evita los desgates de enfrentarse a un proceso judicial.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con las garantías que quizá se precisan

riesgosas para los acreedores, se determina que las mismas carecen de eficacia en tanto que no podrán siquiera ser tenidas en cuenta por los acreedores; y, por otro lado, los vacíos normativos en cuanto el procedimiento de ejecución, del que hablaremos más adelante, ocasionan mayores traumatismos a los deudores, garantes y principalmente a los acreedores garantizados.

Ahora bien, en aras de destacar la labor del Gobierno Nacional en su propósito de dar solución a una problemática creciente en el territorio y en su mayoría en el sector que impulsa la economía colombiana, podríamos decir que resulta pertinente la norma en su contexto general, en tanto que, es un sistema que pone en sintonía financiera a Colombia con otros países en el mundo que han implementado el régimen de créditos con garantías muebles poco convencionales y de los cuales los resultados han sido exitosos. Como se ha dicho a lo largo de este trabajo, es una gran oportunidad incluso de aumentar la productividad del país, dado que si los empresarios o los microempresarios tienen capacidad económica podrán producir generando una cadena de valor, es decir, que a la vez que los empresarios tienen la capacidad de producir podrán generar más empleo, y a su vez, las personas tendrán la capacidad adquisitiva para demandar los bienes que las empresas producen y como resultado se verá reflejado en un mejor producto interno bruto, es decir, que si vemos los aspectos positivos de las garantías mobiliarias, diríamos que es en realidad además de pertinente, beneficioso para todos, pues era necesario que Colombia dispusiera de un sistema financiero tan importante como este y que se ajustara a la normatividad internacional, aunque sea común ver que en nuestra legislación se adopten normas internacionales, en ocasiones sin estudios minuciosos, y en lo que se refiere a garantías mobiliarias no ha sido ajeno a esta situación, pues Colombia no ha sido el precursor de esta normatividad de las garantías mobiliarias, sino que ha venido ajustándose a las necesidades del mercado, a las aperturas económicas, a la internacionalización y globalización de las economías que cada vez demandan actualizaciones constantes con mira a permanecer en competencia con los demás sectores de la economía global.

Así, se hace importante manejar un mismo lenguaje comercial que permita a los

diferentes actores económicos tener unas garantías mobiliarias homogenizadas para la facilidad de acceso a este tipo de créditos, y Colombia se ajustó a ello, por tanto, no es extraño ver que la ley 1676 no se aleja del marco normativo internacional según el modelo dado por la Organización de Estados Americanos, OEA, promoviendo así la integración de las economías, a tal punto que, según la National Law center for Inter-american Free Trade (NATLAW) ha sido la promotora de impulsar en América Latina grandes reformas al sistema de garantías mobiliarias básicamente en tres postulados;

1. La introducción de garantías mobiliarias, para permitir el crecimiento del crédito para las pequeñas y medianas empresas, fomentando un mejor nivel de vida para los ciudadanos a través del aumento de la productividad tanto de las personas como del capital.

2. El uso de los inventarios, equipos, cuentas por cobrar y derechos contractuales como garantía de los préstamos solicitados para que puedan aumentar su músculo financiero y su capacidad para poder ser grandes competidores y mejorar su rentabilidad, y

3. El último postulado es que se requiere de un registro de gravámenes confiable que dé a los inversores y prestamistas la confianza de que sus intereses económicos estén protegidos, es decir, que con todo lo anterior se puede evidenciar que en realidad Colombia, más que una idea autónoma para mejorar las condiciones de los pequeños empresarios y de los ciudadanos colombianos, lo que requiere es ir ejecutando políticas internacionales que se enmarquen dentro de un concepto de tratados internacionales y que han hecho evidenciar otras oportunidades de negocios que a su vez puedan ser reflejo de un bienestar para los empresarios locales.

Por tal razón, nos atrevemos a decir que la pertinencia de las garantías mobiliarias no es sólo importante, sino urgente y necesaria, pues si se hace un comparativo, Colombia es uno de los países que más ha tardado de regular el tema de garantías mobiliarias, pues los siguientes países empezaron a regularlo atendiendo también

estos principios internacionales así: México en el 2000, 2003, 2012; Honduras 2010, Guatemala 2007, Perú 2006 Ghana 2011 y Colombia 2013. (Herrera m. B., s.f.).

En conclusión, podemos decir que establecer la pertinencia de las garantías mobiliarias en Colombia corresponde a un acomodo a las necesidades del mercado internacional, y por lo cual Colombia ha tenido la tarea de ir implementando estos sistemas en aras de convertirse un mercado atractivo para las regiones del mundo con quien establece relaciones comerciales, por lo que este tema no se limita a un trato netamente nacional en materia comercial o civil, sino también internacional, en el que se busca mejorar las condiciones del mercado local para ser atractivo de cara a los inversores internacionales y quienes, también, requieren de este tipo de mecanismos para el fortalecimiento de sus iniciativas empresariales. Por consiguiente, podríamos decir en términos generales que la norma contiene aspectos positivos frente a su objetivo principal de garantizar una mayor oportunidad de acceso al crédito, sin embargo, requiere de ajustes en su aplicación que se tendrán que adecuar paulatinamente. Desde nuestro punto de vista consideramos positiva la norma en cuanto al aspecto económico, teniendo en cuenta que se busca generar seguridad y confianza a los inversores, acreedores, garantes y deudores que utilizan este tipo de sistemas de crédito, no sólo en el ámbito nacional, sino internacional. No obstante, es necesario resaltar las dificultades prácticas en la materialización de las garantías mobiliarias, puesto que, gran parte de las garantías mobiliarias no se justan a la realidad de nuestro país, según encuestas realizadas a los jueces civiles municipales de la ciudad de Medellín y abogados litigantes para el desarrollo de este trabajo, en tanto que, todos concuerdan que la garantía mobiliaria sobre la que comúnmente recaen es sobre vehículos automotores debido a la poca probabilidad de recuperación que ofrecen los demás bienes contemplados en la Ley. Además, dicha normatividad encierra diversas falencias procesales en la ejecución de la garantía con la modalidad de pago directo cuando esta requiere intervención judicial, la cual será desarrollada en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

Ejecución de la Garantía: Pago Directo.

Las pequeñas y medianas empresas (PYME) corresponden a un sector productivo relevante para el desarrollo económico en Colombia, teniendo en cuenta que generan el 40% del PIB y el 81% de los empleos formales, según lo afirma Asobancaria (2018). No obstante, las Pyme se enfrenta a grandes retos cuando intenta innovar en el mercado, pues no solo deben competir con compañías posicionadas, sino que, además, desarrollan su actividad comercial en un entorno económico hostil, encontrándose con enormes dificultades a la hora de conseguir un crédito y reprimiéndose de esta manera la posibilidad de avanzar y crecer en el mercado, toda vez que, cuentan con poco presupuesto para ejecutar sus operaciones y conseguir la publicidad que requieren.

Así, y en aras de solucionar los problemas a los que se enfrentan los emprendedores en Colombia, el Gobierno Nacional crea la Ley 1676 de 2013, Ley de Garantías Mobiliarias, que tiene como propósito incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas (República, 2013), permitiendo así, que al ampliar el universo de bienes que pueden ser tenidos en cuenta como garantía de una obligación, y así mismo, brindar mayores seguridades a los acreedores, las PYME puedan acceder a créditos financieros con mayor facilidad mitigando la lamentable estadística de la vida promedio de las pequeñas y medianas empresas, que por lo general, se calcula en 5 años (Colprensa, 2017).

Para el Gobierno nacional la Ley responde a diferentes necesidades de orden económico y jurídico, como lo manifiesta el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo *“En cuanto a lo primero, el Gobierno Nacional identificó que muchas veces la circunstancia de no contar con bienes inmuebles significaba una restricción al*

crédito importante sobre todo para las micro, pequeñas y medianas empresas. Adicionalmente, la falta de reglas claras podría haber significado un encarecimiento de los créditos” y en cuanto a lo segundo “la Ley pretende solucionar inconvenientes de orden jurídico” (MinCIT, 2013). Esto en tanto que la Ley no sólo amplía los bienes muebles que pueden ser tenidos como garantía, sino que, además, moderniza las formas de constituir garantías simplificando el trámite para ello, mejora los mecanismos de publicidad, agiliza el trámite para la ejecución de la garantía dando mayor seguridad a los acreedores y haciendo más atractiva esta ley como fomento al crédito.

Uno de los aspectos más relevantes y al mismo tiempo controvertidos, son las modalidades de ejecución de la garantía contenidas en la Ley, particularmente el mecanismo especial de ejecución de la garantía denominado Pago Directo, que también encierra diversos interrogantes y vacíos en los que nos detendremos más adelante, no sin antes hacer un recorrido histórico sobre las garantías en Colombia, su funcionalidad, el método de constitución de la garantía, la forma de reclamar el cumplimiento de una obligación garantizada y el procedimiento o trámite, confuso en algunos casos, de la ejecución especial de la garantía por Pago Directo cuando esta sufre la transformación de ser un mecanismo extrajudicial a un procedimiento de carácter judicial, entendiéndose así debido a la intervención del juez.

3.1. Las garantías reales en Colombia.

Para el profesor Álvaro Pérez (1990), *“las personas que obtienen en su favor que otra se obligue, es decir, la que llega a ser titular de un derecho de crédito cuyo pago deberá hacerse al vencimiento de cierto plazo o al cumplimiento de una condición, así como toda persona que desee ampararse del incumplimiento del deudor de una obligación cualquiera, acude a medios conocidos tradicionalmente con los nombres de caución, garantías o seguridades, las cuales se dividen desde tiempos inmemoriales en reales y personales” (p.1).* Así, las garantías o cauciones

tienen como único fin otorgar al acreedor la confianza de prevenir eventos en los que su capital se encuentre en peligro por las múltiples vicisitudes, fortuitas o provocadas, que pueda tener el deudor durante el periodo que se le otorga para el cumplimiento de su obligación y que podrían afectar enormemente el compromiso adquirido.

Ahora bien, las garantías reales no son otra cosa que la afectación de uno o varios bienes de dominio del deudor ofrecidas como aval de un crédito de manera que se pueda transmitir seguridad al mismo frente a un eventual incumplimiento, y que deberá ser liberada una vez sea extinguida la obligación de la que se deriva la constitución de la garantía.

Es preciso, entonces, señalar cuáles fueron las formas más comunes de constituir garantías a favor de los acreedores hasta llegar a las que hoy conocemos como garantías reales, siendo las más comunes la Hipoteca y la Prenda, resaltando que no toda garantía real corresponde a una prenda.

3.1.1. Evolución de las garantías reales.

Las garantías reales evolucionaron en el tiempo, iniciando en Grecia con la venta con pacto de retroventa, la prenda y la hipoteca; siguiendo con Roma, donde se conocieron las denominadas "*pignus, hypotheca, mancipatio fiduciae o enajenación fiduciaria*" (Pérez Vives, 1990, pág. 1), la cual suponía la transferencia del dominio al acreedor convirtiéndolo en propietario, ofreciendo en este caso una seguridad plena frente a la satisfacción de la obligación.

Más adelante se idea un procedimiento distinto, como es explicado por Josserand, en el que ya no es cedida la propiedad al deudor, sino que a éste se le confía únicamente la posesión del bien, por lo que el único derecho que le es transferido es el de retener la cosa hasta que sea cumplida la obligación, entendiéndose de esta manera, en aquel momento, como una constitución de garantía propiamente dicha (Josserand, 2007, págs. 51-56). Sin embargo, y tal como ocurría con la

enajenación fiduciaria, la entrega de la cosa al deudor para su resguardo en vigencia de la obligación principal, suponía también una cohibición al deudor de hacer uso del bien de su propiedad y sobre este constituir nuevas garantías en favor de acreedores diferentes del que mantiene la tenencia de la cosa. Por consiguiente, y con la experiencia de las formas anteriores de constituir las garantías, se determina un procedimiento que permitiera a los deudores conservar el bien, enajenarlo, establecer nuevos gravámenes y todos aquellos derechos inherentes a su dominio sin que los intereses del acreedor sean desconocidos o comprometidos, que es lo que hoy conocemos como derechos reales cuyos principales atributos son el derecho de persecución y preferencia.

Ahora bien, tras la vigencia de la Ley 1676 de 2013 se agrega una nueva forma de constituir la garantía mobiliaria, conocida desde siempre como garantía prendaria, incluyendo un mayor conjunto de bienes muebles que permiten amparar las obligaciones, los cuales pueden ser con o sin tenencia del acreedor según la forma en la que se pacte en el contrato, y además vinculando trámites sencillos y expeditos para constituir la garantía y ejecutarla como veremos más adelante. No obstante, el gran interrogante que se suscita frente a esta legislación, es que, si pese a que la norma está destinada a regular todo lo concerniente a la prenda que por su naturaleza recae únicamente sobre bienes muebles, dicha regulación tiene aplicación a la hipoteca, pues como es apenas claro, el legislador pasó por alto que por remisión del artículo 2448 del Código Civil todos los derechos que tiene el acreedor hipotecario para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, serán los derechos que tenga el acreedor prendario; y, dado que, todo lo relativo a la prenda estará regulado por la Ley de Garantías Mobiliarias será apenas lógico entender que dichos mecanismos aplicarán al contrato de hipoteca, situación que no es clara aún y que requiere mayor exactitud sobre todo por el mecanismo más novedoso y especial de ejecución de la garantía: Pago Directo.

3.2. Garantía Mobiliaria: Constitución y Ejecución.

De conformidad con la Ley 1676 de 2013 en su artículo 3, la forma de constituir las garantías mobiliarias será mediante un contrato entre el garante y el acreedor garantizado que tendrá el carácter de principal, y que a su vez deberá inscribirse en el Registro de Garantías Mobiliarias a efectos de dar publicidad y oponibilidad a la garantía. No obstante, el legislador yerra al considerar el contrato de garantía mobiliaria como un contrato principal, en tanto que, por su naturaleza es de carácter accesorio, toda vez que éste requiere una obligación principal para que se dé su nacimiento. Así, se hace necesario establecer algunas precisiones frente a las obligaciones principales y accesorias que el legislador no tuvo en cuenta al momento de determinar la forma en la que se daría vida a la garantía mobiliaria.

3.2.1. De las obligaciones principales y accesorias, imprecisión del legislador en el medio para constituir la garantía mobiliaria.

Por obligaciones principales se entienden todas aquellas obligaciones que existen per se, es decir, por sí mismas; por lo tanto, las obligaciones principales son aquellas que nacen con independencia de la existencia de otras obligaciones pues tienen un fin propio y, por consiguiente, no se encuentran supeditados a la subsistencia de otras. Por el contrario, las obligaciones accesorias, requieren de la preexistencia de otras para su surgimiento, es decir, que tales obligaciones estarán siempre subordinadas y agregadas a una principal (Vásquez, 2015, págs. 47-48).

Ahora, si bien es cierto que el Código Civil no define concretamente el contrato de prenda, podríamos definirlo *“como una garantía real accesorio e indivisible, constituida sobre una cosa mueble que se entrega al acreedor para la seguridad de su crédito y que da a aquel el derecho de pedir, en caso de mora del deudor, que se venda la prenda en pública subasta, para que con el producido se le pague conforme al orden de preferencia establecido por la ley, o que, a falta de postura*

admisible, se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito, previo avalúo de peritos” (Pérez Vives, 1990, pág. 242). Es claro, según esta definición, que la prenda además de ser un contrato real, su naturaleza es accesoria pues necesita para subsistir de la existencia de una obligación principal (art. 2410 C.C.)

En consecuencia, resulta incorrecto afirmar como lo hace el legislador, que la garantía mobiliaria se constituye a través de un contrato principal, aun si este no se trata de un contrato de prenda propiamente dicho, teniendo en cuenta que, la garantía mobiliaria es constituida en favor de un acreedor con el que previamente se ha adquirido una obligación a efectos de prestar caución para garantizar el cumplimiento de esta, y de la cual se derivan los derechos del acreedor garantizado y las obligaciones del garante, por lo que se concluye, que dicho contrato deberá entenderse de naturaleza accesoria y no principal como lo establece la norma en estudio.

3.2.2. Ejecución especial de la garantía: Pago Directo.

Cuando hacemos referencia a la ejecución de la garantía mobiliaria a través del mecanismo especial de Pago Directo, debemos precisar, en primer lugar, las dos condiciones por las que procederá dicha modalidad de ejecución.

La primera, obedecerá a un acuerdo voluntario de las partes que concurren en el negocio jurídico, quienes haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad privada que rige estos contratos, deciden que ante el incumplimiento del deudor el acreedor se pagará con el bien mueble dado en garantía, entrega que en esencia deberá ser voluntaria por parte del deudor para que pueda darse así la ejecución voluntaria de la garantía. Es decir, esta figura corresponde a una garantía mobiliaria en la que el deudor sigue en tenencia del bien dado en garantía.

La segunda, se trata de garantía mobiliaria con tenencia, el Pago Directo procederá cuando quién se encuentre en tenencia del bien dado en garantía sea el acreedor, tal y como lo establece el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013 a saber, **“Artículo 60.**

Pago directo. *El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el párrafo 3° del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo, o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.* (subrayado fuera de texto), luego, la garantía mobiliaria tendrá dos modalidades, las cuales serán con tenencia o sin tenencia de la cosa por el acreedor.

Así pues, para analizar el método especial de ejecución de la garantía mobiliaria, Pago Directo, es menester abordar la prohibición del pacto comisorio y su derogatoria expresa por el artículo 91 de la norma en estudio, así como los efectos jurídicos que produce.

3.2.2.1. Efectos de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio por la ley de garantías mobiliarias para la aplicación del mecanismo de pago directo.

Se entiende por pacto comisorio, toda cláusula que autorice al acreedor prendario para apropiarse o vender la prenda fuera de las formas legales (Josserand, 2007). Conocida en el derecho romano como la *lex commissoria*, y con la cual el bien dado en garantía por el deudor pasaba a ser propiedad del acreedor tras el incumplimiento del contrato. No obstante, dicha facultad fue prohibida en el año 320 con la Constitución del emperador Constantino, momento en el que se consideraba que la figura era utilizada para cubrir intereses ilegales resultantes del excedente entre el precio del bien dado en garantía y la cuantía real de la deuda, toda vez que, la cosa era apropiada por el acreedor sin distinguir su costo ni el saldo de la obligación (Moreno, 2016).

En nuestra legislación nacional tal prohibición se encontraba consagrada en el artículo 2422 inciso segundo del Código Civil en el que se preceptuaba que *“Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la*

prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.” Y, de esta misma manera, el artículo 1203 del Código de Comercio indicaba que “Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la Ley, no producirá efecto alguno.”. Lo anterior, en tanto que, con dichas prohibiciones se intentaba proteger al deudor de los abusos que pudiera sufrir por parte del acreedor, quien ostenta una posición dominante en la relación contractual, tal y como la Corte Suprema de Justicia lo consideró en sentencia del 27 de julio de 2000 expresando que “Esa prohibición, que proviene desde la época romana, llamada entonces pacto comisorio, ha tenido franca acogida en las legislaciones de corriente occidental en virtud de la protección que, a priori, brinda al deudor frente al natural poder dominante del acreedor. Teme el legislador, en palabras de Mazeaud, “que el constituyente, constreñido a pedir prestado, se pliegue a las condiciones que se le impongan” (Sentencia SC-6238 MP. Jorge Santos Ballesterero, 2000), y en ese mismo sentido, en sentencia del 14 de febrero de 2006 afirmó que “... a través de la prohibición que se comenta, según se advirtió, el legislador aspira a equilibrar los intereses de las partes, de modo que las mayores o menores presiones que pudiera tener el prestatario que sufre “la dura ley de la necesidad”, y que se gestan en ciertos casos en atención a “la explotación de la miseria por la codicia” –a voces de la doctrina-, no puedan ser aprovechadas por el prestamista para obtener una ventaja que, en grado superior del que es pertinente, restrinja el libre ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes objeto de prenda. Con otras palabras, el apremio del deudor, sus carencias o limitaciones económicas, o, en el mejor de los casos, su falta de liquidez, son factores que no pueden incidir al momento de determinar el alcance de los derechos del acreedor sobre los bienes objeto de prenda o hipoteca. Por eso la ley cerró el paso a toda posibilidad de acuerdo que, al tiempo de materializarse la pignoración, pudiera privilegiar la posición jurídica y económica del acreedor, en desmedro de un deudor compelido por sus propias restricciones” (Sentencia SC-5001-3103-012-1999-1000-01 MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 2006). Como bien lo manifiesta el doctor Álvarez “(...) las necesidades del candidato a deudor en la estructuración de las

condiciones del crédito, necesidades que, como negarlo, generaban – y pueden generar – un desequilibrio entre dos partes contratantes ubicados en orillas opuestas: el que requiere con apremio de unos recursos económicos de los que carece, y el que está dispuesto a darlos si consigue suficiente respaldo (...)” (Alejandro Álvarez de la Campa, 2013, pág. 57).

Sin embargo, en la misma sentencia la Corte expresó que el pacto comisorio podría tener cabida cuando dicho acuerdo fuere concebido con posterioridad a la celebración del contrato de prenda e hipoteca, pues para dicho momento la presión que pudiera tener el deudor habría cesado y podría con mayor claridad, realizar las estipulaciones que las partes consideraran pertinentes, indicando que *“...Pero luego de celebrado el respectivo contrato de prenda o de hipoteca, en desarrollo del arraigado principio de la autonomía privada, es dable afirmar que, ex intervallo, bien pueden acreedor y deudor celebrar acuerdos que, por fuera del marco negocial primigenio, faciliten la realización de la garantía, en el entendido que este último – por regla- ya no tiene el apremio de obtener un crédito y, por lo mismo, puede más libre y soberanamente exteriorizar su voluntad para la satisfacción de sus individuales intereses. Obsérvese que, en este caso, los móviles de ambas partes pueden ser distintos, pues ya no se trata de otorgar garantía suficiente como para habilitar el préstamo, o de obtener respaldo bastante como para hacer el desembolso, sino, por vía de ilustración, tratándose del deudor, el de pagar una obligación cuyo cumplimiento se dificulta, o el de solventarla prontamente para evitar su desbordamiento por causa de unos intereses de mora que la acrecientan, o acaso el de persuadir al acreedor de las ventajas de recibir en pago una cosa distinta de la que se le debe, en este caso la prenda, o el de mejorar las condiciones de venta del bien, intereses todos que pueden ser concertados con los del acreedor, afanado, por vía de ejemplo, por un pronto recaudo y por la necesidad de reducir los riesgos inherentes al no pago de la deuda, a la par que interesado en un pago efectivo y no por equivalencia”* (Sentencia SC-5001-3103-012-1999-1000-01 MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 2006).

Ahora bien, la ley de garantías mobiliarias abolió dicha prohibición a efectos de que el deudor y acreedor pudiesen pactar que este último se adueñara del bien dado en garantía una vez el deudor incumpla su obligación de pagar, y de esta manera poder satisfacer su crédito. No obstante, es importante resaltar que las condiciones de los deudores frente a los acreedores no han variado y lo que antes era protegido hoy tiene plena validez, es claro que quienes buscan un crédito en su afán de obtenerlo se someten a las condiciones impuestas por sus acreedores, abusivas o no, arriesgando la pérdida de su patrimonio sin la posibilidad de oponerse, lo que en últimas termina siendo una cláusula leonina permitida por la Ley 1676 de 2013, que más que generar mayores oportunidades para acceder a los créditos en Colombia termina otorgando enormes facultades y garantías a los acreedores quienes finalmente son los beneficiados, en todo o en parte, de las prerrogativas dadas por el legislador.

Otro de los efectos jurídicos no avizorados en la Ley, trata de los contratos de hipoteca, pues como se ha dicho, el artículo 2448 consagra que todos los derechos que tiene el acreedor hipotecario para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, serán los derechos que tenga el acreedor prendario, y con la derogatoria de la prohibición del pacto de comiso, deberá tenerse que tácitamente la norma está facultando a los acreedores hipotecarios a establecer mecanismos de Pago Directo en los contratos de hipoteca, pese a que la Ley únicamente regula bienes muebles.

Por otro lado, siendo Pago Directo un mecanismo de ejecución de la garantía extraprocesal, al ser ejecutada la garantía de manera directa por el acreedor, podría decirse que existe la posibilidad de que se le niegue al deudor la oportunidad de un juicio justo y en ese sentido, vulneraría el principio al debido proceso y el acceso a la Administración de Justicia, algo en lo que la Corte Constitucional ya se había pronunciado en la sentencia C-276 de 2006 que estudió la constitucionalidad de la Ley 976 de 2005, que incluía aspectos de ejecución similares a la Ley de garantías mobiliarias, y por la que se aprobó el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico indicando que “...*En ese orden de ideas, una*

disposición que confiera a una de las partes la posibilidad de adoptar, sin intervención judicial, medidas tendientes a hacer efectivo el derecho del que dice ser titular, resulta contraria al principio de acceso a la administración de justicia de quien pudiendo alegar la vulneración de un derecho propio o, incluso, la existencia de un derecho prioritario, no puede oponerse a las medidas que por virtud de esa facultad pueden imponérsele. Para la Corporación, el hecho de que previamente el deudor haya autorizado las medidas que pueden ser adoptadas por el acreedor no sana el inconveniente de la norma, pues, dicha autorización no excluye la posibilidad de que el acreedor, por fuera de los estrados judiciales, abuse de dichos poderes en un caso concreto de supuesto incumplimiento” (Sentencia C-276/06 MP.Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, 2006)

Así las cosas, el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013 autoriza a los acreedores para que encontrándose insatisfecha la obligación que se encuentre respaldada por una garantía mobiliaria, el acreedor pueda pagarse con el bien dejado en garantía, cuando esto se haya pactado previamente en el contrato, o, cuando el bien se encuentre en tenencia del acreedor, asumiendo este último, una posición provechosa en relación con el acceso a la Administración de Justicia cuando este deba solicitar la intervención judicial para la ejecución de la garantía, mientras que el deudor pierde la posibilidad de presentar su defensa previa iniciación del proceso de Pago Directo.

3.2.3. Procedimiento de pago directo como ejecución especial de la garantía, y la solicitud judicial de aprehensión en caso de no existir entrega voluntaria de la cosa por parte del deudor.

Encontrándose permitido el pacto de comiso, las partes podrán en el mismo contrato o con posterioridad a él, pactar que el acreedor pueda satisfacer la obligación con la cosa dada en garantía en caso de incumplimiento en el pago, verificando ciertas exigencias contenidas en el artículo 2.2.2.4.2.3. del Decreto 1835 de 2015 las cuales enumeraremos a efectos de hacer más comprensivo el procedimiento que deberá

iniciarse para que el acreedor pueda reclamar su derecho sobre la cosa con la cual solventará su crédito.

En consecuencia, para que el acreedor pueda iniciar el mecanismo de ejecución por pago directo deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a. **Inscribir el formulario de ejecución en el Registro de Garantías Mobiliarias.** Se deberá realizar a través del sistema de archivo público que contendrá el formulario de inscripción inicial de la garantía, modificaciones, prorrogas, cancelación, transferencia y ejecución de la garantía mobiliaria; lo que proporcionará mayor publicidad a todos los acreedores que tengan derechos sobre el bien dado en garantía, y, así mismo, establecerá el orden de prelación de pago de cada uno de los acreedores. Dicho sistema estará a cargo de la Red de Cámaras de Comercio – COMFECAMARAS – delegado por la Ley por su experiencia en registros públicos, para que compile toda la información correspondiente de las garantías mobiliarias.

- b. **Notificar al deudor y al garante, en caso de que este sea distinto al deudor, acerca de la ejecución de la garantía mobiliaria.** Tratándose el mecanismo de ejecución de pago directo de un pacto previo entre las partes que han decidido celebrar el contrato de garantía mobiliaria, corresponderá al acreedor informar al deudor y al garante su intención de hacer efectiva la garantía a través del mecanismo de Pago Directo, para que este, de manera voluntaria, realice la entrega del bien en caso de no encontrarse en tenencia del acreedor o, en su defecto, para que ejercite las acciones necesarias que permitan el cumplimiento en el pago del crédito otorgado, pues el inicio de la ejecución de la garantía no será impedimento para que acreedor y deudor, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, lleguen a un acuerdo de pago distinto de la entrega del bien. Es importante resaltar, que el aviso de la inscripción del formulario registral de ejecución tendrá los efectos de notificación previstos en el numeral 1 del artículo 65 de la Ley 1676 de 2013.

- c. **Notificación del procedimiento de ejecución de la garantía a terceros acreedores.** Deberá el acreedor garantizado consultar en el Registro de Garantías Mobiliarias la existencia de otros acreedores garantizados inscritos sobre el mismo bien y su prelación, remitiendo copia del formulario de ejecución dentro de los cinco días siguientes a la inscripción, a fin de que estos comparezcan y hagan valer su derecho manifestando el monto de la obligación en favor suyo.

- d. **Solicitud judicial de aprehensión de la garantía mobiliaria.** Como se indicó anteriormente, si el acreedor no se encuentra en tenencia del bien dado en garantía, notificará al deudor y garante para que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la ejecución de Pago Directo, realice la entrega voluntaria del bien. Sin embargo, y pese a que podría interpretarse que la intención del legislador es evitar la judicialización de este tipo de obligaciones, y que, por el contrario, sean las partes quienes autónomamente lleguen a una sana solución, la realidad es que los deudores incumplidos pasan por alto lo acordado en el contrato y evitan a toda costa la entrega del bien dado en garantía con el que se pagará el crédito ante la imposibilidad que le asiste de cumplirlo. Así, prevé la norma que, ante este panorama, los acreedores garantizados puedan acudir a la jurisdicción para que sean los jueces quienes ordenen la aprehensión de la garantía y se logre el fin esperado por el prestamista, que no es otro que, pagarse con la cosa. El accionante deberá atender a los criterios de competencia establecidos en el Código General del Proceso, a efectos de que el operador judicial adelante el trámite que corresponda de conformidad con su solicitud.

- e. **Avalúo del bien.** Una vez el acreedor tenga bajo su poder el bien dado en garantía deberá procederse con el avalúo, el cual estará a cargo de un perito designado por la Superintendencia de Sociedades y que será obligatorio para el garante y para el acreedor garantizado, quien entregará a las partes el dictamen del avalúo para que dentro de los cinco días siguientes presente

las observaciones a las que haya lugar remitiendo las copias a la contraparte a efectos de que se pronuncie frente a ellas dentro de los tres días siguientes al traslado de las observaciones. Corresponderá al perito examinar las observaciones y los comentarios presentados dentro de los 10 días siguientes, para que, vencido este término, emita el avalúo definitivo.

Ahora bien, si el avalúo del bien es inferior al valor de la obligación podrá el acreedor pagarse parcialmente con este e iniciar las acciones para el cobro del saldo insoluto. Si el avalúo corresponde a un valor superior deberá el acreedor constituir depósito judicial en favor de los siguientes acreedores, si los hubiere, en caso contrario, el depósito estará a nombre del garante.

- f. Inscripción del formulario de terminación de la ejecución.** Una vez culmine la ejecución de la garantía mobiliaria el acreedor tendrá la responsabilidad de inscribir el formulario de terminación de la ejecución en el Registro de Garantías Mobiliarias, de conformidad con el artículo 76 de la ley 1676 de 2013³ y el artículo 2.2.2.4.1.31 del Decreto 1835 de 2015⁴.

Ahora bien, una vez descrito el procedimiento especial que contempla la ejecución de la garantía mobiliaria, conviene hacer algunas observaciones frente a situaciones no previstas por el legislador y que revisten de importancia para las partes que convergen en dicha relación contractual.

- a. No es claro quién es el competente en las solicitudes de aprehensión.**

En este punto es importante destacar que las solicitudes de aprehensión en virtud de la ejecución por pago directo, no poseen un trámite especial en el Código General del Proceso, y, por lo tanto, no existe claridad en los criterios de competencia que deberían aplicarse, por lo que determinar cuál es el juez competente para conocer de la solicitud de aprehensión realizada por los

³ Ley 1676 d 2013 Artículo 76. Cancelación de la inscripción.

⁴ Decreto 1835 de 2015 Artículo 2.2.2.4.1.31. Formulario de registro de terminación de la ejecución.

acreedores garantizados, ha sido uno de los mayores inconvenientes; en primer lugar, porque no es claro si la acción que se ejercita corresponde a un derecho real y, por otro lado, se desconoce si este corresponde a un proceso jurisdiccional o en realidad se trata de unas diligencias varias, de la que habla el artículo 28 numeral 14 del Código General del Proceso.

No obstante, en nuestra opinión este tipo de solicitudes no deben considerarse como procesos, y así, fue también precisado por el Juzgado 17 Civil Municipal de Medellín en entrevista realizada, indicando que: *“Ya que este tipo de solicitud no tiene un trámite establecido en el CGP, se radica ante el juzgado 17 Civil Municipal de Medellín, bajo el concepto de otros asuntos, ello en atención de un acuerdo interno realizado entre la oficina de Reparto Judicial de Medellín con los Jueces Civiles Municipales. Igualmente, se advierte que dicha solicitud no se puede tener como un proceso ejecutivo o similar, ya que esta pretensión solo va dirigida a obtener por parte del acreedor garantizado el bien objeto de dicha medida”* (J 17 CM, comunicación personal, 12 de julio de 2019).

En este sentido consideró la Corte Suprema de Justicia en auto AC747-2018 del 26 de febrero de 2018, en el que resolvió un conflicto de competencia originado entre dos jueces civiles municipales de distinta territorialidad en relación con la solicitud de aprehensión de un vehículo automotor, que, para dicho caso, la solicitud de aprehensión y entrega de un vehículo no encaja en forma exacta al artículo 24 numeral 14 del CGP⁵, y al mismo tiempo, indica que no se puede entender como un derecho real del que hace alusión el numeral 7° ibídem. Así, el órgano judicial concluyó que para suplir el vacío en materia de competencia debía remitirse a lo dispuesto por el artículo 12 del CGP por analogía⁶.

⁵ Al respecto el artículo 28 numeral 14 del Código General del Proceso dispone: *“Competencia territorial. La competencia territorial se sujeta a las siguientes reglas: (...) 14. Para la práctica de pruebas extraprocesales, de requerimientos y diligencias varias, será competente el juez del lugar donde deba practicarse la prueba o del domicilio de la persona con quien debe cumplirse el acto, según sea el caso”*.

⁶ Aclara la Corte que: *“(…) no obstante que la última regla del mismo artículo [28 del Código General del Proceso] asigna la competencia “[p]ara la práctica de pruebas extraprocesales, de requerimientos y diligencias*

Ahora bien, para determinar la competencia en relación con la cuantía, en principio, deberíamos remitirnos a lo previsto en el artículo 26 numeral 1 del CGP, *“por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda”*, es decir que, en este caso, siendo una solicitud del pago de la mora mediante el mecanismo de Pago Directo tendría que determinarse concretamente el valor insoluto de la obligación. Frente a este supuesto, la Corte en el mismo auto manifestó que *“Para esa finalidad, en su artículo 60 párrafo segundo previó que «[s]i no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado», lo que corresponde armonizar con el artículo 57 ejusdem, según el cual «[p]ara los efectos de esta ley, la autoridad jurisdiccional será el Juez Civil competente» y el numeral 7 del artículo 17 del Código General del Proceso según el cual los Jueces Civiles Municipales conocen en única instancia de «todos los requerimientos y diligencias varias, sin consideración a la calidad de las personas interesadas”* (Auto AC747-2018. Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque)⁷.

Por consiguiente, y con arraigo en la providencia mencionada, consideramos que de manera privativa el juez competente para conocer de las solicitudes

varias...” al “juez del lugar donde deba practicarse la prueba o del domicilio de la persona con quien debe cumplirse el acto, según el caso”, deja un vacío cuando se trata de la “retención”, toda vez que, se reitera, lo aquí perseguido es la mera aprehensión de un mueble donde y con quiera que se encuentre. (...) Así las cosas, es preciso superar esa laguna efectuando la integración normativa que prevé el artículo 12 ídem para salvar los “[v]acíos y deficiencias del código”, cometido para el que primariamente remite a “las normas que regulen casos análogos”, encontrándose que precisamente el numeral 7 del artículo 28 disciplina la situación más afín, pues, caso omiso de que aquí no se está ante un proceso, es claro que sí se ejercitan derechos reales”.

⁷ *“En consecuencia, las diligencias de este linaje se atribuyen a los Juzgados Civiles Municipales o Promiscuos Municipales, según sea el caso, donde estén los muebles garantizadores del cumplimiento de la obligación, lo que no siempre coincide con el lugar donde aquellos se encuentren inscritos, toda vez que esa formalidad se define en el artículo 2º de la ley 769 de 2002 como un «[p]rocedimiento destinado a[l] registro inicial de un vehículo automotor ante un organismo de tránsito» en el que «se consignan las características, tanto internas como externas del vehículo, así como los datos e identificación del propietario»; sin que necesariamente conlleve sujeción material o jurídica del vehículo a ese lugar, tanto más si éste por su naturaleza puede circular libremente en todo el territorio nacional.*

Expresado de otro modo, el sitio donde esté matriculado un rodante no obligatoriamente debe concordar con el de su locomoción, por lo que es éste y no aquél, el que fija la asignación competencial”.

de aprehensión por Pago Directo contenidas en el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013 será, de manera exclusiva, los jueces civiles municipales en única instancia del lugar donde se encuentre el bien mueble o donde esté registrado, ello en atención a la aplicación por analogía del artículo 17 numeral 7° del CGP.

- b. Si el deudor no puede oponerse a la entrega ¿qué sucede con las excepciones de pago, y falsedad del documento dispuesta a favor del ejecutado como mecanismo de defensa y la protección al Derecho a un debido proceso?** Según entrevista realizada al Juzgado 17 Civil Municipal de Medellín, no hay lugar a oposición por parte del ejecutado, expresa concretamente que: *“Por cuanto a lo señalado en el artículo 68 de la Ley 1676 de 2013⁸ en concordancia con el último inciso del numeral 3 del artículo 2.2.2.4.2.70 del Decreto 1835 de 2015⁹, la orden de aprehensión y entrega del bien involucrado en la Litis deberá ser ejecutada por el funcionario comisionado, quien no podrá admitir oposición alguna, concluyéndose así que una vez retirado el Despacho comisorio, por medio del cual se ejecutaría la orden de aprehensión y entrega, decretada por el Juzgado, no existe trámite alguno que se deba adelantar dentro del presente proceso, pues la venta de bienes en garantía puede ser realizada directamente por el acreedor garantizado (núm. 1 del art. 69 de la Ley 1676 de 2013), o en su defecto los bienes podrán ser tomados por el acreedor por el valor del avalúo que un perito escogido por la Superintendencia de Sociedades fije para tal efecto, actuación que debe ser adelantada al momento de la entrega del bien al acreedor (núm. 5 art. 69 ibídem), la cual se itera, debe ser realizada por la entidad comisionada”* (Municipal, 2019). En ese caso, ¿qué pasa si el deudor

⁸ En su parte pertinente dicha norma señala que: *“(…) cuando no se haya pactado o no sea posible dar cumplimiento a los procedimientos especiales de enajenación o apropiación pactados, transcurrido sin oposición el plazo indicado por esta ley, o resuelta aquella, puede el acreedor garantizado 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 (…)”*.

⁹ Al respecto dicha norma señala que: *“(…) La orden de aprehensión y entrega del bien en garantía se ejecutará por el funcionario comisionado o por la autoridad de policía, quienes no podrán admitir oposición (…)”*.

o garante tiene razones fundadas para oponerse a la entrega?, y si se proponen en proceso aparte una vez culminado el inicio de Pago Directo y resultare probada la excepción propuesta ¿Cómo se resarcirían los perjuicios que pudiera ocasionarle al deudor o garante?

En nuestra opinión, la falta de garantías procesales a favor del garante o deudor y las extremas facultades dadas por la Ley de Garantías Mobiliarias al acreedor, vulneran los principios de igualdad y el derecho a un debido proceso, en tanto que se cohibe al ejecutado resistir sobre el accionar del ejecutante que podría ser abusivo y contrario a las normas que buscan la protección de la parte débil de la relación contractual, por lo que consideramos que, el proceso especial de Pago Directo, cuando no sea realizada la entrega voluntaria del bien en garantía, debe contemplar dentro de la misma diligencia la observancia de oposiciones debidamente probadas con el único fin de evitar mayores perjuicios al deudor o garante, teniendo en cuenta que, la Corte Constitucional ha procurado en múltiples pronunciamientos, proteger a quien en un extremo del negocio jurídico se presume vulnerable (deudor), de los ataques o abusos que pueda ejercer quien se encuentra en mejores condiciones (acreedor) (Sentencia SC-5001-3103-012-1999-1000-01 MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 2006).

Es claro que el objetivo de la norma, de cierta manera, es simplificar el método de ejecución de la garantía de una obligación ante el incumplimiento del deudor y, en consecuencia, descongestionar los despachos judiciales. Sin embargo, no es posible alcanzar el fin propuesto si se remite a los deudores, garantes y terceros acreedores a ejercer acciones judiciales en procesos distintos para proponer sus oposiciones. Lo mismo ocurre con los acreedores que, habiendo ejecutado la garantía a través del mecanismo de pago directo, no logran satisfacer por completo su obligación, pues deberán acudir a un proceso distinto del iniciado para pago directo, generando, por un lado, mayor desgaste del aparato judicial y, por el otro, exceso de procedimientos para las partes involucradas.

Por todo lo anterior, estimamos conveniente que el legislador fije su interés frente a esta norma que cada vez toma mayor fuerza y, de esta manera, considere la posibilidad de crear un proceso único y especial para la ejecución de la garantía a través del mecanismo de Pago Directo, que conjugue tanto lo dispuesto por la Ley de Garantías Mobiliarias, como el conocido proceso ejecutivo con garantía prendaria, a efectos de que se lleven a cabo dentro de la misma diligencia todas aquellas situaciones que pueden surgir al momento de ser ejecutada la garantía sin tener que iniciar un proceso judicial diferente para hacer valer los derechos que no fueron atendidos durante la ejecución, lo que a nuestro parecer, generaría mayores garantías para los acreedores, deudores y garantes.

3.3. Diferencias entre el procedimiento de Pago Directo y el proceso ejecutivo prendario.

Como hemos podido evidenciar durante el desarrollo de este trabajo, el mecanismo de Pago Directo, en principio, es de naturaleza voluntaria, es decir, busca que la solución de la controversia por el incumplimiento del pago se realice a través de un acuerdo entre las partes que concurren en el contrato y evitar la judicialización de la obligación. No obstante, y ante las posibilidades de la falta de entrega voluntaria del bien por parte del deudor o garante, la ejecución de la garantía tendrá una intervención judicial que claramente diverge de lo que hasta ahora conocemos como proceso ejecutivo con garantía prendaria.

Por lo anterior, es oportuno resaltar las principales diferencias entre el proceso ejecutivo con garantía prendaria y el mecanismo de Pago Directo para hacer efectiva la garantía a su favor. A continuación, relacionamos un cuadro que da cuenta de las diferencias más relevantes:

DIFERENCIAS	
PAGO DIRECTO	EJECUTIVO PRENDARIO
El título ejecutivo será el registro de ejecución de la garantía	El título ejecutivo es el contrato de prenda
Para poner en movimiento el aparato judicial se requiere la presentación de una solicitud judicial de aprehensión de la garantía mobiliaria	El proceso se inicia con una demanda con solicitud de medida cautelar de embargo del bien en garantía
La pretensión principal es la entrega al acreedor garantizado del bien en garantía de la obligación con el que se pagará las sumas de dinero adeudadas	La pretensión será que el juez ordene al deudor pagar las sumas de dinero adeudadas al acreedor por la obligación dineraria
Aquí el juez libra orden de aprehensión y se comisiona a la autoridad competente	En este proceso el Juez libra mandamiento de pago y decreta el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda
La notificación al deudor y al garante es previa a la solicitud judicial de aprehensión	La notificación se surte una vez se libre mandamiento de pago y se materialicen las medidas cautelares
No hay posibilidad de oposición a la entrega del bien por parte del deudor o garante	Se corre traslado al demandado para que proponga las excepciones de mérito a las que haya lugar
Se hará avalúo del bien una vez haya sido aprehendido, que será realizado por un perito evaluador escogido aleatoriamente por la Superintendencia de Sociedades	El ejecutante aportará el avalúo del bien junto con la liquidación del crédito
No hay oposición al avalúo sino proposición de observaciones para que el mismo evaluador las resuelva. El avalúo es vinculante tanto a deudor o garante como para el acreedor garantizado	El avalúo puede ser objetado por el ejecutado, quien podrá allegar al proceso un nuevo avalúo, para lo cual el juez resolverá con sujeción a la norma
Si después del avalúo del bien no se extingue la obligación, el acreedor deberá iniciar un proceso ejecutivo para obtener el pago del saldo insoluto de la obligación, pudiendo perseguir otros bienes del deudor.	Si después del remate del bien dado en garantía no se extingue la obligación, podrá perseguir dentro del mismo proceso otros bienes del ejecutado, lo que se denomina ejecutivo mixto.

Resaltamos que, en atención a la naturaleza extrajudicial del mecanismo de Pago Directo, será necesario que el acreedor agote los requisitos previos mencionados en el numeral 3.2.3. del presente capítulo, para solicitar judicialmente la aprehensión del bien a efectos de lograr el pago de la obligación, lo que es una diferencia

sustancial entre ambos procesos, toda vez que, en el procedimiento ejecutivo prendario solo será necesario para dar inicio al trámite la exigibilidad de la obligación.

Una vez analizadas estas diferencias, consideramos que el procedimiento de pago directo resulta contrario al objetivo de la Ley 1676 de 2013, el cual es diseñar un mecanismo expedito para la ejecución de la garantía, dado que, se obliga tanto a acreedor como al deudor o garante a iniciar procesos separados para, por un lado, reclamar la totalidad del crédito en caso de existir saldos insolutos y, por el otro, para proponer las oposiciones que considera pertinentes.

En consecuencia, observamos que la remisión de la norma a iniciar procesos independientes para resolver los conflictos derivados de la ejecución de la garantía por pago directo, no permite que el juez que conozca del siguiente proceso realice un análisis integral del caso, teniendo en cuenta que, no se tiene estipulado el fuero de atracción y, por lo tanto, deberá ser un juez diferente quien resuelva lo solicitado por el accionante, siendo contrario a lo que busca la norma frente a la simplificación del proceso de ejecución y, consecuentemente, promoviendo un aumento de proceso jurídicos, los cuales, en nuestra opinión, deberían ser resueltos dentro un mismo trámite o proceso jurisdiccional de ser el caso.

CONCLUSIONES

Sin perjuicio de reconocer el enorme aporte de la Ley 1676 de 2013 en el desarrollo de las relaciones mercantiles, considerando que para el legislador ha sido de suma importancia ampliar el universo de bienes que pueden ser garantías mobiliarias con el ánimo de ayudar a los empresarios en la consecución de sus créditos, y en aras de impulsar las Pequeñas y Medianas empresas que contribuyen a su vez al crecimiento y desarrollo económico del país, debe resaltarse que en la praxis no ha sido ese el efecto, por lo que, queremos resaltar dos conclusiones importantes que se desglosan en este trabajo investigación.

La primera de ellas, tiene que ver con la imposibilidad de establecer garantía mobiliaria sobre cualquiera de los bienes que la norma contempla como tales, teniendo en cuenta que para el acreedor resulta más atractivo otorgar créditos constituyendo garantías mobiliarias sobre los bienes que tradicionalmente se han utilizado para ello, esto es, aquellos que se encuentran sujetos a registro, dado que brindan seguridad y confianza económica y jurídica, pues ofrecen mayor certeza en la recuperación de la obligación garantizada y su comercialización es más fácil, en la mayoría de los casos, para los acreedores.

Es claro que utilizar modalidades de garantías que ofrezcan menor seguridad, como, por ejemplo, un inventario, una patente, cuentas por cobrar, bienes perecederos, entre otros, conlleva a la inaplicabilidad de la norma a la hora de ejecutar la garantía y, en consecuencia, terminan siendo de mayor riesgo y pérdida para el acreedor.

Resaltamos que la intención del legislador de propender por el crecimiento de los pequeños empresarios en Colombia, que requieren para la subsistencia de sus actividades comerciales la obtención de capital a través de créditos, revisten de propósitos nobles pero no prácticos, pues más allá de ampliar la universalidad de bienes sobre los cuales se pueden constituir garantías, se requiere es la flexibilización de los requisitos para el acceso al crédito, en tanto que, hemos

evidenciado que tener un abanico amplio de garantías no implica la obtención o aprobación de créditos, sobre todo si las garantías no ofrecen un respaldo efectivo al acreedor. Consideramos que se obviaron realidades de la dinámica económica del país al momento de estructurar la norma, diseñando una estrategia de acceso al crédito basada únicamente en la posibilidad de constituir garantías sobre cualquier tipo de bien mueble olvidando incluso su efectividad, y desconociendo al empresario que apenas inicia su actividad comercial y que aunque tenga las garantías que para el acreedor son confiables, no cuentan con los requisitos de capacidad económica y tiempo en el mercado para acceder al crédito, lo que conlleva a una reducida aplicación de la norma, pues las limitantes no siempre son los bienes que pueden ser garantías del crédito sino las exigencias del acreedor.

Como segunda conclusión, tenemos que el mecanismo extrajudicial de Pago Directo que introdujo esta normatividad resulta ineficiente, pues no es célere ni tampoco expedito, si se tiene en cuenta que quien incumplió una obligación no tiene adoptada una cultura de pago y tampoco la voluntad de entregar el bien dado en garantía para extinguir la obligación, lo que conlleva a recurrir a procesos jurídicos diversos que implican mayor desgaste judicial.

Ahora bien, la etapa judicial que la norma contempla para el Pago Directo una vez haya fracasado el período de arreglo voluntario, reviste de falencias procesales. En primer lugar, la norma no determina si esta intervención judicial corresponde a un proceso o a un mero trámite, teniendo en cuenta que el juez solo concurre en la solicitud como un intermediario para lograr la aprehensión del bien que no fue entregado voluntariamente, y no como un garante de los intereses de las partes. En nuestro concepto, esta solicitud de aprehensión por Pago Directo corresponde a un trámite, en tanto que no reúne las características propias de un proceso jurisdiccional, es decir, una parte que pretende y otra que resiste.

Por otro lado, los vacíos procesales en el trámite judicial de Pago Directo afectan sustancialmente la manera en la que debe ejecutarse la garantía. Esto en tanto que, la falta de claridad en el proceso en relación con la competencia por el factor

territorial, generan en el ejecutante de la garantía incertidumbre a la hora de iniciar la acción judicial o solicitud de aprehensión.

Otra dificultad encontrada en relación con la competencia, y, esta vez, no desde la perspectiva del acreedor sino desde quien debe impartir justicia, es decir, el Juez, es quien debe asumir el conocimiento de la aprehensión, pues resulta incierto quién hace efectiva dicha solicitud si se tiene en cuenta lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en auto AC747-2018 del 26 de febrero de 2018, donde sostiene que al ser tenida como una diligencia varia contemplada en el artículo 17 numeral 7 del Código General del Proceso, los competentes para conocer de las solicitudes de aprehensión, por analogía, son en modo privativo los Jueces Civiles Municipales. Ahora bien, ¿dónde tramitar la solicitud?, algunos argumentan que es el lugar donde circula el bien, otros, indican que debe ser en lugar donde se encuentra registrada la garantía, y otros, en el domicilio del acreedor, tornándose confusa si se tiene que la garantía corresponde a un bien mueble que puede circular en cualquier parte del territorio nacional, siendo esta la causa principal de rechazos del trámite pretendido, dejando a la deriva la resolución del conflicto y afectando los intereses de quienes son parte de la obligación contractual, principalmente la del acreedor, que busca a través de esta mecanismo la solución rápida del crédito incumplido.

Así mismo, otro factor importante a resaltar corresponde a que el trámite judicial para Pago Directo, obliga a los acreedores a iniciar procesos independientes para lograr el pago total del crédito a su favor, toda vez que la entrega del bien al acreedor no garantiza dicho fin, en tanto que, al ser garantías mobiliarias se deprecian por su uso, tiempo o vida útil sin ser suficientes, en la mayoría de los casos, para extinguir la obligación, quedando saldos insolutos que requirieren de un proceso ejecutivo que implican la realización de más trámites de los que la norma encierra en su contenido. No se debe olvidar que uno de los objetivos de la norma es hacer más céleres y expeditos los procedimientos de ejecución de la garantía, que por pago directo parecieran serlo, no obstante, la tramitología que se exige en la realidad desdibuja los fines de la norma trasladando una mayor carga no solo procedimental

sino económica al acreedor, en tanto que requiere del inicio de varios procesos diferentes para exigir el cumplimiento de una misma obligación.

Consideramos que, si bien es importante para los acreedores el respaldo de las obligaciones con garantías que se puedan hacer efectivas ante un posible incumplimiento, la obtención o adjudicación de bienes a su nombre no es el interés del acreedor, sobre todo cuando su actividad comercial es el préstamo de dineros con rendimiento del capital, pues para la continuidad de su fin comercial requiere de la recuperación del efectivo mutuado, sobre todo cuando no cuentan con la logística para comercializar los bienes que le son entregados como forma de pago.

Así las cosas, consideramos necesario la ampliación de la regulación normativa del trámite de pago directo y solicitud de aprehensión, ajustando los vacíos y ambigüedades que se extraen de la norma, en aras de garantizar los intereses tanto del acreedor garantizado como del garante o el deudor.

RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta los hallazgos comentados, vemos pertinente precisar la siguiente recomendación, a efectos de adecuar el procedimiento vigente a las realidades de los contratos celebrados que contengan garantías mobiliarias y en atención al fin que pretende el acreedor para recuperar su capital.

Por consiguiente, recomendamos la adición de un procedimiento especial para Pago Directo en el Código General del Proceso, de manera que se cumpla el objetivo del legislador de que la ejecución sea célere y expedita, sin que se afecte la naturaleza del mecanismo de ejecución, el cual es netamente voluntario.

1. Iniciar la ejecución de Pago Directo a través del arreglo voluntario pactado previamente dentro del contrato de garantía mobiliaria, siguiendo las reglas establecidas de la Ley 1676 de 2013.
2. Fracasado el arreglo voluntario, se dará comienzo al proceso jurídico especial de Pago Directo el cual deberá agotar el siguiente trámite:
 - **Solicitud de ejecución especial de Pago Directo:** esta solicitud deberá dirigirse al juez competente indicando el valor de la obligación por concepto de capital, intereses de plazo o corrientes, intereses de mora y otros conceptos, además de solicitar la aprehensión de la garantía en virtud del convenio previo de Pago Directo.
 - **Competencia:** especificado el valor de la obligación y demás conceptos, deberá atenderse a los criterios de competencia dispuesto en la Ley procesal, en tanto que Pago Directo corresponderá a un proceso judicial especial y no a una diligencia varia.
 - **Medida cautelar:** el acreedor tendrá la facultad de solicitar medidas cautelares previas sobre bienes del deudor distintos a la garantía ejecutada, con el fin de asegurar el pago de los saldos insolutos a los que haya lugar.
 - **Avalúo:** una vez aprehendido el bien se procederá con el avalúo, realizado por el perito escogido de la lista aleatoria por la

Superintendencia de Sociedades, al cual se le podrá proponer las observaciones por las partes y que serán resueltas por el mismo perito, tal como lo indica la Ley actual.

- **Liquidación:** tras conocer el avalúo del bien en garantía y hacer los pagos pertinentes, se procederá con la actualización de la liquidación de la obligación, que determinarán la extinción del crédito o la existencia de saldo insoluto, los cuales deberán ser reclamados y resueltos dentro del mismo proceso especial de Pago Directo, conservando el juez el conocimiento del proceso y continuando con la ejecución de las medidas cautelares materializadas previamente hasta terminar el proceso por pago o por remate.
- **Oposiciones:** teniendo en cuenta que Pago Directo es un pacto previo entre las partes, y del que ambos tienen pleno conocimiento, el deudor o el garante no podrá oponerse a la aprehensión. No obstante, podrá interponer oposiciones posteriores dentro del proceso y las cuales deberán ser resueltas por el juez que conozca del proceso especial.

Con la anterior recomendación consideramos que se cumplen las expectativas del acreedor, el deudor, el garante y el legislador. En primer lugar, porque ofrece mayor seguridad jurídica para cada parte involucrada en el negocio jurídico. En segundo lugar, porque evita la apertura de diferentes procesos con intervención judicial para la resolución de una misma controversia, siendo de esta manera más rápida la ejecución de las garantías y el cumplimiento de la obligación a favor del acreedor. Y, por último, proporciona claridad frente a la función que desempeña el juez en la solicitud especial de Pago Directo.

REFERENCIAS

- Alejandro Alvarez de la Campa. (17 de septiembre de 2013). *internacional financie corporation*. Recuperado el 24 de Junio de 2019, de garantías mobiliarias: <https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Garantias%20Mobiliarias/Impacto%20Garantias%20mobiliarias.pdf>
- Angulo, N. (16 de Septiembre de 2017). *Asuntos Legales*. Recuperado el 30 de Junio de 2019, de Asuntos Legales: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/nicolas-angulo-558746/garantia-mobiliaria-instrumento-eficaz-de-acceso-al-credito-2549138>
- Arcila, Y. A. (desconocido de desconocido de 2016). *Las garantías mobiliarias e inmobiliarias en colombia: un estudio comparado con Estados Unidos*. Recuperado el 26 de Junio de 2019, de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13711/4/Las%20garant%c3%adas%20mobiliarias%20e%20inmobiliarias%20en%20Colombia.pdf>
- Arenas Guevara, L. V., & López Marín, Y. K. (2015). Retos de la Ley de Garantías Mobiliarias en Colombia (tesis de grado). *Retos de la Ley de Garantías Mobiliarias en Colombia (tesis de grado)*. Bogotá, Colombia: Institución Universitaria Politecnico Gran Colombiano, Facultad de Ciencias Sociales Derecho.
- ASOBANCARIA. (2018). Supervivencia de las MiPyme: un problema por resolver. *Semana Económica 2018, Edición 1145*, 1-3.
- Auto AC747-2018 MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque, Radicado 11001-02-03-000-2018-00320-00 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 26 de febrero de 2018).
- Colombiano, C. C. (26 de mayo de 1873). Ley 84 de 1873. *Código Civil Colombiano*. Bogotá, Colombia: Gaceta Judicial.
- Colprensa. (3 de septiembre de 2017). *El país*. Recuperado el 12 de agosto de 2019, de El país: <https://www.elpais.com.co/economia/en-colombia-la-vida-promedio-de-una-empresa-es-de-5-anos-corfecameras.html>
- Congreso de la republica. (20 de Agosto de 2013). *secretaria senado*. Recuperado el 10 de Agosto de 2018, de secretaria senado: www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley1676_2013.html
- Enciclopedia jurídica*. (25 de junio de 2019). Recuperado el 25 de junio de 2019, de enciclopedia jurídica: www.encyclopedia-juridica.biz14.com/garantiasmobiliarias.
- Gómez, M. A. (2013). *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Herrera, M. B. (s.f.). *la academia*. Recuperado el 5 de julio de 2019, de La modificacion del regimen de garantias en america latin: ¿ un proceso de unificacion uniforme de estandares

internacionales relativas a las garantías mobiliarias?:

https://www.academia.edu/35560179/La_modificaci%C3%B3n_del_r%C3%A9gimen_de_garant%C3%ADas_en_Am%C3%A9rica_Latina_Un_proceso_de_implementaci%C3%B3n_uniforme_de_est%C3%A1ndares_internacionales_relativos_a_las_garant%C3%ADas_mobiliarias

Josserand, L. (2007). *Las garantías reales y personales*. Bogotá, Colombia: Leyer.

MinCIT, O. d. (2013). *ABC Ley de Garantías Mobiliarias*. Bogotá: MinCIT.

Moreno, C. A. (20 de julio de 2016). *Revista de Derecho Privado en línea*. Obtenido de El pago directo por parte del acreedor garantizado: fundamentos de la transmisión de la propiedad: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360055998005>> ISSN

Municipal, J. C. (12 de julio de 2019). Comunicación personal. (M. Guzmán, Entrevistador)

Oficina de comunicaciones y la dirección de la regulación del min CIT. (2013). *cartilla sobre garantías mobiliarias*. Recuperado el 16 de septiembre de 2018, de cartilla sobre garantías mobiliarias: [www.supersociedades.gov.co/cartilla sobre garantías mobiliarias](http://www.supersociedades.gov.co/cartilla_sobre_garantias_mobiliarias)

Perez Vives, A. (1990). *Garantías Civiles*. Bogotá, Colombia: Temis.

Pinilla, M. A. (2019). *Lozano Vila y Asociados*. Obtenido de <https://www.lozanovila.com/sabe-usted-que-son-las-garantias-mobiliarias-y-para-que-sirven/>

repository.poligran.edu.co. (2017). Obtenido de <http://repository.poligran.edu.co/>

República, C. d. (20 de Agosto de 2013). Ley 1676 de 2013 art. 1. *Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias*. Bogotá, Colombia.

Sentencia C-276/06 MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, C-276/06 (Corte Constitucional 5 de abril de 2006).

Sentencia SC-5001-3103-012-1999-1000-01 MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, SC-5001-3103-012-1999-1000-01 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 14 de febrero de 2006).

Sentencia SC-6238 MP. Jorge Santos Ballestero, SC-6238 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria 27 de julio de 2000).

Talero, D. L. (2018). *Régimen de Garantías Mobiliarias Colombiano y Régimen de Circulación de la Factura Electrónica*. Bogotá: Grupo Banco Mundial.

Vásquez, P. G. (2015). *Teoría de las obligaciones*. Medellín: Biblioteca jurídica DIKE.