

XLII **CONGRESO** COLOMBIANO DE **DERECHO** **PROCESAL**

HOMENAJE A:
JAIRO PARRA QUIJANO



Ulises Canosa Suárez
Presidente del ICDP

TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PROCESAL



Jairo Parra Quijano
Presidente Emérito del ICDP



**UNIVERSIDAD
LIBRE**

XLII

CONGRESO

COLOMBIANO

DE DERECHO

PROCESAL

HOMENAJE A:

JAIRO PARRA QUIJANO

XLII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

HOMENAJE A:
JAIRO PARRA QUIJANO
VERSIÓN VIRTUAL

Organiza:



6-10
SEPTIEMBRE
2021

Patrocinadores



UNIVERSIDAD
LIBRE

Universidad
Externado
de Colombia



PARRA QUIJANO & CUADROS
Abogados

RobledoAbogados

BEJARANO
ABOGADOS

PÉREZ
MÉNDEZ
• ABOGADOS •



GÓMEZ PINEDA
ABOGADOS

serranomartinez

POSSE
HERRERA
RUIZ 

CMS Rodríguez-Azuero

Litigando 
www.litigando.com

 **TOBAR &
ROMERO**
LEGAL

MONOLEGAL® 

 **Pava
Díaz Arana**
Derecho punitivo y riesgos corporativos

 **tirant
editorial**


Paz Russi Abogados
Asesoría Empresarial


EDICIONES DOCTRINA Y LEY


JUAN PABLO ESTRADA S.
— ESTRATEGIA LEGAL —


VIGPRO


**Cámara de
Comercio de
Cali**

**Centro de Conciliación,
Arbitraje y Amigable
Composición**

Con la
compañía de:


Corporación
Excelencia en la Justicia

FUNDACIÓN
ProBono
COLOMBIA 

ISBN digital: 978-958-52944-2-4
XLII Congreso Colombiano de Derecho Procesal
© Universidad Libre
© Instituto Colombiano de Derecho Procesal Bogotá D.C. – Colombia
Primera Edición - Septiembre 2020
Queda hecho el depósito que ordena la Ley
Edición: Instituto Colombiano de Derecho Procesal –Universidad Libre
Dirección Académica: Ulises Canosa Suárez
Coordinación editorial: Eudith Milady Baene Angarita
Directores de Memorias: Jimmy Rojas Suárez – Jorge Forero Silva
Diseño portada: Diego Tobón
Diseño y Diagramación: Héctor Suárez Castro
Todos los derechos reservados.
Esta obra es propiedad del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Instituto
Colombiano de Derecho Procesal
Calle 67 No. 4A-09
Tel. 3104401
www.icdp.org.co

DIRECTIVOS INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

Fundadores ICDP

Hernando Devis Echandía
Antonio Rocha Alvira
Hernando Morales Molina

Presidente Emérito:

Jairo Parra Quijano

Presidentes Honorarios:

Ramiro Bejarano Guzmán
Jaime Bernal Cuéllar
Hernán Fabio López Blanco

Presidente:

Ulises Canosa Suárez

Vicepresidentes:

Martín Bermúdez Muñoz
Ángela María Buitrago Ruiz
Edgardo Villamil Portilla

Secretaria General:

Eudith Milady Baene Angarita

Director de Congresos:

Pablo Felipe Robledo Del Castillo

JUNTA DIRECTIVA

Directores o Miembros de Junta Directiva

Marco Antonio Álvarez Gómez

María Patricia Balanta

Ruth Stella Correa

Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas

María Julia Figueredo

Liliana Otero Álvarez

Juan José Rodríguez Espitia

Henry Sanabria Santos

Octavio Augusto Tejeiro

Jaime Humberto Tobar Ordoñez

Luis Ernesto Vargas Silva

Ricardo Zopó Méndez

Director Financiero y de Tesorería:

Mauricio Pava Lugo

Directora Ejecutiva:

Magda Isabel Quintero Pérez

Director de Capítulos:

Carlos Alberto Colmenares

Director de Semilleros:

Manuel Marín Santoyo

Director Académico:

Nattan Nisimblat Murillo

Director de Responsabilidad Social:

Carlos Adolfo Prieto Monroy

Directores de la Revista:

Miguel E. Rojas Gómez - Horacio Cruz Tejada

Directores de Memorias:

Jorge Forero Silva - Jimmy Rojas Suárez

PRESIDENTES DE CAPÍTULOS

Antioquia: Alejandro Augusto Bañol Betancur

Arauca: Carlos Padilla Suárez

Atlántico: Rodolfo Pérez Vásquez

Bolívar: Carmen Pabón De López

Boyacá: María Julia Figueredo Vivas

Caldas: Mauricio Pava Lugo

Caquetá: Álvaro Enrique Figueroa Bolaño

Cesar: Edgardo José Maestre Sánchez

Chocó: Gilbert Stein Vergara Mosquera

Córdoba: Juan Francisco Pérez Palomino

Cundinamarca: Oscar Iván Garzón Guevara

Guajira: Laurentino Pérez Arregocés

Huila: Jorge Alirio Cortés Soto

Magdalena: Raúl Alberto Gual Mozo

Nariño: Leonardo Enríquez Martínez

Norte de Santander-Cúcuta: Carlos Alberto Colmenares Uribe

Norte de Santander-Ocaña: Víctor Manuel Sánchez León

Norte de Santander-Pamplona: Camilo Ernesto Espinel Rico

Cauca: Hoover Hugo Paredes Mosquera

Quindío: Luis Alfonso Ramírez Hincapié

Risaralda: Alba Lucía Murillo Restrepo

San Andrés: Shirley Walters Álvarez

Santander: Gustavo Ramírez Núñez

Sucre: Dairo Pérez Méndez

Tolima: Ricardo Enrique Bastidas Ortiz

Valle del Cauca: Carlos Alberto Paz Russi

Valle del Cauca-Buga: María Patricia Balanta Medina

Villavicencio: Cristhian Alexander Pérez Jiménez

Yopal: Enyth Elvira Barrera Estrada

Putumayo: Carlos Eduardo Agreda

Urabá: William González De La Hoz

Internacionales

Venezuela-Llanos Occidentales Barinas: Rafael Joane Urdaneta Sánchez

Venezuela-Guárico y Portuguesa: Carlos Eduardo Camero Camero

Venezuela-San Cristobal: Rodrigo Antonio Rivera Morales

Honduras: Mary Ela Martínez Medina

Panamá: Abel Augusto Zamorano

México: Camilo Constantino Rivera

LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN COLOMBIA

*Gamal Mohammand Atshan Rubiano**

Antes de abordar ampliamente el concepto de garantías autoliquidables, es necesario establecer qué es una garantía para luego determinar la razón por la que se denominan éstas autoliquidables.

Las obligaciones inicialmente se garantizaban con el empeño de la palabra, es decir con la promesa de pago; sin embargo, las garantías como las conocemos ahora, son propias de la desconfianza humana, surgieron ante el reiterado incumplimiento de las obligaciones, especialmente en cuanto a puntualidad y totalidad en el pago de deudas dinerarias.

Inicialmente se ideó la duplicación de los obligados, agregando al deudor primario y principal otra persona que oficiara como suplente y posteriormente hasta el mismo lugar de él, asumiendo un compromiso solidario, es allí donde nacen las garantías personales.

Podemos tener una definición simple de garantía: una cosa dada para la seguridad de algo o de alguien; una protección frente a un peligro o contra un riesgo; el compromiso de que un tercero cumplirá una obligación, cual promesa de apoyo, para el caso de modificarse cierta situación creada o convenida o una expectativa razonable.”

Una acepción amplia de lo que es una garantía es: es todo medio destinado a asegurar o reforzar el cumplimiento de una obligación o el ejercicio de un derecho”; mientras que desde una óptica puramente jurídica, “garantía” es sinónimo de afianzamiento, de fianza, de prenda, de caución.

* Docente de la Universidad Nacional de Colombia.

Posteriormente, cuando la propiedad y el dinero se consolidaron, las garantías se orientaron hacia la mayor firmeza que dan las cosas, es allí cuando se empieza a hablar sobre la constitución de garantías sobre los derechos reales que recaen sobre los bienes del deudor, las cuales se conocen como de índole real.

La garantía comprende por lo menos lo siguiente:

- 1°. La responsabilidad del propio deudor con todos los bienes que integran su patrimonio por el cumplimiento de sus obligaciones.
- 2°. La instrumentalización de la obligación de manera tal que asegura al acreedor una vía procesal más expedita que la ordinaria para hacer efectivo su crédito.
- 3°. Los negocios destinados a que un tercero asuma una obligación ajena, ubicándose paritariamente al deudor principal, sin que éste quede liberado.

Existen muchas clasificaciones y variedad de “garantías”. Incluso, es perfectamente posible la existencia de garantías no tipificadas en nuestra legislación, por ejemplo las Centrales de Riesgo, acotando que en muchos escenarios no se les da esa connotación, ya que no es jurídicamente exigible.

Dejando a un lado las definiciones y enfocándonos en la exigibilidad de las garantías, la Constitución Política de la República Argentina dice en su artículo 18:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.”...

La Constitución Política de nuestro país, en su artículo 29 señala:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia

de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

El artículo 18 de la Constitución Política de la Argentina y el 29 de la nuestra, claramente fue pensado en el ámbito penal pero la verdad es que estas normas tienen un profundo calado de índole procesal, por eso se habla en general del debido proceso y en particular del debido proceso civil, laboral, etc. incluso, del debido proceso societario (eficacia de las decisiones de las Asambleas Generales de Accionistas o Junta de Socios), etc.

Ese artículo 29 de nuestra Carta Fundamental, es perfectamente aplicable al ámbito privado patrimonial negocial ya que siguiendo al procesalista argentino Jorge Claría Olmedo¹, se puede afirmar sin hesitación que “Ningún habitante de la República podrá ser penado o ejecutado en sus bienes sin juicio previo fundado en la ley”; es decir, a nadie le podrá ser ejecutado su patrimonio sin juicio previo, ante un juez, de acuerdo a las normas preexistentes y permitiéndole ser oído y vencido.

Este panorama que implica que todos tenemos el derecho fundamental a tener un proceso justo, en principio impone la necesidad de realizar las garantías crediticias con previa intervención jurisdiccional en virtud de la cual el deudor debe ser oído y permitirle el ejercicio del derecho de defensa.

No obstante, cuando se trata de Garantías Autoliquidables, el escenario es muy distinto, ya que para su ejecución no se requiere que el deudor sea oído, por lo que no podrá ejercer activamente sus medios de defensa en la misma ejecución privada que se sigue; es por ello que se ha cuestionado si las Garantías Autoliquidables son inconstitucionales por imponer una renuncia anticipada de un derecho irrenunciable como lo son los derechos de defensa y contradicción en juicio público al deudor; se trata de una garantía de carácter real y será ejecutable, en los bienes del deudor.

¹ Jorge Claría Olmedo. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Rubinzal–Culzoni editores. Primera Reimpresión. 2008, p. 7.

Al respecto, el profesor José Ramiro Podetti en su “tratado de las ejecuciones” formuló esa inquietud cuando dijo:

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

Uno de los pioneros de las garantías autoliquidables es Héctor Alegría, profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) quien en 1993 escribió el artículo “Las garantías autoliquidables” en la revista de Derecho Privado, texto en el cual las definió en los siguientes términos:

“Consisten en ciertos negocios de garantía, generalmente subsumibles en la prenda con desplazamiento, en los cuales:

- a) La realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúan en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata.
- b) Alternativamente, se permite una estimación del valor de la cosa según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero por ese precio.

Lo anterior permite considerar como características elementales de las garantías autoliquidables, las siguientes:

- i) La realización o adjudicación extrajudicial.
- ii) La prescindencia del juez para ejecutar la garantía.
- iii) La inaplicabilidad de la actuación judicial.

Debido a las características que presenta la ejecución y cumplimiento de las garantías autoliquidables a la luz de la constitución política, es necesario retornar para indicar que aquellas no han sido declaradas contrarias a la Carta Política ya que su aplicación viene desde la historia misma de la aplicación del derecho en sí, como lo demuestran las fuentes históricas.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En un primer momento, el derecho romano toleró que el acreedor ejecutara al deudor privadamente, sin intervención de un juez, no sólo

en sus bienes sino también haciendo lo que quisiera con la persona de él (reducirlo a la esclavitud e, incluso, matarlo).

En los comienzos del Principado se prohibió el uso de la fuerza para la tutela de los intereses privados, mostrando un cambio significativo en la aplicación directa de los derechos de acreedor, lo cual también se mantuvo en la **Ley Julia de vis** (fuerza) que castiga con la privación de su derecho de crédito al acreedor que directamente ejercita actos de fuerza sobre la persona del deudor para compelerle al pago.

Por otra parte, el **Decretum divi Marci** del Emperador Marco Aurelio compendió bajo el concepto de **vis**, con todas sus consecuencias, no sólo los actos coercitivos directos sobre la persona, sino también los de apropiación de cosas del deudor llevados a cabo por el acreedor sin intervención del magistrado.

Desde la época de Constantino se abolió el pacto comisorio (cláusula que autorizaba al acreedor a apropiarse de la cosa pignorada); para que el acreedor pudiera ejecutar privadamente al deudor en sus bienes o en su persona, era necesaria la previa sentencia dictada por el juez.

De otra parte, para el Derecho Germánico la ejecución del crédito era eminentemente privada, la coerción se ejercía sobre los bienes del deudor y se hacía en virtud de un título judicial o de un título convencional privado; no obstante, si el deudor se sentía injustamente perseguido, debía comparecer ante el juez e instar un juicio de conocimiento por separado, donde podía discutir la ejecución que se seguía en su contra.

Para la Edad Media se tuvo una fuerte influencia del derecho canónico, pues sí se exigía una sentencia previa a la ejecución, el trámite de un proceso judicial que precedía la agresión patrimonial del deudor, lo que permitía al acreedor una vez venciera en juicio, ejecutar la sentencia de manera privada, es decir sin intervención jurisdiccional, lo que fue modificado con el tiempo para garantizar la defensa del deudor en la ejecución de la decisión judicial, creando un periodo de conocimiento durante la ejecución en el cual el deudor podía nuevamente defenderse.

En el derecho francés, se muestra el alcance dado a las sentencias judiciales y los documentos notariales que a través de las ordenanzas de Villers-Cotterets fueron consideradas con los mismos efectos en el reconocimiento de deudas, lo que permitió que la ejecución patrimonial prescindiera de cualquier intervención judicial ya que los documentos

notariales y las sentencias podían ser ejecutadas directamente por el acreedor con el auxilio de ciertos funcionarios administrativos *huissiers* (alguacil) y los *sergents du roi* (sargentos del Rey).

SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

Las garantías autoliquidables, surgen por la necesidad del acreedor de ejecutar la garantía prestada a su favor para el cumplimiento de las obligaciones de su deudor de una forma directa, de manera ágil, sin la intervención de los funcionarios judiciales, que como se ve en el acápite anterior, muestra que no existía uniformidad en la ejecución de obligaciones, ya que algunas consideraban necesaria la intervención judicial y otras no; por lo que los acreedores entran a estudiar las ventajas, beneficios y facilidades que les permite la ejecución directa ya consagrada en algunas fuentes históricas, encontrando que aunque el patrimonio es prenda general de garantía del cumplimiento de las obligaciones del deudor, existe una amplia protección, incluso excesiva de la propiedad privada por el mismo Estado, lo que entorpece su persecución y efectivización en detrimento del acreedor.

Se ha notado en la historia que aunque en un proceso judicial lo que se pretende es la efectivización del debido proceso garantizando los derechos de defensa y contradicción de los sujetos que acuden ante la administración de justicia, no es menos cierto que esto se aplica por el funcionario judicial sin tener en cuenta otros principios del derecho procesal como es la celeridad y economía procesal, pues en el tiempo se ha observado una excesiva mora judicial, es decir, que al momento en que se efectivice el derecho reclamado, aquel ha perdido muchas veces su eficacia y por lo tanto genera una mayor vulneración del derecho del acreedor.

Se indica que la principal función de la intervención judicial para lograr la ejecución de una garantía y por supuesto de la obligación que ella respalda, es la materialización directa del derecho de defensa del deudor; sin embargo, no es posible desconocer que el único medio de defensa que le asiste al deudor, es precisamente la demostración del cumplimiento y pago de sus obligaciones, lo que generaría la extinción de la garantía previamente constituida; pero dicha situación cuando existe incumpli-

miento, no se presentará, entonces el desarrollo del proceso con cualquier otro medio de defensa con una obligación cierta, es el alargamiento de lo inevitable, el cumplimiento de la obligación y por lo tanto la ejecución de la garantía previamente establecida; lo que muestra que la actividad judicial se torna inocua y genera un incremento en la mora de las obligaciones y el cumplimiento de las garantías constituidas.

La duración del proceso no solo implica un desgaste de tiempo, sino que ante la inevitable efectivización de la garantía y cumplimiento forzado de la obligación por parte del deudor, esto implica un gasto económico importante para iniciar y mantener en lo que dure, el proceso judicial; es decir que para lograr la satisfacción de un derecho indiscutible, se debe primero incurrir en gastos que llevarán al acreedor al mismo punto inicial, el reconocimiento del incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

No obstante lo indicado, es posible que aunque se llegue a la misma finalidad, se presenten distintas vicisitudes a lo largo del proceso; el transcurrir del tiempo trae cambios en todos los aspectos de la vida y por supuesto en el trámite de un proceso judicial, ya que podemos encontrarnos con situaciones inesperadas o incluso absurdas que generan mayor demora en el trámite procesal; éstas vicisitudes pueden ser, entre muchas, decisiones erróneas del funcionario judicial, defensas absurdas que tienden a demorar el proceso por parte del ejecutado que logra extender el plazo para su inminente ejecución, impugnaciones de las decisiones judiciales, ya que cualquiera sea el sentido de la decisión judicial en el trámite del proceso o en la sentencia, se generará inconformismo en el sujeto afectado quien al ejercer su derecho de defensa; esto genera entonces mayor vulneración para el acreedor, todo esto sin tener en cuenta sucesos externos que influyen en el trámite procesal.

La duración del proceso puede generar la insolvencia del deudor, pues el tiempo permite que el deudor pueda cambiar su situación económica y patrimonial, lo que indudablemente repercutirá en detrimento del patrimonio del acreedor al no poder recaudar su obligación ni efectivizar su garantía, pues existen normas que protegen el patrimonio como bien único sostenible del individuo y su familia; o simplemente el detrimento del bien dado en garantía que aunque se pueda perseguir en cabeza de quien se encuentre, el detrimento del bien ocasionará pérdida de valor que no corresponderá con la obligación garantizada.

Son precisamente estos factores los que han generado el desarrollo de las garantías autoliquidables en nuestro país; ya que las mismas son más fácilmente ejecutables, pues no será necesario acudir ante el funcionario judicial para efectivizar la garantía de una obligación incumplida, generando ventajas tanto para el acreedor como para el deudor y la administración de justicia; algunas de esas ventajas son:

Para efectivizar la garantía no es necesario acudir ante la administración de justicia, no queda el acreedor en manos del deudor ya que no depende de la voluntad de aquel el cumplimiento de la obligación; no es necesaria la intervención de terceros que permitan o quieran si así es el caso, realizar el cumplimiento de la obligación; así mismo, no es necesario esperar el tiempo que ya se indicó puede durar un proceso judicial.

Una garantía autoliquidable no es una garantía a primera demanda, por lo que no se hace necesario requerimiento alguno a terceras personas, un ejemplo de aquella es la figura del avalista en tratándose de una garantía de carácter personal; tal como lo expone Francisco Vincent quien define al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, como “aquel contrato por el cual una persona llamada garante responde frente a otra llamada beneficiario por la obtención de un resultado o el mantenimiento de una situación concreta, por lo que en caso de no producirse, el garante se vería obligado a remplazar o indemnizar el interés defraudado al beneficiario.”

Puede entonces el acreedor ante el incumplimiento del deudor disponer directamente de la garantía para así satisfacer el derecho patrimonial que le corresponde. Esto se puede ver en las garantías autoliquidables que existen en nuestro país. A continuación algunos ejemplos de aquellas.

- i. BONOS DE PRENDA
- ii. FIDUCIA EN GARANTÍA
- iii. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

BONOS DE PRENDA

El bono de prenda es un título valor que representa mercancías que se constituye en un escrito, el cual indica que existe un crédito prendario que

recae sobre unas mercancías y se encuentra amparado en el certificado de depósito. Así lo expresa el inciso final del artículo 757 del Código de Comercio cuando dispone que, el bono de prenda incorpora un crédito prendario sobre las mercancías amparadas por el certificado de depósito y confiere por sí mismo los derechos y privilegios de la prenda.

Este título valor se relaciona con el depósito de mercancías en almacenes de depósito. Para efectuarse el cobro del bono de prenda, debe presentarse el bono de prenda al almacén de depósito correspondiente, si el tenedor alega que no se le ha pagado, deberá hacerse la anotación de falta de pago en el bono de prenda, la cual generará efectos de protesto en éste. No obstante, si el almacén se niega a hacer la anotación, el protesto se debe hacer, como se realiza en las letras de cambio, a fin de lograr el cumplimiento de la obligación o del ejercicio de los derechos consignados en el título.

El tenedor del bono de prenda debidamente protestado podrá, dentro los ocho (8) días siguientes al protesto, exigir al almacén que realice pública subasta de las mercancías depositadas (art. 797 del Código de Comercio); una vez realizada la subasta por parte del almacén de depósito, el resultado se impondrá al pago de lo siguiente:

- Gastos que generó la subasta.
- Créditos fiscales de las cosas depositadas.
- Créditos provenientes del contrato de depósito.
- El crédito incorporado en el bono de prenda.

Si bien es cierto esta figura es poco utilizada en nuestro medio y tiende a desaparecer (son escasos los remates que hacen los almacenes generales de depósito), nos permite argumentar que nuestro legislador no se opone a las garantías autoliquidables.

FIDUCIA EN GARANTÍA

La fiducia en garantía puede ser entendida como un contrato por medio del cual, una parte, llamada fideicomitente o fiduciante transfiere la propiedad de uno o varios bienes o derechos lo que genera que éstos bienes salgan del patrimonio del tradente y por lo tanto dejan de considerarse parte de la prenda general de los acreedores del mismo; esta transferencia

se realiza cuando este tradente ha adquirido previamente una obligación y pretende que los bienes transferidos mediante esta modalidad sirvan como garantía en caso de incumplimiento de su obligación a favor del acreedor, el cual se constituye en Fideicomisario o Beneficiario del contrato de Fiducia constituido.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia (Cas. Civ. Sentencia de 4 de diciembre de 2009. M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda, exp. 1995-02415), de acuerdo con la definición de la Circular Externa 006 de 1991 de la Superintendencia Bancaria (ahora Superintendencia Financiera), explicó que:

“[...] al igual que en todo “contrato fiduciario”, se constituye un patrimonio autónomo con el único propósito de asegurar un deber de prestación (art. 1233 C. de Co.), por lo que los bienes fideicomitados salen del haber del fiduciante para pasar a conformarlo, siendo administrado por el fiduciario.

Este último será quien en el evento del incumplimiento de las obligaciones, deberá enajenar los bienes con estricta sujeción a las instrucciones otorgadas por el constituyente, en orden a pagar a los acreedores el monto de sus acreencias, bien sea con el producto de la venta o mediante la dación en pago”.

Nótese que el cumplimiento de la obligación, no recae en el deudor, sino en un tercero (la fiduciaria) que contractualmente adquiere el compromiso de realizar el activo y con el producto del mismo honra el derecho del acreedor (el beneficiario).

La Superintendencia Financiera de Colombia, al respecto ha señalado que la “**fiducia en garantía**”, es una modalidad contractual de naturaleza atípica e innominada que en un comienzo surge dentro del tráfico mercantil y financiero como un instrumento negocial que permite a las partes que concurren a la celebración de un contrato de fiducia mercantil o de un encargo fiduciario, la utilización de dicha modalidad de contrato para el respaldo y pago rápido y seguro, con cargo a los bienes que se entregan a la entidad fiduciaria para su manejo y administración, de obligaciones contraídas con terceros.

Esta figura fue recogida y regulada en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, numeral 2.9, Capítulo primero, Título Quinto, que reza:

“(…) Entiéndase por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato”.

Lo anterior les permite sustraer del patrimonio del deudor aquellos bienes que servirán de respaldo y fuente de pago de las obligaciones contraídas.

Teniendo en cuenta que se trata de una garantía para una tercera persona que no se encuentra vinculada al negocio jurídico celebrado, pero que tiene implicación directa en sus derechos como acreedor, es usual que se pacte una cláusula de irrevocabilidad para garantizar el cumplimiento efectivo del contrato y no haya posibilidad de terminar el contrato sin que la finalidad de la fiducia se lleve a cabo, soslayando el derecho del acreedor que ha confiado plenamente en la garantía constituida.

Como quiera que la denominada fiducia en garantía es una modalidad atípica contractual que toma las mismas fuentes y principios de la fiducia mercantil o del encargo fiduciario, según la naturaleza contractual fiduciaria a que las partes convengan acudir, su celebración, desarrollo y ejecución estarán sujetos, en un todo, a lo previsto por las partes en el acto constitutivo. Por vía supletiva se sujetará a lo previsto en la ley y las normas reglamentarias sobre la materia y a los principios de la buena fe contractual que están establecidos en el artículo 863 del Código de Comercio.

Ahora bien, aunque el contrato de fiducia en garantía se celebra como se ha dicho inicialmente por el fideicomitente y la Sociedad Fiduciaria, es necesario que el acreedor tenga un vínculo de manera directa y confiable para determinar la prestación de la garantía en su favor como beneficiario de dicho contrato; es así que, la Sociedad Fiduciaria deberá expedir el respectivo certificado de garantía, el cual se trata de una constancia o certificación expedida por el titular y vocero del patrimonio autónomo constituido con los bienes que sean transferidos o entregados según el encargo fiduciario por el fideicomitente para respaldar y atender el pago de

las obligaciones contraídas con terceros acreedores en caso que el deudor incumpla.

El procedimiento, modalidad de expedición, monto, coberturas, términos y condiciones atinentes a dicho mecanismo fiduciario de garantía, compete definirlos a las partes del negocio fiduciario, atendiendo lo establecido en el acto constitutivo y/o en las instrucciones impartidas por los fideicomitentes, pues son ellos quienes designan las obligaciones garantizadas con esta modalidad de garantía, generando en el acreedor total confianza del cumplimiento de su obligación.

GARANTÍAS MOBILIARIAS

Las garantías mobiliarias se encuentran consagradas en la Ley 1676 de 2013, la cual busca promover el acceso directo al crédito, otorgando facilidades de adquisición de bienes a través de la modalidad crediticia que permita el acceso de una mayor cantidad de usuarios del sistema económico, en especial, pensado para apoyar a los pequeños y medianos empresarios; permitiendo el otorgamiento de garantías que den confianza al acreedor respecto del pago de las obligaciones cuando aquellas se salían para entonces del contexto que en ese momento se encontraba vigente, pues al hablar de garantía mobiliaria no solo se modifican términos legales sino que en efecto se cambian varios de los paradigmas de las garantías reales que recaían sobre los bienes muebles.

Se puede decir que uno de los mayores aportes de la norma en cita, es la implementación de mecanismos sencillos de constitución de las garantías pero asimismo de su ejecución por parte del acreedor. Por “ejecución” debe entenderse: hacer efectivas las garantías y por supuesto la mayor facilidad dada por esta norma que el acreedor no necesariamente debe acudir a un proceso ejecutivo judicial para efectivizar la garantía constituida sobre los bienes del deudor cuando exista un incumplimiento del mismo, ya que la norma no solo puede pensar en el deudor para la adquisición de obligaciones sino mostrar los beneficios a los que podrá acudir el acreedor para lograr su cumplimiento de manera eficaz.

Dicha norma modificó tanto la concepción de las garantías reales sobre bienes muebles, que incluso derogó de manera expresa el contrato de prenda consagrado en el artículo 2414 de nuestro Código Civil, ya

que así lo menciona expresamente el artículo 91 de la Ley de garantías mobiliarias, además de considerar como garantías mobiliarias otros tipos de contratos como los bonos de prenda, anticresis, prenda de otras clases, entre otros, incluso para la fiducia asimiló los efectos de registro y publicidad así como las consecuencias de estos actos; ya que la Ley en el último inciso del artículo 3° lo estableció de la siguiente manera:

“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.

Parágrafo. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.”

Los beneficios importantes que trae esta Ley consisten además del fácil acceso al crédito, es la facilidad de efectivizar a garantía mobiliaria previamente constituida sin que sea necesario acudir al proceso judicial tradicional, o en caso de ser absolutamente necesario, utilizar mecanismos expeditos que garanticen una efectivización rápida de dicha garantía sin realizar todos los procedimientos que implican la duración de un proceso judicial, logrando con ello “desjudicializar” el cobro de los créditos.

Se encuentra en esta norma los siguientes mecanismos de efectivización directa por parte del acreedor, como son:

- Pago directo
- Ejecución especial de la garantía
- Proceso de adjudicación o realización especial de la garantía (art. 467 del CGP)
- Proceso para la efectividad de la garantía real (art. 468 del CGP)
- Mecanismos alternativos de solución de controversias.

PAGO DIRECTO

El pago directo es una de las principales innovaciones de la Ley, ya que permite al acreedor efectivizar la garantía quedándose con el bien de manera directa cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias (i) cuando se haya pactado o (ii) el acreedor sea el tenedor del bien, esto hace suponer la abolición de la prohibición del pacto comisorio.

En caso de realizarse esta conducta por parte del acreedor, se debe tener en cuenta el valor de la obligación y el valor del bien dado en garantía para así evitar un enriquecimiento injusto por parte de este último; para ello la Ley consagra en su artículo 60 parágrafo 1° que si el valor del bien supera el de la obligación, el acreedor deberá entregar el saldo al garante o deudor si es del caso; o podrá hacerse entrega a otros acreedores inscritos, lo cual se garantizará con la constitución de un depósito judicial a órdenes del juzgado del domicilio del garante; para ello es preciso que el valor del bien sea determinado por un perito escogido por la Superintendencia de Sociedades cuyo dictamen es obligatorio.

En caso de no hacerse la entrega voluntaria del bien, la misma norma consagra que podrá solicitarse a la autoridad competente que se libre orden de aprehensión del bien, con lo que se lograría su captura en manos de quien se encuentre por intermedio judicial, cuidando a todas luces el debido proceso del deudor.

Este mecanismo de efectivización de la garantía es directo y contundente en su ejecución, no obstante, la norma no establece de forma clara cuáles pueden ser los comportamientos que puede asumir el deudor o garante, ya que no se indica si éste puede o no formular oposición a la entrega del bien o al dictamen pericial presentado.

Ante el vacío presentado en la norma respecto de la oposición al dictamen, se expidió el Decreto Reglamentario 1835 de 2015, el cual propone que se siga el trámite para designación de peritos evaluadores, ya que en caso de realizarse una aprehensión del bien, el acreedor no puede considerarse como su nuevo propietario hasta que sea definido el valor del bien y por supuesto el valor de la obligación; para ello se solicitará la designación de perito a la Superintendencia de Sociedades, y procederse luego a la cancelación de los honorarios; respecto del avalúo presentado, el acreedor y garante pueden hacer observaciones al dictamen, luego

de lo cual el perito debe entregar el dictamen “definitivo” lo que puede considerarse como una especie de objeción, no hay lugar a oposiciones pero en caso de generarse discusiones adicionales sobre el dictamen se deberá iniciar un proceso declarativo, lo cual por supuesto, no afecta la apropiación del bien, pues ésta es la finalidad de la norma.

Si el pago directo lo inicia alguien sin prelación deberá pagar la obligación de los acreedores con prelación subrogándose en su derecho (Parágrafo 3°, art. 5°), de igual forma, se ocasionan todas las consecuencias del cobro de cualquier crédito, ya que se acelera el cobro de otras obligaciones por parte de otros acreedores.

Teniendo en cuenta que el derecho procesal y constitucional garantizan los derechos de defensa y contradicción, en este caso dichas garantías constitucionales solo pueden hacerse efectivas mediante un proceso judicial, lo que generaría la instauración por parte del deudor que se considere afectado en caso de que haber realizado el pago total de la obligación o exista duda respecto de la creación o contenido del documento que haga pensar en una falsedad del mismo; es decir, se tendría que acudir a un proceso de conocimiento que permita discutir dichas controversias, incluso, en caso de error judicial podría acudirse a demandas de carácter administrativo para establecer una posible responsabilidad del Estado por una decisión judicial que ha generado perjuicios a quien tenía el bien en su poder o por el amparo de un ilícito.

Esta Ley nada menciona en relación con los demás acreedores que puedan tener prelación, igualmente no se establece si la cláusula de aprehensión debe ser taxativa en el contrato o solamente con aplicación directa de la norma sería procedente, por lo que lo más recomendable para evitar interpretaciones por los vacíos de la norma, es que se establezcan pactos convencionales que permitan dar claridad en la relación contractual respecto de las clases y formas de incumplimiento ante las cuales procede la ejecución del contrato, los costos adicionales generados para cubrir el contrato, costos que se generan por el cumplimiento del contrato y la erogación de aquellos plazos y condiciones para la efectivización de la garantía, pues así sería posible que ante cualquier vacío legal, se de aplicación directa con alcance de ley al contrato en atención al Pacta Sunt Servanda.

En caso de que la garantía mobiliaria recaiga sobre las cuentas como bien futuro, se deberá realizar un contrato adicional denominado control,

el cual permite que una persona se haga responsable de rendir las respectivas cuentas y por supuesto, hacer entrega de las mismas depositando los recursos a que haya lugar a favor del acreedor cuando así se le instruya; para ello es necesario que el tercero obligado que es la entidad depositaria, acepte expresamente seguir las instrucciones dadas.

Esta misma situación puede encontrarse en bienes materiales que sean entregados a un tercero para que en atención del contrato de depósito cumpla con las instrucciones dadas por el constituyente de dicho contrato.

Para evitar procesos judiciales adicionales o discusión en el trámite, avalúo o cumplimiento de las obligaciones ejecutadas, el Decreto Reglamentario 1835 de 2015 señala expresamente que antes de acudir al mecanismo del pago directo se deberá inscribir el formulario de ejecución en el Registro “cuando corresponda” y avisar a través del mecanismo pactado, al deudor y al garante, del formulario se deberá remitir copia a los acreedores allí inscritos, de allí la importancia del Registro de Garantías Mobiliarias.

Si el acreedor no tiene la tenencia “salvo pacto en contrario”, debe solicitar la entrega del bien al mismo deudor y luego de cinco (5) días el acreedor puede solicitar de la autoridad competente la aprehensión y entrega del bien; todas estas medidas que aunque no es posible establecer si se trata de normas imperativas o dispositivas, generan una mayor seguridad en el trámite y por supuesto evita que sean discutidos más adelante por los deudores – garantes lo que efectivizara de manera adecuada el derecho del acreedor.

CONCLUSIONES

1. Las garantías autoliquidables no son contrarias al debido proceso. Los intereses constitucionales en juego (defensa en juicio, derecho de propiedad y derecho a que el proceso tenga un plazo razonable), se pueden compatibilizar a la luz de la Constitución.

El acreedor no se enfrenta a las dilaciones propias del accionar de los juicios, al pretender efectivizar su crédito, ya que el deudor no puede plantear cuestiones que retardan el cumplimiento.

El deudor que prueba en forma contundente que la ejecución que se adelanta en su contra es abusiva o ilícita, puede plantear tal situación

a través de un proceso declarativo iniciado por separado, con carácter previo, paralelo o posterior a la autoliquidación de la garantía. De ser cierto el abuso, el acreedor tendrá que indemnizar a su deudor. El derecho del deudor puede ser postergado. El deudor siempre conserva la posibilidad de iniciar un proceso para evitar el comportamiento fraudulento o excesivo de su acreedor.

2. Las garantías autoliquidables no implican la renuncia anticipada de la garantía constitucional al debido proceso. Las garantías autoliquidables parten del presupuesto de la autonomía de la voluntad que gobierna las relaciones en el derecho privado. Las garantías autoliquidables no buscan desproteger los intereses del deudor, sino dejar en sus manos la carga de la defensa de sus derechos.
3. El deudor no puede impedir a través del proceso declarativo ni de mecanismo cautelar, que el acreedor ejecute la garantía autoliquidable, ya que ello desnaturaliza el derecho del acreedor. Al fin y al cabo, el deudor autorizó la efectivización de la garantía sin que se requiera el consentimiento del deudor.

Para terminar con este artículo, vale la pena reflexionar que los acreedores cada día buscan una alternativa (legal o contractual) para hacer efectivos sus derechos de crédito sin tener que acudir a un proceso judicial. No se trata de apostatar del derecho procesal y mucho menos del debido proceso. Simplemente y dentro de un ámbito de respeto por los derechos que le asiste al deudor, se pueda hacer efectiva las garantías.