

**LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN
EMPRESARIAL EN EL MARCO DE LA LEY 1676 DE 2013: DINAMISMO
JURÍDICO Y DERECHO COMPARADO.**

JOHN JAIRO BAREÑO ALARCON

**Monografía de Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en
Derecho Procesal.**

Director

Dr. Ulises Canosa Suárez

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2020

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN
DERECHO PROCESAL 2017-2018**

Rector	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Decano de la Facultad de Derecho:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Secretaria General:	Dra. Marta Hinestroza Rey
Director del Departamento de Derecho Procesal:	Dr. Ramiro Bejarano Guzmán
Presidente de monografía:	Dr.
Director de monografía:	Dr. Ulises Canosa Suárez
Examinadores:	Dr. Carlos Mario Montiel Fuentes

DEDICATORÍA

AGRADECIMIENTOS

TABLA DE CONTENIDO

	PÁG.
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES: CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL.	14
1.1. LA GARANTÍA EN LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.	15
1.1.1. La garantía en el Derecho Romano	16
1.1.2. Las garantías del acreedor frente al incumplimiento	17
1.1.3. Diferencias entre garantías personales y garantías reales	18
1.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA GARANTÍA REAL COMO CONTRATO ACCESORIO.	20
1.3. LA GARANTÍA REAL EN EL DERECHO CIVIL EUROPEO	23
1.4. VIGENCIA DE LOS EFECTOS DE LA MORA EN LA PRENDA EN COLOMBIA: NOVEDADES DE LA LEY 1676 DE 2013.	27
1.4.1. Diferencias prácticas entre prenda y garantía mobiliaria	29
CAPÍTULO SEGUNDO: LA GARANTÍA REAL Y LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS PROCESOS REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN EL DERECHO VIGENTE COLOMBIANO	33
2.1. LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS: CLASES Y REPERCUSIONES EN COLOMBIA	34
2.1.1. Crédito de primera clase	34
2.1.2. Créditos de segunda clase	36
2.1.3. Crédito de tercera clase	37
2.1.4. Créditos de cuarta clase	38
2.1.5. Créditos de quinta clase.	38

2.2. EFECTOS DE LA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: LEY 1116 DE 2006	39
2.3. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN	41
2.3.1. Participación de los acreedores garantizados en los procesos de reorganización empresarial.	44
2.4. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL	46
CAPÍTULO TERCERO: SEMEJANZAS FUNCIONALES Y DIFERENCIAS PRÁCTICAS DE LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL: DERECHO COMPARADO.	49
3.1. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS: CONTEXTUALIZACIÓN	49
3.2. PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN EL MARCO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA.	52
3.3. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN EUROPA	58
3.3.1. Procedimiento en España	59
3.3.2. Procedimiento en Francia	61
3.3.3. Procedimiento en Alemania	64
3.4. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN LOS PAÍSES DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA).	67
3.4.1. Procedimiento en Argentina - EE. UU.	69
3.4.2. Procedimiento en Chile	71
3.4.3. Procedimiento en Perú	73
3.5. AVANCES Y RETROCESOS EN COLOMBIA: DERECHOS INTERNACIONALES VS TENDENCIAS INTERNACIONALES.	82

3.6. LAS GARANTIAS REALES EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN EL ESTADO DE EMERGENCIA.	84
3.6.1. Antecedentes Internacionales del Estado de Emergencia	85
3.6.2. Antecedentes Nacionales del Estado de Emergencia	86
3.6.3. Decreto 560 de 2020	89
3.6.4. Decreto 772 de 2020	90
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFÍA	98

INTRODUCCIÓN

Los sistemas jurídicos se condicionan con base en nuevas formas de relaciones sociales, que luego son impulsadas por el Legislativo para la creación o modificación de nociones legales y su aplicación práctica; por tanto, lo que una institución jurídica en algún contexto histórico tendría un efecto jurídico en particular, actualmente sus consecuencias son más restringidas o amplias: dinamismo jurídico¹. Lo mismo ha ocurrido respecto a la prelación de créditos y su relación frente a las garantías reales, en cuanto a la efectividad de darle mayor respaldo a los acreedores perjudicados ante la insolvencia del deudor, y su carencia de patrimonio frente a inconexas obligaciones incumplidas.

Por tal razón, el Derecho Civil ha impulsado mecanismos necesarios para establecer garantías que respalden las obligaciones pactadas, como derecho dispositivo propio del acreedor, asegurando así los riesgos sobre su patrimonio generados en la celebración de negocios jurídicos: garantías reales. Esta institución ha tenido variaciones en su implementación, validez y ejecución en la medida que el derecho a respondido a nuevas dinámicas comerciales, y ha establecido variables imperativas que rigen frente a las demás circunstancias de legitimidad al momento de exigir garantías; disyuntiva que responde a la interpretación de principios categóricos en el derecho concursal: principio prior in tempore versus el principio par conditio.

¹ Inicialmente el dinamismo jurídico es una expresión de la teoría jurídica positivista propia del estudio del derecho constitucional, especialmente al establecer que los sistemas jurídicos se encuentran en constante reinterpretación. El término dinamismo fue acogido por Kelsen, pues consideraba que las normas se modificaban de acuerdo con el orden lógico de validez (teoría pura del derecho), por medio de una norma de mayor jerarquía; no obstante, esta noción dinámica del derecho evoluciona al papel del juez en el neoconstitucionalismo, al incluir el carácter material de las relaciones jurídicas y la necesidad de reinterpretación de las reglas de acuerdo con la finalidad social y constitucional de eficacia sustantiva. Actualmente, el término dinamismo jurídico es trasladado a las esferas del derecho privado, y el carácter evolutivo del derecho sustancial que tanto el legislativo y las Cortés de cierre establecen sobre un percepto jurídico, determinando límites o garantías adicionales de acuerdo con el desarrollo constante de las relaciones sociales materiales. Al respecto véase: (Nieves, 2013, p. 15)

Vale la pena aclarar que, las garantías en contexto general pueden ser reales o personales. Una garantía personal es, normalmente, la incorporación de una persona distinta del deudor que se obliga a pagar la deuda en caso de que el obligado no lo haga; por ejemplo, en el avalista o la simple fianza.

En cuanto a las garantías reales tiene su fuente inmediata en el Derecho Romano, respecto a las denominadas cauciones de respaldo, inicialmente pactadas de manera verbal bajo la promesa de pagar por parte del deudor; no obstante, se procuró establecer el *nexum*², el cual se generó como relación jurídica personal y física entre acreedor y deudor, en cuanto se ofrecía como garantía su propio cuerpo a cambio de asegurar el cumplimiento de una obligación en particular, lo que posteriormente, se estipuló como garantía personal o de fianza, y al mismo tiempo, el otorgar un respaldo real, denominado fiducia o reserva de dominio, donde el objeto físico garantizaba la deuda a cambio de la tradición temporal. Estos fueron los primeros avances del dinamismo jurídico, que constituyeron actualmente en lo que se reconoce como prenda e hipoteca. (Díaz & Cremades, 2017)

En razón a la definición y fuente histórica anterior, las garantías reales³ se tornan importantes al momento de su exigibilidad, y más aún en el concurso de acreedores que confían en el patrimonio del deudor y la prenda accesoria pactada, por lo que la legislación ha establecido un sistema de prelación en el que se establecen obligaciones de interés primario para satisfacer las necesidades patrimoniales, es en este punto en el que las garantías reales han dinamizado en el proceso de prelación de créditos, especialmente en el avance legal que se ha

² Para Díaz y Cremades (2017) Es considerado que el primitivo y desconocido *nexum* fuera una forma de “garantía real” sobre el propio cuerpo del deudor, e incluso que pudiera haber existido un arcaico “*nexum inmobiliario*”. (p. 410)

³ Es preciso aclarar que, como garantías reales encontramos las tradicionales y que por excelencia es la hipoteca y la prenda (concepto de prenda que aún sigue vigente con la Ley 1676 de 2013), toda vez que ellas han sido las garantías predilectas por los acreedores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones al brindar seguridad; sin embargo, estas garantías tradicionales también se encuentra la propiedad como forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, como por ejemplo la fiducia en garantía, cláusulas de reserva de dominio, el leasing. (Martínez & Ternera, 2011, p. 189)

promulgado en la Ley de garantías mobiliarias⁴, y las identidades de la doctrina al respecto.

En efecto, la investigación que se propone tiene la finalidad de examinar las garantías reales y su evolución conceptual del Derecho en Colombia, afectando a las reglas de prelación de créditos en el Ley 1676 de 2013. Ante este dinamismo jurídico, es ineludible el análisis funcional sobre la aplicación de esta institución jurídica, en comparación con otros sistemas jurídicos de tradición civilista.

Para comenzar, es preciso señalar que se delimita a los avances doctrinales que trae consigo la Ley 1676 de 2013, en la medida que se introduce al orden normativo un nuevo sistema de garantías reales mobiliarias en Colombia, que busca reemplazar el sistema prendario del Código Civil colombiano y el Código de Comercio; pues, esta ley se promovió con el fin de impulsar el acceso al crédito y se dictaron disposiciones sobre garantías mobiliarias con el fin de solucionar el problema que en Colombia se presenta con el Régimen de Garantías y así facilitar el acceso al crédito.

Una evidencia a la evolución normativa de la ley 1676 de 2013, especialmente sobre el derecho prendario, es la estipulación del contrato de garantía mobiliaria como principal, con característica independientes de la relación jurídica de origen, y excluyó prohibición del pacto comisorio y previó que los particulares intervinientes en un contrato de crédito, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y con fundamento en el artículo 822 del Código de Comercio, en virtud del artículo 1602 y 1502 del Código Civil, es posible acordar mecanismos de ejecución extraprocerales eficaces, siempre y cuando se practiquen con capacidad legal y ausente de vicios del consentimiento.

⁴ La Ley 1676 de 2013, introdujo un nuevo sistema de garantías reales mobiliarias en Colombia, que busca reemplazar el sistema prendario del Código Civil colombiano y el Código de Comercio. Esta ley se promovió con el fin de impulsar el acceso al crédito y se dictaron disposiciones sobre garantías mobiliarias con el fin de solucionar el problema que en Colombia se presenta con el régimen de garantías y así facilitar el acceso al crédito.

Es así como, la presente investigación describirá la modernización y dinamismo que ha surtido en los derechos crediticios y las garantías, puesto que han sido tal la importancia para el comercio mundial que se han creado modelos de ley sobre Garantías Mobiliarias por entidades de derecho internacional con el fin de apoyar y masificar su implementación en varios países, un ejemplo de esto es la “ley modelo sobre garantías mobiliarias” de la Organización de Estados Americanos (OEA), junto con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que expidió en el año 2016 su propia ley modelo sobre el tema.

Por lo tanto, es indispensable evaluar los avances y retrocesos, mediante derecho comparado, en la medida que, los países adscritos tanto en la OEA y en la CNUDMI han generado cambios en su legislación, hasta el punto de modificar instituciones antiquísimas del derecho civil y comercial, como es el caso de las garantías reales y la prelación de créditos.

De esta forma, el problema de la investigación que se proponees determinar los avances o retrocesos en materia de prelación de créditos y las garantías reales en Colombia, especialmente en los procesos de restructuración empresarial, mediante un estudio comparado con los sistemas jurídicos civilistas europeos y latinoamericanos, con base en las identidades doctrinales que trajo consigo la promulgación de la Ley 1676 de 2013.

En consideración a todo lo anterior, se plantea como pregunta de investigación: ¿Cómo se aplican las garantías reales en los procesos de reorganización empresarial en Colombia en comparación con los ordenamientos jurídicos de la Unión europea y la Organización de los Estados Americanos? La ruptura o novedad, al resolver el problema de investigación, consiste en definir las garantías reales reconociendo sus antecedentes normativos prácticos, es decir, el dinamismo jurídico que se ha desarrollado, y los avances y retos que se presentan

en la actualidad. Y al mismo tiempo, que se identifica la funcionalidad del derecho en el ámbito internacional, para determinar la eficacia normativa a nivel interno.

En este sentido, la hipótesis que se plantea resolver es que, Colombia tiene un sistema de prelación de créditos acorde con las tendencias internacionales para la exigibilidad de las garantías reales, en los procesos de reorganización empresarial. En la medida que, gracias a los avances en materia de acceso al crédito, como lo es la promulgación de la Ley 1676 de 2013 (Ley de garantías mobiliarias) han establecido nueva doctrina que determina la realidad negocial. Aunado a que, la interpretación jurisprudencial se ha fortalecido, pues en su revisión y control de legalidad ha señalado los criterios dispositivos necesarios para establecer los esquemas de prelación de créditos.

El tema se justifica dado que es evidente que se debe verificar la eficacia de las novedades en el manejo de las garantías reales en los procesos de reorganización empresarial, en virtud de los artículos 50 a 52 de la Ley 1676 de 2013, y su relación efectiva de los acreedores en los procesos concursales, y así determinar si los mecanismos actuales responden a las tendencias internacionales del derecho comercial, y establecer los retos existentes en el sistema jurídico colombiano.

De igual forma, es ineludible el trabajo investigativo, pues se logra esclarecer los límites traspasados por la Ley de Garantías Mobiliarias, y la reinterpretación de las garantías reales dentro los procesos de reorganización, en la validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización y en los de liquidación judicial, como justificativo de promocionar el crédito, especialmente por la afectación de los principios de la universalidad de los bienes afectos a los procesos o de la condición paritaria de los acreedores. Ahora bien, es ineludible el estudio del dinamismo jurídico dentro de las relaciones jurídicas privadas, pues se comprenden enfoques teóricos actuales sobre el derecho, y la traslocación de la semántica de las nociones jurídicas, de acuerdo a las condiciones sociales y

económicas, que impulsan a generar rupturas a clásicos conceptos prescritos en la Ley, otorgando un papel fundamental al Juez como intérprete y creador de doctrina, y al sistema legislativo, como el encargado de promulgar normas que responden a la realidad material.

Conforme lo anterior, se traza como objetivo general analizar la garantía real en el proceso de reorganización empresarial, con base en sus antecedentes jurídicos y estudio de derecho comparado con Chile y Perú. Para ello, se busca dar respuesta a través de tres objetivos específicos los cuales son: *Describir y contextualizar la institución de garantía Real en el ordenamiento jurídico colombiano, desde sus antecedentes y evolución conceptual; Observar las reglas de prelación en los procesos de reorganización empresarial, y su aplicación de la garantía real, en consideración a la normativa procesal vigente y por último Examinar por medio de derecho comparado, las semejanzas funcionales y diferencias prácticas con la aplicación de las garantías reales en los procesos de reorganización empresarial, con base en los sistemas jurídicos en los Estados de la unión europea y los países miembros de la Organización de Estados Americanos.*

A partir de los anteriores, se espera evidenciar que el sistema jurídico colombiano se encuentra en constante evolución, tanto que ha permeado las tendencias internacionales en asuntos civiles y comerciales, que anteriormente se consideraban estáticos, esto con el fin de incentivar la economía.

De la misma manera, se espera describir los avances existentes respecto a la institución de garantía real en Colombia, y aportar al debate académico en la importancia del derecho concursal como guardián de los negocios jurídicos, en el incumplimiento de las obligaciones. Aportando criterios que permitan una mayor efectividad a lo estipulado en la Ley 1676 de 2013.

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES: CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL.

La Ley 1676, sancionada por el presidente Juan Manuel Santos, por medio de la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. Sin embargo, antes de abordar este tema, se profundiza en el modelo interamericano sobre garantías mobiliarias, puesto que este sería el referente internacional, difundido en la sexta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, la cual se llevó a cabo en la sede de la Organización de Estados Americanos (OEA), en el año 2002, bajo la cual se incluyó la cuestión de los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias, comerciales y financieras internacionales, que culminaría con la adopción de la ley modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. (Delgado, Delgado Menéndez, Lincoln, & Sánchez, 2006, págs. 484 - 512)

La ley modelo se rige por los siguientes objetivos, que fueron acordados por la Comisión asignada al tema desde un principio:

- “a) facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación al máximo posible del espectro de bienes que pudiesen construir una garantía (a este aspecto refiere el Artículo 4);*
- b) simplificar los procedimientos de constitución de la garantía mobiliaria procurando el abaratamiento de costos (a este aspecto refieren los Artículos 5 a 9);*
- c) estandarizar los aspectos documentales y registrales concernientes a las garantías (a este aspecto refieren los Artículos 35 a 46);*
- d) estandarizar los aspectos documentales y registrales concernientes a la garantía (a este aspecto refieren los Artículos 35 a 46);*
- e) asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios previsibles y detallados sobre el orden de prelación de las garantías (a este aspecto refieren los Artículos 47 a 53);*
- f) procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante (a este aspecto refieren los Artículos 54 a 67)”(Organización de Estados Americanos, 2002, pág. 1)*

Sin embargo, antes de abordar cada uno de los objetivos, se realiza un recorrido desde la teoría general de las obligaciones, la naturaleza jurídica de la garantía real como contrato accesorio, como Derecho civil europeo y finalmente la vigencia de los efectos de la mora en la prenda en Colombia de la Ley 1676 de 2013. De esta forma, se plantea un recorrido desde lo internacional a lo nacional, dando una trazabilidad a los antecedentes de la garantía mobiliaria.

1.1. LA GARANTÍA EN LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.

La teoría general de las obligaciones nace a partir de la influencia de las ciencias jurídicas francesa, que influyó en América Latina, con referencia al contrato, categoría *juris* en torno a la cual se ha elaborado su construcción teoría a propósito de la voluntad del sujeto de derecho como origen de relaciones jurídicas. (Ramírez Baquero, 2013)

En este aspecto, el contrato se ve relacionado directamente con la causa de este, sin embargo, es de suma importancia atribuirle a este vocablo un significado uniforme, puesto que, en el ámbito jurídico, la causalidad puede tener diferentes interpretaciones que van desde las concepciones aristotélicas cuya idea más elaborada alrededor de la palabra puede cumplir en el campo del derecho civil en general y en particular en la construcción de los actos jurídicos, los negocios y los contratos.

En este sentido, la palabra *causa* es comprendida en el sentido de fuente de las obligaciones. Es decir, que *causa* es el hecho jurídico que acorde con el ordenamiento jurídico es efectivo para hacer que surja una relación jurídica de obligación entre un acreedor y un deudor.

De allí, que la celebración de un contrato implica una causa, de igual forma debe implicar una garantía, tanto para el acreedor como para el deudor, en aras de

mantener la legalidad y preservar los acuerdos hasta el final, puesto que es está la que se convierte en garante de los términos del contrato y su feliz término.

1.1.1. La garantía en el Derecho Romano

El origen y evolución de las garantías reales en Roma, inicio como el reconocimiento de cualquier mecanismo que permitiera reforzar o facilitar las posibilidades del acreedor de hacer efectiva la deuda, así las garantías pueden ser reales o personales, es decir, una garantía personal es, normalmente, la incorporación de una persona distinta del deudor que se obliga a pagar la deuda en caso de que el obligado no lo haga. Reconocida hoy en día como aval o fianza.

Por ejemplo, para los romanos, existía un modelo arrendatario, denominada colonato, el cual los colonos eran labradores sin tierras propias, o al menos sin tierras suficientes para vivir sólo de ellas, por tal motivo, vivían de la explotación de tierras ajenas en régimen de arrendamiento, el cual tenía como plazo normal de cinco años en los cuales se producía la tierra y se pagaba con dinero, y en épocas posteriores se pagaba con especie. Sin embargo, en la celebración de estos contratos de arrendamiento se pactase adicionalmente que el arrendador tuviera un derecho de retención de los instrumentos que traía el colono consigo para las labores diarias y los frutos recogidos en garantía de pago de la renta. (Churruca, 2015)

Lo anterior, se reconoce como una garantía real, toda vez que funciona como un mecanismo que refuerza la posición jurídica del acreedor en una relación obligacional mediante la afección específica de un bien, al cumplimiento de esta, mediante la constitución de un derecho real. No se trata de una persona que garantice que el deudor cumplirá, sino que un determinado bien, o un conjunto de bienes, quedan directamente vinculados al pago de la deuda, como se expuso anteriormente.

Por consiguiente, las garantías reales experimentaron en Roma una larga evolución, la cual tendría su punto de reconocimiento más alto en el momento en que se desarrolla el *pignus* y la *hypotheca* (Moro, 1998). Probablemente, la sociedad romana, pese a no tener una fuerte actividad comercial no necesita de garantías reales, bastando para la protección del acreedor, las personales, como la *sponsio* o la *fideipromissio*, basadas en el respeto a la palabra dada, aunque se ha pensado que el primitivo y desconocido *nexum* fuera una forma de “garantía real” sobre el propio cuerpo del deudor. (Rodríguez L. , 2003)

Ya, en la época republicana, dieran los arrendatarios agrícolas al propietario de la tierra una hipoteca hasta haber encontrado fiador, como un aseguramiento provisional hasta convertirse en una garantía personal, al punto en que hasta las cauciones procesales eran garantías de este tipo. Con el tiempo, la influencia griega, el desarrollo económico y la sofisticación de la sociedad hicieron que se recurriera al sistema de garantía real.

1.1.2. Las garantías del acreedor frente al incumplimiento

La garantía real que conoció el Derecho Romano fue la fiducia, la cual sigue siendo un mecanismo de aseguramiento real el cual se basaba en la transmisión del dominio de un fiduciante al fiduciario con un pacto de restitución, una vez cumplida la obligación asegurada. El deudor, una vez pagada la deuda, se le facultaba de exigir la restitución del dominio mediante la acción fiduciante de buena fe; figura jurídica que concedía plena seguridad al acreedor, el cual contaba con el dominio de la fiducia, aun así, cuando se producía el impago y, en consecuencia, no se veía forzado a realizar el valor de esta, ni a devolver un eventual sobrante (*superfluum*). En este caso para contrarrestar la dura medida se da una oportunidad de readquisición del dominio por parte del deudor si poseía el total de la deuda durante un año. (Conesa, Martínez, C, & Molina, 2017)

Posteriormente, aparece una función económica similar a la fiducia, sin los inconvenientes de ésta, a través de la figura de *prenda posesoria*, en la cual el pignorante entregaba la posesión de un bien de su propiedad en garantía del cumplimiento de una deuda propia o ajena al acreedor, quien debe restituir la posesión una vez cumplida la deuda. De esta forma, el objetivo de pignorar (*pignus*) era la idea de recibir y pagar todo lo que pudiera ser comprado o vendido, de allí que se pignoraban muebles, inmuebles, a través de figuras como la custodia y/o el comodatario y de igual manera existía la posibilidad de pignoración de derechos reales, créditos e incluso servidumbre. (Rodríguez L. , 2003)

El acreedor no estaba protegido frente a todos (*erga omnes*), sino que, como simple poseedor, puesto que sólo poseía interdictos posesorios, que tenían que cumplirse dentro de ciertos plazos y contra ciertas personas. Más tarde se le confiere acciones contra el bien o el inmueble (*actio in rem*), concediendo la reclamación sobre el bien en garantía (*actioquasiserviana*) (Villareal, 2010). De esta forma, rompe lo que se suponía era el *pignus* para el acreedor, ya que en principio constituía un simple derecho de retención; dado que el acreedor poseía cláusula extraordinaria de la formulación en la que el demandado alega una circunstancia que neutralizan la pretensión del demandante (*exceptio*) frente a cualquier intento del pignorante destinada a recuperar la posesión de bien pignorado.

De esta forma, la garantía en el derecho romano procuro mantener una equidad en cada uno de los participantes del acuerdo, el cual fue uno de los principios que mantuvo garante todos los procesos jurídicos legales que se desarrollaron en esta época.

1.1.3. Diferencias entre garantías personales y garantías reales

Las garantías personales en el derecho romano, como se menciona anteriormente, dejan ver como ellos veían la cosa de otro modo, para ellos la

garantía personal de una o de varias personas era preferible a la garantía real, puesto que todas las series de formularios de contratos los arrendatarios daban al propietario una hipoteca hasta haber encontrado fiador. Por su parte, la garantía real tenía el carácter de provisional hasta que se encontraba una garantía personal (Moro, 1998). La preferencia se explica en la intervención de los fiadores puesto que en ellos hay algo más que una seguridad material, que una garantía de la solvencia del deudor; en esta existe un testimonio de honradez y de moralidad.

De allí que en las leyes romanas prevalecía la preocupación de asegurar varios fiadores para cada obligación, por lo que estos eran por lo general amigos o familiares próximos del deudor, en especial por la preocupación que existía en las leyes puesto que existían varios fiadores en cada obligación. (Schultz, 1960)

De esta forma, en los comicios de Roma un puñado de familias ricas, prestaban a los pastores y artesanos que eran la mayoría de los pobladores romanos y en cuyo caso el crédito consistía simplemente en tratar que la gente pobre no muriera de hambre, y básicamente los préstamos eran de consumo, situación que llevó a los prestamistas a no reclamar más que seguridad personal, debido a que el servicio que prestaban no buscaba más sino su propio interés (Moro, 1998). Adicionalmente, los prestamistas ya contaban con extensos territorios, sin embargo, no contaban con capital ni instrumentos para volverlos productivos, por lo que los pastores y artesanos se convirtieron en una buena fuente de explotación a cambio de su manutención.

Para que esta estructura funcionara, la fianza garantiza a los acreedores que los fiadores (*patrocinador*) interesados en el pago ejercieran presión sobre el deudor, además de ejercer vigilancia y así facilitar sus relaciones de parentesco o de amistad (D'Ors, 1968). En caso tal de que el deudor no tuviera éxito en la actividad, su insolvencia no sería una causal de fraude; y los fiadores podían abandonar el deudor al acreedor que tenía derecho de mostrarse con ellos de

forma inmisericorde. O si ellos, se habían hecho cargo de la deuda podían ejercer control sobre el deudor (*actio depens*) el cual era concedido por la Ley.

Dentro de las garantías personales, la fianza era la forma preferida de garantía al punto que ningún contrato se celebraba sin un patrocinador. Esto debido a que el Derecho romano, era demasiado riguroso con los deudores, opto por dar un beneficio a los fiadores, concediéndoles poder ejercer dominio con los cofiadores. Con el tiempo, se llegó a establecer para aquellos que demostraban insolvencia que los cargos corrieran por parte del acreedor, de esta forma el patrocinador quedaba liberado a los dos años y se impusieron penas a los acreedores que exigían pagos pasado el tiempo límite. Dicho cambio legal, hizo que los acreedores se fueran alejando de las garantías personales y comenzaran a exigir garantías reales. (D'Ors, 1968, pág. 397)

De esta forma, el Derecho romano referente a la garantía real inicio siendo muy limitado, casi pobre y solamente fue utilizado por personas acostumbradas a operar con créditos personales. Esto garantiza al acreedor tener acceso a una propiedad libre, exenta de gravámenes, idea que creció en las mentes romanas de los acreedores, lo que, por consiguiente, llevo a la ruina a muchos pequeños propietarios que se vieron obligados a vender para cumplir con el crédito. De esta forma se empezaron a constituir los latifundios.

1.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA GARANTÍA REAL COMO CONTRATO ACCESORIO.

Las garantías aseguran para el respectivo acreedor el cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, estableciendo una alta expectativa de pago, en este sentido, el tema resulta de particular de los negocios, en el cual las situaciones patrimoniales suelen ser variables, en especial en periodos amplios de tiempo, sea por fuerza de los problemas exógenos de la economía, sea en virtud de las consecuencias endógenas derivadas de la gestión correspondiente. En este sentido, para el deudor su correcto manejo va a depender, no en pocas ocasiones,

que el acreedor logre o no hacer efectivas sus pretensiones, que lo pueda hacer de manera completa y total o sólo parcialmente, y que lo obtenga en un tiempo más o menos corto. (Mendoza, 2005, pág. 197)

Los contratos de garantía ofrecen un respaldo excepcional, es decir que lo normal es que un acreedor deba hacer efectivo su derecho sobre el patrimonio de su deudor, que constituye la prenda general de sus acreedores, es decir, en igualdad de circunstancias de todos los acreedores, sin reclamar el beneficio de ningún derecho para perseguir bienes en poder de terceros. Por su parte el artículo 2493 del Código Civil establece que los acreedores ante el deudor, como regla general, salvo excepciones contractualmente previstas.

Lo anterior, demuestra que quien tenga una garantía deriva generalmente la ventaja de su situación de un negocio jurídico, para que el acreedor se pague en condiciones especiales frente a otras acreencias o sobre bienes o patrimonios particularmente afectados a satisfacer sus pretensiones. En este aspecto, el término “*negocio jurídico de garantía*”, más que de contratos de garantía, es decir que la constitución de las garantías tendrá origen contractual, y no proviene tan sólo de la voluntad unilateral del constituyente. (Vélez F. , 1936)

De esta forma, la división de los contratos en principales y accesorios, tomada del artículo 1499 del ordenamiento civil, se expresa así: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella” (Código Civil, 2020)

De esta forma, se evidencia en el texto anterior, la obligación de restituir, derivada del contrato de prenda, subsiste a pesar de la extinción de la obligación principal y aun del contrato al cual ésta le debe existencia (Ospina & Ospina, 1983). Por consiguiente, hay contratos que producen obligaciones principales y contratos que generan obligaciones accesorias. En este sentido, Bonnacase(1945), señala con

mayor exactitud que la clasificación que se estudia incurre en el error de confundir “los pretendidos contratos accesorios con los derechos accesorios” (pág. 77), luego, según el autor lo accesorio es la obligación del fiador y del deudor hipotecario, ya que la fianza y la hipotecario, debido a que tanto la fianza como la hipoteca pueden garantizar operaciones derivadas de los delitos, por ende, no es correcto decir que los contratos son accesorios de una convención, como se afirma en el artículo 1499, dado que la accesoriedad se puede producir respecto de cualquier obligación con independencia de su fuente(Rodríguez J. , 1960).

Por otra parte, el contrato accesorio requiere para su existencia de un contrato o de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir un accesorio sin lo principal. Asimismo, el ordenamiento civil, que admiten expresamente la constitución de las llamadas garantías abiertas, es decir que es para aquellos que pueden respaldar no solamente las obligaciones previas, sino también compromisos aún no constituidos, indica la posibilidad de que las obligaciones que derivan del contrato accesorio, como el fiador de responder por el compromiso de su fiador o la del deudor hipotecario para atender con el bien hipotecado el cumplimiento de la obligación respaldada, por lo que se crean obligaciones que existen o que pueden exigir aun antes de que se hayan constituido aquéllas de carácter principal (Mendoza, 2005, pág. 202).

Es correcto afirmar que los contratos accesorios, así como algunas disposiciones legales generan obligaciones cuya exigibilidad está, necesariamente, supeditada a aquellas de la obligación principal. Es por ello, que las obligaciones accesorias, que tienen vida propia, con independencia de las principales, por lo que, los contratos de garantía pueden ser considerados en su existencia, en su validez y en sus alcances, así aquellos compromisos que no se hayan constituido previamente.

Por su parte, Messineo(1952), afirmó que los contratos de garantía no son los únicos contratos accesorios, toda vez que, “un contrato de cómputo o de

liquidación es dependiente de un contrato anterior de cuenta corriente o de otros análogos” (pág. 4325). De acuerdo con la afirmación, es posible afirmar que los contratos de garantía son pactos accesorios de otros principales, ya que algunas de las formas jurídicas constituyen una unidad entre la obligación principal y su respaldo.

Por último, los requisitos de los contratos accesorios son prácticamente los mismos que de los contratos principales, es decir, que cada uno de ellos debe contar con: capacidad; consentimiento (libre, informado y exento de error); objeto (posible, determinado, y lícito); causa (suficiente y lícita) y en algunos casos formalidades especiales. (Mendoza, 2005)

Finalmente, la garantía real y el contrato accesorio son formas de proteger el capital o el bien del acreedor, dado que están funcionando en garantía de sus bienes y la recuperación de su capital. De allí que, pese a sus diferencias, jurídicas y legales, finalmente ambas son opciones de garantía de la deuda.

1.3. LA GARANTÍA REAL EN EL DERECHO CIVIL EUROPEO

Dentro del Derecho civil europeo, se debe iniciar con la conceptualización de las garantías, en la modernidad, dado que se ha efectuado un análisis desde el Derecho Romano al respecto de las garantías, sin embargo, para el Derecho Civil Europeo, la garantía se entiende como toda medida de refuerzo que se añade a un crédito para la protección del acreedor quien a partir de la misma, un nuevo derecho para la retención de un bien, en caso de que los pactos del crédito no se incumplan. Por lo tanto, la garantía es un esfuerzo a la responsabilidad patrimonial contemplada en el derecho civil europeo, en definitiva, la garantía real supone la sujeción expresa de uno o varios bienes concretos, muebles o inmuebles, a la satisfacción del interés del acreedor para el caso del incumplimiento de una obligación determinada. Por ello, es válido afirmar que más que derechos reales de garantía se trata de derechos reales de realización del valor del bien gravado.

Teniendo en cuenta lo descrito, en el derecho europeo se puede identificar que las garantías reales en Europa, en realidad no han sido atemperadas por un trabajo doctrinal o jurisprudencial, se constata los siguientes aspectos: en primer lugar, constituye una fuga masiva de los operadores hacia las garantías personales, por otra parte, la búsqueda continúa de nuevas garantías al margen de los instrumentos tradicionales: el arrendamiento financiero (desde hace ya mucho tiempo) y la reserva de dominio, la propiedad fiduciaria. (Bussani, 2007)

Lo anterior, significó para el derecho europeo que la distinción de las garantías reales, en dos tipos, las garantías formales y las funcionales según Fiorentini(2009), las cuales se han desarrollado para las garantías mobiliarias, luego se tiene en virtud de la misma la prenda (garantía formal) y la propiedad (garantía funcional). De acuerdo con las distinciones presentadas por Fiorentini, se toma como ejemplo la experiencia alemana quienes fundamentalmente aplicaron garantías funcionales, y en contra posición, la experiencia francesa y su reforma a la disciplina de la prenda (garantía formal), por último, el Marco Común de Referencia Europeo (DCFR por sus siglas en ingles) en materia de garantías mobiliarias. (Ulrich, 2007)

La experiencia alemana, durante el siglo XX en dicho país fue desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina a través de figuras de propiedad en función de garantía, para suplir el papel de la prenda con tenencia del acreedor que había sido la única figura de garantía mobiliaria en el código civil alemán (Ulrich, 2007), con una estructura rígida, la cual quedaría insuficiente al momento de dar inicio la revolución industrial, en especial para atender las necesidades del comercio. De allí, que el país abandono la incursión de las garantías sin tenencia del acreedor, para desarrollar una jurisprudencia en la cual la utilización de la propiedad en función de la garantía. (Rodríguez, 2014)

En el caso de Francia, al igual que Alemania, la figura jurídica de su código civil únicamente contemplaba la figura de la prenda con tenencia del acreedor, y de igual forma definieron figuras en las que existía la prenda sin tenencia del acreedor para cierto tipo de bienes. Hasta el 2006, Francia introduce una reforma en materia de garantías mobiliarias, una modernización que buscaba introducir una disciplina que pudiera competir en el mercado de las garantías. (Philippe, 2012)

Esto quiere decir, que el Código Civil cambia radicalmente la naturaleza jurídica de la prenda puesto que pasa de ser un contrato real a ser un contrato solemne, en cuanto necesita constar por escrito para ser válido (Picod, 2013). Asimismo, permite la extensión del ámbito de la garantía y una flexibilidad respecto de los principios, por lo que se posibilita dar en prenda muebles futuros, o un conjunto de muebles, también en garantía de deudas presentes o futuras, siempre que sean determinables. De igual forma, la prenda sobre cosas fungibles, en cuyo caso se autoriza al deudor a enajenarlas y remplazarlas por la misma cantidad de cosas equivalentes.

Otro factor que incidió en los anteriores cambios fue el derecho de prenda que viene a sumarse al número de beneficios que tiene el acreedor. Por este motivo, las prendas sin tenencia del acreedor deben inscribirse en el registro nacional de prendas sin desplazamiento constituido para tal efecto. Por último, los mecanismos de ejecución, se elimina la prohibición del pacto comisorio, buscando garantizar la posición del deudor mediante el avalúo de un perito designado de común acuerdo o por el juez, salvo el caso de los bienes que se coticen oficialmente en mercados organizados.

Entre las principales innovaciones de dicha reforma se encuentra la introducción de una disciplina general de la prenda sin tenencia del acreedor, la cual se suma a la reforma del 2007 de la figura de la fiducia en el ordenamiento jurídico francés. Así el régimen de garantías mobiliarias no solo llevó a una flexibilización de las

garantías formales, sino que impulsó el trámite de una ley que introduciría la figura de la fiducia en el ordenamiento jurídico. (Grimaldi, 2011)

Básicamente, esta norma buscó responder a algunos vacíos que tenía el régimen general. De esta forma, dicha garantía a través de la fiducia poseía características propias, en primer lugar, su forma de constitución como contrato solemne, además de una información obligatoria mínima prevista, debe ser registrada ante el ente de control, aunque este registro no tiene la finalidad de publicidad, sino el control y la lucha contra la evasión fiscal. Esto entre otras protege al acreedor de que el bien fiducia sea vendido a un tercero sin su previo conocimiento. Adicionalmente, dentro de esta información obligatoria al momento de la constitución de la fiducia se incluye la deuda garantizada y el valor estimado del bien o del derecho transferido al patrimonio fiduciario.

Otro aspecto de las modificaciones de la fiducia es que los bienes que conforman el patrimonio fiduciario pueden ser afectados a la garantía de otras deudas diferentes a las mencionadas. Para ello, se estableció una figura de protector de la fiducia para la preservación de sus intereses en el ámbito de la ejecución del contrato, sin embargo, existió un modelo que permitía que el fiduciario sea el mismo acreedor beneficiario, y, por ende, en caso de incumplimiento de la deuda o deudas garantizadas, se autoriza a éste a disponer libremente de los bienes dados en garantía.

Finalmente, se tiene la propuesta normativa en materia de garantías mobiliarias del Marco Común de Referencia, el cual se originó como un documento académico en respuesta a una propuesta realizada por instituciones europeas, en la cual las distinciones es relevante en cuanto en la reserva de propiedad el acreedor que exige la garantía conserva la propiedad de los bienes y solamente entrega la posesión al comprador hasta que la deuda no sea saldada en su totalidad, en los demás casos de garantía sin posesión el deudor deberá transferir la titularidad de un bien al acreedor con el fin de favorecer su derecho real de

garantía. En cuanto a su diferencia con la regulación para cada una de las garantías expuestas como tal no existen grandes diferencias, puesto que el derecho de garantía en un bien mueble confiere al acreedor como respaldo de la deuda denominado como la satisfacción preferente del derecho asegurado a partir del bien gravado. (Ulrich, 2007)

Luego, se regula la creación de la garantía, que determina su propio surgimiento de cara a las partes involucradas, en el cual basta un acuerdo entre las partes para que surja, en la cual se tiene como factor diferencial la oposición de terceros, en caso de que el bien fiduciario no sea propiedad exclusiva del deudor. También, el DCFR regula la oportunidad frente a terceros de garantía, en la que se prevén tres situaciones que generan la oponibilidad frente a terceros: el registro, la entrega de la tenencia al acreedor en caso de garantías con tenencia del acreedor, y en caso de bienes intangibles cuando el acreedor garantizado tenga el control sobre dichos bienes. Todo esto conduce a la implementación de un registro central europeo de garantías, personal y operado electrónicamente y accesible desde internet.

1.4. VIGENCIA DE LOS EFECTOS DE LA MORA EN LA PRENDA EN COLOMBIA: NOVEDADES DE LA LEY 1676 DE 2013.

La prenda en Colombia se define a partir de las disposiciones legales, dividida en civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, de establecimiento de comercio, de acciones, anticresis, de bono de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, de volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, de derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se consideran garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley.

Por otra parte, el Código Civil en su artículo 2409 dispone que el contrato de prenda es aquel que en virtud del cual se entrega una cosa mueble a un acreedor

para la seguridad de su crédito la cual se denomina prenda y el acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

En este sentido, es preciso señalar que, la doctrina, no demuestra todos los perfiles de la prenda mencionados anteriormente; sin embargo éstos se pueden resumir conforme a lo establecido por Bonivento (2002), quien reconoce a la prenda “como un contrato que quiere la entrega de la cosa, que debe recaer sobre bien mueble y que se celebra como seguridad o caución” (pág. 21). La anterior, no limita el sujeto constituyente de la prenda, es decir que el Código Civil no estipula que la prenda es el contrato en virtud del cual un deudor entrega una cosa a un acreedor para la seguridad de su crédito, sino que se limitó a establecer esta como parte del contrato. Adicionalmente, en el mismo código se anota un perfil adicional sobre la prenda que puede ser constituida por un tercero que no tenga calidad de deudor frente al acreedor garantizado.

En este sentido, antes de entrar a analizar el efecto de la mora en la prenda en Colombia, se debe revisar las características del contrato de prenda el cual hasta la Ley 1676 de 2013, resalta su carácter de contrato real, luego desde el punto de vista de las obligaciones surgidas del contrato de prenda civil, se trata de un contrato unilateral, puesto que, una vez se entrega la prenda solo surgen las obligaciones para el acreedor prendario. (Echavarria, 2014)

De acuerdo con la Ley 1676 de 2013, estipula en su artículo 77 que:

“Restitución de tenencia por mora. En los eventos de restitución de bienes muebles objeto de contrato de comodato precario derivado de una fiducia en garantía, siempre y cuando la causal para solicitar la restitución sea la mora del deudor, se procederá de la siguiente manera:

- El interesado deberá presentar, junto con prueba del contrato, solicitud de restitución de tenencia ante las entidades autorizadas para conocer este trámite que señalan en el artículo 64 de esta ley, del domicilio del demandado o del lugar de ubicación de los bienes, con indicación de las partes, y sus representantes, si fuere del caso, lugar de domicilio y de notificaciones, y mención clara y detallada de lo pretendido. Tal solicitud se entenderá presentada bajo la gravedad del juramento.

- Así mismo, deberán indicarse de manera expresa y detallada los valores que se afirman incumplidos y demás sumas adeudadas. De igual manera deberá hacerse una descripción del bien cuya restitución se reclama.
- A la solicitud deberá acompañarse copia del formulario registral de iniciación del proceso de restitución.
- Recibida la solicitud, se señalará fecha de audiencia, la cual deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.
- A ella se convocará al tenedor del bien, remitiéndole copia de la solicitud, del formulario registral de restitución, y la indicación de que deberá a llegar a la diligencia los recibos o acuerdos de pago.
- Si el convocado no concurre se dejará constancia en el acta, y se le concederá un término de tres días para justificarse; si así lo hace, se señalará una nueva fecha para adelantar la diligencia.
- Si el convocado no justifica su inasistencia, podrá el interesado dirigirse a la inspección de policía a solicitar la práctica de la diligencia de aprehensión y entrega del bien cuya restitución se solicita.
- Si el convocado concurre a la diligencia y accede a la restitución se procederá a levantar un acta en la que se consignará la voluntad de las partes de dar por terminado el contrato y realizar por parte del tenedor la restitución del bien, señalándose un plazo o fecha para la entrega, el cual no podrá exceder de tres días siguientes. Este convenio no exime al tenedor o deudor garantizado de su obligación de cancelar los valores adeudados por todo concepto.
- Si llegada la fecha convenida para la restitución el tenedor no hace entrega del bien, el interesado se podrá dirigir a la inspección de policía con el acta, a fin de que se proceda por esta autoridad a realiza la diligencia de aprehensión y entrega.
- Si el convocado concurre a la audiencia y no accede a la restitución ni acredita el pago de lo que se afirma adeudado por él o por el deudor garantizado, se procederá conforma se establece en este artículo.
- Si al momento de la restitución un tercero formulare oposición para la entrega del bien, se agotará el trámite previsto en el artículo 67 de esta ley.” (Ley 1676, 2013)

De acuerdo con lo anterior, es necesario tener claridad en cada uno de los elementos expuestos en los cuales el acreedor y el deudor pueden hacer uso de la restitución de tenencia por mora.

1.4.1. Diferencias prácticas entre prenda y garantía mobiliaria

Las principales diferencias que se encuentran en estos dos conceptos radican básicamente en sus contratos, puesto que no es lo mismo un contrato por prenda que uno por garantía mobiliaria. De esta forma la primera característica del

contrato de prenda “no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor”. (Bonivento, 2002, pág. 52)

De allí nacen dos obligaciones de carácter principal que surgen para el acreedor prendario en virtud del contrato de prenda civil: el primero es que obliga a guardar y conservar la prenda haciéndose responsable del deterioro al que esta sea sometida durante el tiempo de la guarda. El segundo lugar, el Código Civil obliga al acreedor a restituir el bien cuando el deudor satisfaga el crédito, incluido el capital, los intereses, los gastos en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia.⁵⁶

En este sentido y sobre el contrato de prenda, debe indicarse que el contrato es del tipo de contrato accesorio pues requiere de la existencia de una obligación principal, a la cual acceder. Esta nota característica está expresamente sobre la accesoriedad del contrato de garantía es imperativo señalar que este accede a una obligación no a un contrato, incluso pese a que la prenda tiene como objeto garantizar las obligaciones derivadas de un contrato principal al que accede.

Por último, los efectos propios del contrato de prenda, como resultado de ser un contrato accesorio son sometidos a la condición de que en la medida del cumplimiento o ejecución de la garantía solo es exigible una vez verificado el incumplimiento de la obligación principal, los efectos de la prenda se encuentran sometidos a condición suspensiva negativa. (Oviedo, 2009, pág. 452 a 454)

⁵ El artículo 2419, Código Civil. El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda, como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa.

⁶ Artículo 2421, Código Civil. El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda, en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda. Con todo, si el deudor pidiera que se le permita reemplazar la prenda por otra, sin perjuicio del acreedor, será oído. Y si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda, y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada.

Es así, que la posibilidad de constituir la prenda se da a partir de cosas corporales e incorporales, es decir, que las prendas corporales son todas aquellas como vehículos, maquinaria y equipo, hipotecas entre otras, mientras que las prendas incorporales son aquellas que no puede percibirse por los sentidos, lo que ocurre con los llamados intangibles, como el buen nombre entre los comerciantes o la propiedad intelectual. (Ochoa, 2006)

De esta forma, se estipula el derecho real sobre la prenda que le proporciona al acreedor garantizado derechos que dan entidad a la garantía. Estos derechos son la conservación del bien gravado en manos del acreedor, la persecución, la venta y la preferencia.

Por su parte, la garantía mobiliaria de acuerdo con la Ley 1676 de 2013, introdujo un ordenamiento jurídico al sistema de garantías reales mobiliarias que entraría en vigor para reemplazar el régimen de garantías prendarias contenido en el Código Civil y en el Código de Comercio. En esta, se define el concepto de garantía mobiliaria y su ámbito de aplicación, como se refiere en el artículo 3:

“Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía” (Ley 1676, 2013)

En este sentido, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante. Es por lo que, el contrato de garantía mobiliaria a través del artículo 14 de la Ley de Garantías Mobiliarias indica:

“Artículo 14: Contenido Del Contrato De Garantía Mobiliaria. El contrato de garantía debe otorgarse por escrito y debe contener cuando menos:

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

Parágrafo: la suscripción del contrato y sus modificaciones, o de algún documento firmado por el garante en este sentido, serán suficientes para autorizar la inscripción de la garantía mobiliaria en el registro y sus modificaciones posteriores, sin perjuicio de lo establecido en el artículo referido a la prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía” (Ley 1676, 2013)

Otro factor innovador en la Ley 1676 en materia de garantía mobiliaria en materia legislativa al permitir expresamente que el requisito del escrito se cumpla mediante la emisión de datos que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley 527 de 1999 encargada de la certificación de firmas y datos digitales entre otras.

Finalmente, se tiene que las obligaciones surgidas para el deudor y el acreedor garantizando en virtud del contrato de garantía mobiliaria puede darse o no la transferencia de la tenencia del bien mueble al acreedor, es decir que el contrato será unilateral o bilateral. Esto, conforma una diferencia esencial, debido a que, en la regulación de la prenda civil y comercial, las obligaciones de las partes están orientadas, por una parte, a hacer exigible la entrega de la cosa dada en garantía cuando se pacta la tenencia en manos del acreedor, y por otra parte a la conservación de la cosa en interés del acreedor cuando éste no lo tiene materialmente y en interés del constituyente cuando se ha desprovisto de la tenencia en virtud de contrato.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA GARANTÍA REAL Y LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS PROCESOS REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN EL DERECHO VIGENTE COLOMBIANO

En el siguiente capítulo se profundizarán los aspectos relacionados a la prelación de créditos, sus clases y repercusiones en el país, así como los efectos de estos en la reorganización empresarial propuesta por la Ley 1116 de 2006 y como las garantías reales en los procesos de reorganización juegan un papel protagónico a través de los acreedores y los procesos empresariales. Finalmente, se debe realizar el análisis de las garantías reales en los procesos de liquidación judicial.

Antes de iniciar lo referente a las clases y repercusiones en Colombia respecto de la prelación de créditos, es importante resaltar algunas sentencias de la Corte Constitucional que específicamente han puesto de facto situaciones que deben ser consideradas, como por ejemplo la sentencia C-447 de 2015, la cual se pronunció sobre el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013:

“Las garantías reales en los procesos de liquidación judicial. Los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía siempre y cuando la garantía esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme la ley.

Si el valor del bien dado en garantía no supera o es inferior al valor de la obligación garantizada este bien podrá ser directamente adjudicado por el juez del concurso al acreedor garantizado.

De operar el pago por adjudicación, al acreedor garantizado se le adjudicará el bien hasta concurrencia del valor de la obligación garantizada y el remanente será adjudicado a los demás acreedores en el orden de prelación legal.

En todo caso, lo establecido en el presente artículo no aplicará en detrimento de derechos pensionales” (Corte Constitucional Sentencia C 447, 2015)

En este sentido, la prelación legal de las garantías mobiliarias fue resuelta por la institución de la cosa juzgada constitucional. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-447 de 2015, establece que la LGM no modificó el orden de prelación establecido en el Código Civil, y que los acreedores con garantías mobiliarias se

ubicaban en el mismo grado que un acreedor con una garantía prendaria, debiendo respetar los créditos de primera clase antes que excluir y hacer efectiva su garantía en los tramites de liquidación judicial. (pág. 232)

Pese a que diferentes autores, según lo expresa Rincón (2019), “llegaron a manifestar que los artículos de la 50, 51 y 52 debían ser excluidos del ordenamiento jurídico, a través de la declaratoria de inexequibilidad” (pág. 232), aspecto que no se dio, pues la Corte Constitucional en la sentencia C – 447 de 2015 solamente declaro la exequibilidad condicional en los artículos 50 y 51 de la Ley 1676 de 2013 y del artículo 52 un fallo inhibitorio.

2.1. LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS: CLASES Y REPERCUSIONES EN COLOMBIA

La prelación de los créditos es estipulada por cuatro clases, las cuales se exponen a continuación:

2.1.1. Crédito de primera clase

De acuerdo con el artículo 2495 del Código Civil, en el cual la preferencia que se prevé para los créditos de primera clase es general, es decir, estos créditos son los bienes embargables del deudor incluso los afectados a créditos de segunda y tercera clase, como los garantizados con prenda o hipoteca y para los casos en que el crédito no logró ser cancelado en su totalidad, por lo que el saldo continúa afectando la garantía. Lo anterior, es regulado por el artículo 2498 C.C, el cual señala que:

“<Exclusión de créditos entre sí>. Afectando a una misma especie crédito de la primera y crédito de la segunda, excluirán éstos a aquéllos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrá éstos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie, en el orden y forma que se expresan en el inciso primero del artículo 2495” (Código Civil, 2020)

Luego, desprendiendo los créditos de segunda clase, que se examinan a continuación, se excluyen a los de primera; pero si los bienes distintos a los embargados no son suficientes para pagar a los de primera, excluyen los de primera a los de segunda, y estos serán usados para pagar los de primera. En este sentido se establecen diferentes ordenes de prelación para los créditos de primera clase.

Es decir que, si concurren varios créditos de primera clase, se pagarán en el orden establecido en el artículo 2495 C.C, teniendo en cuenta las modificaciones legales y jurisprudenciales que al tema se han realizado, quedando dicha prelación de la siguiente forma:

- *Alimentos debidos a los menores:* La Corte Constitucional en sentencia C-092 de febrero de 2002 señaló que los créditos por alimentos a favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase. Criterio de la jurisprudencia que fue acogido por el artículo 134 de la Ley 1098 de 2006 código de la infancia y adolescencia.
- *Los gastos de administración causados en los trámites de acuerdo de reorganización y liquidación judicial:* el artículo 37 de la Ley 1116 de 2006 hace referencia a cuáles son los gastos de administración. En esa misma Ley se señala en el artículo 71, que dichos gastos tienen preferencia sobre los que son objeto del acuerdo de reorganización o liquidación. Gastos que deben pagarse a medida que se vayan causando, ya que son indispensables para la culminación del trámite. (Velásquez, 2010, pág. 625)
- *Los salarios, sueldos, todas las prestaciones o indemnizaciones provenientes del contrato de trabajo:* La Ley 50 de 1990 dispuso que los créditos correspondientes a salarios o sueldos, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores fueran los primeros en pagarse, contrario a lo que dispone el artículo 2594 de C.C, que los ubica en cuarto lugar en la prelación. Ahora, dados los pronunciamientos jurisprudenciales debe tenerse en cuenta que los créditos debidos por alimentos a menores, hace que tales créditos queden en un segundo lugar y en un tercero si hay gastos de administración derivados de un proceso concursal de reorganización o liquidatario.
- *Las expensas funerales necesarias del deudor difunto. artículo 2507 C.C,* privilegio que sólo cobija las necesarias. Lo que exceda este concepto no es crédito privilegiado.

- *Los gastos de la enfermedad de que haya sufrido el deudor artículo 2616 C.C, facilita que los enfermos sean atendidos por los centros hospitalarios que, en caso de morir, contaran con una causa de referencia.*
- *Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor durante los últimos tres meses*
- *Los créditos fiscales por concepto de impuestos: que se deban a la nación, los departamentos o municipios. (Universida de los Andes, 2020, pág. 5)*

2.1.2. Créditos de segunda clase

Esta clase de preferencia supone el respaldo del crédito con bienes específicos, por lo que se establece el derecho de retención como presupuesto para mantener la preferencia, con excepción de la prenda sin tenencia, que sigue estando en esta clase, aún sin poder ejercer la retención. Al respecto, a lo señalados se tiene que:

“Artículo 2497 C.C, son la segunda clase de créditos pertenecientes al siguiente tipo de personas: el posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de los que se deba por alojamiento, expensas y daños. El acreedor o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor, los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta.” (Código Civil, 2020)

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que la segunda clase comparte algunas prelaciones con la primera clase, se tienen los siguientes ordenes de prelación:

- *Los del posadero sobre los efectos del deudor: recae sobre los objetos que el deudor ha introducido en la posada mientras están en ella, y hasta concurrencia del alojamiento, expensas y daños. Entendiendo por pasadero como cualquier establecimiento que se asimile a una posada. Para tener dicha preferencia es indispensable que el posadero u hotelero ejerza el derecho de retención sobre las cosas introducidas por el deudor en el hospedaje, es decir la preferencia recae sobre los bienes retenidos.*
- *Los del transportador sobre los objetos transportados: por lo que se deba por acarreo, expensas y daños, el transportador sus agentes o dependientes podrán retener los objetos transportados que tengan en su poder y hacer efectivo el crédito por trámite judicial.*

- *Los del acreedor prendario sobre la prenda con o sin tenencia.*
- *Los créditos o valores que por concepto de cuotas hubieren cincelado los promitentes compradores a las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y que se encuentren en procesos de reorganización o liquidación judicial,* El decreto 2610 de 1979 en su artículo 10, al modificar el artículo 21 de la Ley 66 de 1968, que ubicaba tales créditos en 4 clase, señala que “tendrán el carácter de créditos privilegiados de segunda clase en los términos del numeral 3 del artículo 2497 C.C, siempre que la promesa del contrato haya sido válidamente celebrada y el superintendente o su agente liquidador tenga certeza de la fecha de su otorgamiento”. Norma reproducida en el artículo 125 de la Ley 388 de 1997 – *Ley de ordenamiento territorial* –lo particular de esta preferencia es que a pesar de estar el crédito en la categoría de segunda clase su preferencia es general, ya que no hay ningún bien que lo esté respaldando. Según Velásquez (2010), la interpretación que se le debe dar a tan particular norma es que “tales créditos han de pagarse primero que los de cuarta, siempre y cuando sobre dinero de los bienes afectados a la segunda clase”.(pág. 629)
- *Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo conformado en los encargos fiduciarios y contratos de fiducia mercantil:* el inciso 3 del numeral 4 del artículo 38 y el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1116 de 2006, respecto de proceso de reorganización y, el artículo 50 inciso 3 numeral 7 , respecto de proceso liquidatorio, señalan que los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios otorgan la prelación correspondiente a los créditos de segunda clase si se trata de muebles.(Universida de los Andes, 2020, pág. 12)

2.1.3. Crédito de tercera clase

Dentro de los créditos de tercera clase, la hipoteca se hace efectiva sobre el inmueble que está afecto con el gravamen, el artículo 2499 C.C, se afirma que:

“A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores, o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas. Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras en el orden de su inscripción. En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él.”
(Código Civil, 2020)

En los casos de prelación, la hipoteca se hace efectiva sobre el inmueble que está afecto con el gravamen;sin embargo, la ley permite que un mismo inmueble sea

gravado con varias hipotecas, dando origen a las hipotecas de primer grado, segundo grado, y así en forma sucesiva. Orden que se establece según la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. En el supuesto anterior, la preferencia opera según el orden de inscripción, sin importar la fecha de otorgamiento, por lo que el producto de remate se otorgará en ese mismo orden.

Lo anterior, siempre y cuando no exista un caso particular, como por ejemplo, “el caos en los que el inmueble ha desaparecido y opera una subrogación real, en virtud de la cual el objeto reemplazante del inmueble, que es dinero, queda afectado con la preferencia”.(Velásquez, 2010, pág. 636)

2.1.4. Créditos de cuarta clase

Los créditos de cuarta clase están señalados en el artículo 2502 C.C que trata de una preferencia que cubre todos los bienes del deudor, pero que cede ante los créditos de 1ra, 2da y 3ra clase. Para esta clase de créditos el orden de prelación está dado por la fecha de su causación como lo estipula el artículo 2503 C.C, es decir, que dicha prelación corresponde a los administradores por la de su nombramiento; la de los padres por sus hijos por orden de nacimiento; y la de los guardadores frente a sus pupilos por la de su posesión. Respecto a la fecha de los créditos de proveedores de materias prima, la Ley 1116 de 2006 no se refirió a tal fecha, por lo que ha de entenderse en la que surge la relación jurídica, si son de igual fecha, se prorratan.

2.1.5. Créditos de quinta clase.

La quinta y última clase comprende los bienes que no gozan de preferencia. Los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha.

2.2. EFECTOS DE LA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: LEY 1116 DE 2006

La empresa, definida por la Constitución Política (1991) a través del artículo 333 como eje primordial para el desarrollo social, por medio del cual se exige al Estado la obligación de promover la actividad empresarial y remediar las fallas del mercado, mediante la intervención en la economía; medidas incluidas en los artículos 334 y 335 de la constitución, para la reactivación empresarial, en este sentido las cortes del país han resaltado que las acciones de estos decretos no sólo van encaminadas a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que las empresas que presenten iliquidez con el fin de que no lleguen al punto de liquidación de la empresa.

Para ello, la creación de procesos concursales, procesos de carácter universal, que encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor, sea esta persona natural comerciante o empresarial según distingue la Ley 1116 de 2006, vigente a la fecha, la cual coloca diversos factores en estado de insolvencia, sino que busca fundamentalmente, que la empresa se recupere y continúe con su labor social, sin que llegue a la liquidación, es decir:

“se sustituyen los intereses particulares para obtener a toda costa el pago de obligaciones insolutas por otro de interés general, de contenido social, a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas, y continúe con sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad” (Corte Constitucional, 2005)

Quiere decir lo anterior, que el derecho concursal se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa, de acuerdo con el principio según el cual el patrimonio del deudor es prenda general para responder de sus obligaciones con los acreedores, colocando en pie de igualdad a todos los acreedores, de tal forma que todas las deudas sean satisfechas en la misma proporción, con el patrimonio de la persona que se encuentra en un proceso concursal.

Al respecto, Leal (1999), señala que tanto el reconocimiento por parte de la jurisprudencia como los doctrinales, equivalen a un tratamiento equitativo para todos los acreedores que concurran al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre la preferencia y prelación de créditos, con el fin de que no solo persiga la vigencia de la igualdad formal en el trámite concursal y la garantía al debido proceso sustancial. Todo esto, en aras del principio democrático.

En consecuencia, la Ley 1116 de 2006 estableció el régimen de Insolvencia Empresarial y tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, entre otras a través de los procesos de reorganización y liquidación judicial, según se prevé en la misma ley en su artículo primero:

“El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias” (Ley 1116, 2006)

Los acuerdos de reorganización se aplican ante la cesación de pagos y la incapacidad de pago inminente conforme el noveno artículo de la presente ley y tiene múltiples efectos a favor de la empresa, como: la imposibilidad de admitir o continuar la demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor (Artículo 20), la continuidad de los contratos (Artículo 21), la suspensión de la causal de disolución por pérdidas (Artículo 23), la flexibilización de las condiciones de aportes al capital (Artículo 42) y la conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias (Artículo 43), entre otras.

En conclusión, la legislación concursal paso de ser un simple instrumento para el pago ordenado de los pasivos del deudor a convertirse en una herramienta para la

protección de la empresa que se encuentra en situación de insolvencia y que busca mantenerse en pie, permitiéndole continuar con su actividad económica.

2.3. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN

A partir del Oficio 220-091852 del 23 de marzo de 2016, publicado por la Superintendencia de Sociedades en su portal insolvencia.co, se publicó las garantías reales en el proceso de reorganización empresarial, mediante el cual se formuló una consulta en relación con las garantías reales en los procesos de reorganización.

Dicho oficio, parte de cinco cuestionamientos que se presentan en los siguientes términos:

1. *¿Cómo se desvirtúa que el bien mueble dado en garantía no es necesario para el desarrollo del objeto social de la compañía en reorganización?*
2. *¿Cómo se debe presentar la solicitud al juez del concurso?*
3. *¿Puede ser clasificado como un bien garantizado un fidecomiso de administración y fuente de pago?*
4. *¿Puede ser clasificado como un bien garantizado un fidecomiso en garantía?*
5. *¿Cuál es el mecanismo idóneo si la sociedad en reorganización dispone en el inventario que el bien es necesario para el desarrollo social de la compañía, con la finalidad única y exclusiva de no cumplir con la obligación garantizada? (Superintendencia de Sociedades, 2020, pág. 1)*

De acuerdo con el oficio, y en relación con la Ley 1676 de 2013 y el Decreto 1835 de 2015, se hacen las siguientes precisiones:

“j) De conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la ley 1676 de 2016: “A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor sobre bienes muebles o inmuebles necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor” y que hayan sido reportados por el deudor como tales dentro de la información presentada con la solicitud de inicio del proceso; con base en esta

información se dará cumplimiento al numeral 9 del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006.

Los demás procesos de ejecución de la garantía real sobre bienes no necesarios para la actividad económica del deudor podrán continuar o iniciarse por decisión del acreedor garantizado” (Superintendencia de Sociedades, 2020)

En el Oficio 220-050986 (2018), al respecto se realizaron algunas consideraciones sobre los bienes que hacen parte de un patrimonio autónomo en el marco del régimen de insolvencia empresarial. Para ello, la Superintendencia de Sociedades solicita ante la Superfinanciera se le admita con base en la Ley 1116 de 2006 en una reestructuración económica cuya norma de la entidad respecto a los bienes inmuebles que hacen parte del patrimonio autónomo de una fiducia a través del fideicomitente sea el solicitante. (Superintendencia de Sociedades, 2018).

De allí, los bienes que hacen parte de un patrimonio autónomo de una fiduciaria deben ser incluidos en la masa patrimonial del deudor en ley de reestructuración cuando este es el fideicomitente, por ende, con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015⁷⁸, los cuales sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo las cuales emiten un concepto de carácter general.

Adicionalmente, el artículo 43 de la Ley 1116 de 2006 establece que:

⁷ Artículo 14, Ley 1755 de 2015. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los 15 días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

⁸ Artículo 28, Ley 1755 de 2015. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

“En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyen entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas:

1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previsto en los artículos 2497 y 2499 de C.C, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa.

2. Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de gravámenes y garantías durante dicha vigencia, o la constitución de estas, tendrá que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisible, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos.

3. Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la presente ley, para efectos del proceso de liquidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto.

4. Durante la ejecución del acuerdo son enajenados los bienes objeto de la garantía, el acreedor gozará de la misma prelación que le otorga el gravamen para que le paguen el saldo insoluto de sus créditos, hasta la concurrencia del monto por el cual haya sido enajenado el respectivo bien.

5. La constitución, modificación o cancelación de garantías, o la suspensión o conservación de su exigibilidad derivadas del acuerdo, requerirá el voto del beneficiario respectivo y bastará la inscripción de la parte pertinente del mismo en el correspondiente registro, sin necesidad de otorgar nuevamente ningún otro documento y, salvo pacto en contrario, compartirá proporcionalmente el mismo grado de todos aquellos acreedores que concedan las mismas ventajas al deudor. Para tales efectos, las cláusulas pertinentes del acuerdo prestarán mérito ejecutivo

6. La estipulación de un acuerdo de reorganización que amplíe el plazo de aquellas obligaciones del deudor que cuenten con garantes personales o con cauciones reales constituidas sobre bienes distintos de los del deudor, no pone fin a la responsabilidad de los garantes ni extingue dichas cauciones reales.

7. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización, el acreedor que cuente con garantías reales o personales constituidas por terceros para amparar créditos cuyo pago haya sido contemplado en el acuerdo, podrá iniciar procesos de cobro contra los garantes del deudor o continuar los que estén en curso al momento de la celebración del acuerdo” (Ley 1676, 2013)

En este sentido, Veiga (2017), expone como la multiplicación masiva de causa de preferencia ha reducido al mínimo, el espacio de aplicación de la regla de reparto proporcional, ya que la acumulación de causas de preferencia provoca la insatisfacción de un número cada vez mayor de créditos privilegiados, siendo la colisión entre acreedores tanto más aguda cuando menor sea el patrimonio del deudor. (pág. 425 a 430)

Lo anterior, es viable de alcanzar esta función siempre que se eviten la inconveniencia de las normas sobre ejecuciones singulares durante el proceso. Esto significa en cierta forma, el sometimiento de todos los acreedores a la disciplina concursal evitando que el sistema de acciones individuales tiene sobre el valor del patrimonio del deudor (Illescas, 1977). De este modo, la integración total de los acreedores incluidos los garantizados en el procedimiento concursal podría justificarse siempre que permita maximizar el valor del patrimonio del deudor sin que ello comporte un perjuicio de los intereses de aquellos que estén garantizados.

Luego, para que esta función concursal sea justa y lleve a una integración total de los acreedores sin distinción debe idear unos mecanismos que tutelen la posición de los garantizados, pues en su detrimento se tergiversan o violan la función y finalidad de las garantías, beneficiando únicamente a un deudor que pudo ser más o menos indolente en la gestión de su empresa y a unos acreedores ordinarios que simplemente se aprovecharán de la lesión que se provocan en otros acreedores que se preocuparon por asegurar el riesgo de sus operaciones. (Veiga, 2017, pág. 435)

En consecuencia, para integrar a los acreedores garantizados dentro de la función concursal y, por ende, en el procedimiento renunciando a sus prerrogativas, deberán neutralizarse los costes que significa su integración obligatoria en beneficio del conjunto de acreedores ordinarios y del deudor.

2.3.1. Participación de los acreedores garantizados en los procesos de reorganización empresarial.

La participación de los acreedores garantizados en los procesos de reorganización empresarial, son en muchos sentidos vistos como un sometimiento forzoso, en especial en los casos en que el valor de la empresa del deudor es superior al valor de liquidación de los elementos patrimoniales que la integran, si se conservan en

funcionamiento (Beliña, 2011). Luego, en caso de que se opta por conservar el patrimonio del deudor, el que se permita a ciertos acreedores ejecutar individualmente no es un camino adecuado pues, salvo que se les ofrezca algún beneficio para satisfacer el crédito, les basta con ejecutar la garantía y, si esta es necesaria para la conservación de la empresa, la ejecución de esta puede llegar a provocar la liquidación de una empresa eficiente. (Leal, 1999)

En contra parte, si se sujeta al acreedor garantizado al procedimiento y se decide conservar la empresa, debe procurarse una adecuada tutela del valor preconcursal de la cosa objeto de garantía para la satisfacción de sus créditos, pues de lo contrario los acreedores ordinarios se beneficiarán exclusivamente del coste soportado por los garantizados e intentarán conservar una empresa ineficiente. (Barrios & Mantilla, 2006)

Esto no implica que la integración de los acreedores garantizados reporte beneficios al resto de acreedores e incluso al deudor a costa de aquéllos. Por el contrario, el acreedor garantizado debe compensar a estos acreedores del coste de oportunidad que pierden al no ejercer la ejecución separada, para lo cual al menos se les debe reconocer el derecho a percibir lo devengado por intereses causados entre tanto no pueda ejercer las acciones individuales.

De este modo, los acreedores garantizados están facultados para solicitar a los órganos, de la quiebra, la adopción de las pertinentes medidas que aseguren la integridad del valor que les ofrece la cosa objeto de la garantía. Esta medida conlleva la atribución a los órganos del concurso de la potestad necesaria para adoptar esas medidas protectoras de la posición de los garantizados. (Veiga, 2017)

Sin embargo, para que la integración de los acreedores garantizados funcione, es necesario que los órganos concursales no maximicen el valor del patrimonio del deudor, incrementando el valor de la masa activa del concurso en beneficio de los

acreedores ordinarios y sin perjuicios de los garantizados, independientemente de la solución que se adopte, es decir, sea la liquidación o la conservación de la empresa.

2.4. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL

El proceso de liquidación judicial se contempla desde el Artículo 1 de la Ley 1116 de 2006.

“El proceso que viene a sustituir la liquidación obligatoria tiene como finalidad aprovechar el patrimonio del deudor para el pago de acreencias, hasta donde sea posible, culminado con la extinción de la persona jurídica de la deudora. (Ley 1116, 2006)

El anterior, busca la pronta y ordenada liquidación obligatoria que tiene como finalidad aprovechar el patrimonio del deudor. Este proceso se inicia por el incumplimiento del acuerdo de reorganización y/o causales de liquidación inmediata.

En este sentido, la liquidación judicial es la última instancia dentro del proceso de reorganización. Por tal razón se debe lograr que la reorganización del deudor suponga para su reinserción en la vida económica, entendiendo la liquidación como una opción de última instancia. (Garzón, 2015)

Los tiempos para dar por terminado el proceso de liquidación son más breves y el procedimiento garantiza que tales términos se cumplirán, a diferencia de la liquidación obligatoria que suele tardarse mucho más, según la superintendencia de sociedades (2020), es precisamente una de las principales quejas para llevar a cabo un proceso judicial. Sin embargo, las herramientas que ha puesto la entidad para acelerar los procesos de liquidación terminan por favorecer a los acreedores reconocidos evitando sobrecostos en materia de gastos de administración. (Superintendencia de Sociedades, 2020, pág. 6)

De esta forma, los procesos de ejecución incorporados al proceso de liquidación judicial estarán sujetos a la suerte de este y deberán incorporarse antes del traslado para objeciones a los créditos.

El régimen de las garantías mobiliarias en los procedimientos de insolvencia es diferente según si se trata de procedimientos de liquidación. De esta forma los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía, siempre y cuando esta esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias.

Luego, si el valor del bien dado en garantía no supera o es inferior al valor de la obligación garantizada, como se ha expuesto anteriormente, el juez podrá adjudicar directamente el bien al acreedor garantizado. En caso contrario, en que el valor del bien supera el valor de la obligación garantizada, el producto de la enajenación se adjudicará en primera medida al acreedor garantizado y el remanente se aplicará a los demás acreedores en el orden de prelación legal. (Rodríguez M. , 2016)

El acreedor garantizado puede optar por quedarse en el orden con el bien en garantía y pagar el saldo al liquidador para que lo aplique al pago de los demás acreedores. Si, por otra parte, la liquidación por adjudicación, al acreedor garantizado se le adjudicará el bien hasta concurrencia del valor de la obligación garantizada y el remanente será adjudicado a los demás acreedores en el orden de prelación legal. (Aldana, Gómez, & Pinilla, 2017)

Cabe anotar que todo lo anterior se articula con el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 la cual refiere a: las garantías reales en los procesos de reorganización. La cual deja en claro que no puede promover procesos de cobro en contra del deudor sobre bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor,

siempre y cuando así se hayan reportado en la solicitud de admisión al proceso de reorganización.

Las garantías reales en los procesos de liquidación tienen un complejo sistema de seguimiento y acreditación, por lo que los procesos para la liquidación y la reorganización son necesarios para iniciar una parte del proceso, sin embargo, debe tenerse en cuenta varios procesos incluso desde el momento, ya que las garantías deben ser estipuladas desde el contrato, así como el acreedor garantizado. Finalmente, el deudor tiene el alivio de una serie de medidas en las cuales puede beneficiarse de los intereses, y cierto número de aplazamientos o beneficios, en los cuales priman la necesidad básica del deudor entre otras.

CAPÍTULO TERCERO: SEMEJANZAS FUNCIONALES Y DIFERENCIAS PRÁCTICAS DE LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL: DERECHO COMPARADO.

El último capítulo, toma como base lo presentado en los acápite anteriores, centrándose en los procesos de insolvencia y garantías reales, como base del constructo político mundial en materia de garantías mobiliarias para la reorganización empresarial. En este sentido, se evalúan diferentes modelos internacionales a partir del derecho comparado, evaluando similitudes y diferencias con las cuales se pueda establecer un comparativo y así mismo poder tener un amplio panorama de la incidencia en las garantías mobiliarias.

3.1. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS: CONTEXTUALIZACIÓN

En el año 2016 La Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional, en su 49º período de sesiones inspeccionó y certificó la ley modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, emitiendo para su aprobación las resoluciones correspondientes. Sumado a esto, y preocupados por la asimilación de dicha Ley por parte de los países socios, creó e implementó una guía de la incorporación al derecho interno.

Este tipo de Ley hace referencia a las garantías reales adscritas a cualquier tipo de inmuebles, llámese incorporales o corporales⁹. La ley modelo emplea sobre su estructura tres enfoques: el primero el unitario que utiliza un solo concepto base para las garantías mobiliarias; el segundo, es el funcional el cual anuncia que el Modelo se usa a las operaciones que desempeñen fines de garantía; y el tercero, es el enfoque global la cual “se aplica a todos los tipos de bienes, obligaciones

⁹Mercaderías, créditos por cobrar, cuentas bancarias, títulos negociables, documentos negociables, valores no intermediados y derechos de propiedad intelectual, con algunas excepciones, como los valores intermediados. (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2018, p. 72)

garantizadas, prestatarios y prestamistas(Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2016, pág. 1).

La multiplicidad de regímenes y las lagunas e incongruencias es un problema mayor de las leyes relativas a las operaciones garantizadas, dificultad que intenta solucionar la ley modelo. Esta:

La ley modelo contiene una serie de Disposiciones Modelo sobre el Registro (las "Disposiciones Modelo") que pueden incorporarse a una ley o a otro tipo de instrumento jurídico, o a ambos. Las Disposiciones Modelo tratan de la inscripción de notificaciones de garantías mobiliarias en un Registro de acceso público con el fin de hacer oponible a terceros una garantía mobiliaria y proporcionar un fundamento objetivo para determinar la prelación de una garantía mobiliaria sobre los derechos de un reclamante concurrente. Se espera que la ley modelo, al prever un marco legislativo transparente, integral y racional de la financiación garantizada, tenga efectos positivos en la disponibilidad y el costo del crédito, en particular para las empresas pequeñas y medianas de los países en desarrollo (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2016, pág. 1).

Una de las mayores pretensiones de la ley modelo, es poder auxiliar al cumplimiento de los 17 primeros Objetivos del Desarrollo Sostenible; además de avalar la entrada de pequeñas y medianas empresas a la competencia mercantil, y así mismo disminuir los niveles de pobreza.

La ley modelo se basa en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, la Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, el Suplemento relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual y la Guía de la CNUDMI sobre la creación de un registro de garantías reales. En lo que respecta al tratamiento de las garantías mobiliarias en el ámbito de la insolvencia, la ley modelo se remite a las recomendaciones formuladas en la Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y en la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2016, pág. 1).

Así se obtiene una Ley producida desde una organización internacional, la cual pretende dar un lineamiento a nivel macro, que se pueda llegar a aplicar a empresas locales, o empresas con negocios en el exterior, La idea es brindar un marco normativo teniendo en cuenta la Convención de las Naciones Unidas, y a

su vez a recomendaciones generadas por la CNUDMI respecto a operaciones garantizadas y el régimen de insolvencia. La intencionalidad es poder asistir a las diferentes naciones, respecto a cuestiones de tipo jurídico y las correspondientes, prácticas necesarias dentro de convenios trazados bajo la modalidad de garantías mobiliarias.

En algunas de las disposiciones de la ley modelo se indica que todo Estado que incorpore la ley modelo a su derecho interno (el "Estado promulgante") tendrá que decidir qué opción elegir entre varias que se le ofrecen. La Guía para la incorporación al derecho interno tiene también por objeto explicar la trascendencia de las decisiones que se adopten al respecto y, de ese modo, ayudar a los Estados promulgantes a decidir qué opción escoge (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2018, pág. 3).

Las leyes una normatividad que ofrece opciones al país que decida adoptarla, tal como indica la referencia anterior, explayando los alcances de las posibles decisiones que puedan llegar a apadrinar. Se establece entonces, que las reformas de tipo interno que las naciones firmantes pueden llegar a vivenciar se centran en los poderes ejecutivo y legislativo, y estas modificaciones se verían reflejadas legalmente dentro de la legislación nacional.

Como tal, la finalidad de la ley modelo es:

(...) prestar asistencia a los Estados para la elaboración de un régimen legal moderno de las operaciones garantizadas que trate de las garantías reales sobre bienes muebles. Se formuló con el objetivo de aumentar la oferta de crédito financiero a un costo más accesible mediante la creación de un régimen legal eficaz y eficiente en el ámbito de las operaciones respaldadas con garantías mobiliarias (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2018, pág. 4)

Este propósito parte de la idea de que la empresa acreedora o el acreedor tenga la seguridad de que del bien comprometido le permitirá obtener el acatamiento del compromiso garantizado, disminuyendo el riesgo de falta de pago, reflejándose positivamente en la oferta y el costo del crédito. Además, la ley se dimensionó para ayudar y facilitar operaciones y demás, a los países que aún no poseen de

un régimen legal al respecto, pero que lo tienen, pero requieren de modernización y articulación con las estrategias y normatividades de otros países, con los que a veces se difiere en gran medida desde lo jurídico; es tal vez, una estandarización en cuanto a procedimientos legales para el tema de las garantías reales.

Las recomendaciones que se tienen, es que integre esta normatividad hacia la reglamentación interna, siendo lo más fieles posibles a los preceptos¹⁰, con la expectativa de que las naciones que adopten estas medidas puedan obtener ciertas ventajas económicas, la idea es que:

(...) eviten las consecuencias no deseadas que pueden producirse cuando un cambio en una disposición tiene efectos imprevistos en otras disposiciones de la ley, y se beneficien con los efectos favorables de la armonización de su régimen legal de garantías mobiliarias con las leyes de otros Estados (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2014, pág. 22)

La armonización de la ley modelo con la normatividad interna inicia con la inclusión, si no se encuentra, de términos específicos como: institución autorizada a tomar depósitos”, “bien mueble”, “bien inmueble” y “valores”. Sigue con una serie de opciones que va desde elegir la reglamentación que incluirá la ley modelo dentro de su reglamentación interno; y como también, de seleccionar la ley que armonizará la ley modelo con las demás normatividades internas, y así evitar conflictos.

3.2. PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN EL MARCO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA.

Debido a los cambios presentados por fenómenos como la Globalización, entendiéndose esta como un proceso por el cual “se hallan crecientemente integradas las economías del mundo, en particular a través del comercio y los

¹⁰ Esto no priva a los Estados promulgantes de la flexibilidad que puedan necesitar, ya que la ley modelo ofrece opciones y deja varias cuestiones a criterio de cada Estado promulgante. (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2018, p. 22)

flujos financieros, pero también a través de movimientos de personas y conocimientos.” (Fanjui, 2020, pág. 1), las economías debieron transformarse para ser cada día más abiertas y sin mayores oposiciones, permitiendo así mismo, niveles de comunicación de tipo universal, pero también intangibilidad en límites éticos y legales.

Este fenómeno, se comenzó a impulsar desde noviembre de 1989, y tras una década después de ello, se presentó una crisis económica que tuvo su primer impacto mundial conocida como la “Burbuja de las DotCom”, o tecnológica que “fue causada por una excesiva especulación en el precio de las acciones de empresas de internet, llamadas en aquella época Dotcom” (Asenio, 2012, pág. 11).

Básicamente a partir de los años 90’s, comenzó el auge del uso de las tecnologías, ya que, para esa época, se estaba tecnificando todo, y ya casi no existían bases de datos, y funcionamientos económicos y financieros de tipo manual; ya que los computadores facilitaban todos los procesos. Eso produjo un crecimiento de empresas de software, las cuales a su vez llamaron la atención de las llamadas Venture Capital; los valores de las empresas tecnológicas fueron incrementando y con la llegada del internet, las acciones en la bolsa de estas empresas comenzaron a aumentar. Pero del año 95 al 2000 hubo un crecimiento exponencial de los valores tecnológicos; pero así como subió, así mismo bajo “Las consecuencias de lo ocurrido dejaron a un país afectado que comenzó por buscar a los culpables de lo ocurrido saliendo a la luz numerosos escándalos contables de empresas tecnológicas que habían inflado sus ingresos para aumentar su cotización” (Asenio, 2012, pág. 13).

La segunda crisis fue la conocida como la *Crisis de las Hipotecas Sub-Prime o Hipotecas Basura* “Eran hipotecas basura porque se concedieron a personas que tenían trabajos basura: malas condiciones sanitarias, carencia de seguro médico o violaciones de la legislación, como cobrar por debajo de los mínimos legales.

Mientras el mercado de la vivienda crecía sin sentido, parecía un negocio rentable” (Pozzi, 2017, pág. 1). Este tipo de crisis causó la desaparición del banco de inversión Bear Stearns, los fondos de BNP Paribas, los bancos hipotecarios de EE. UU y de la mayor aseguradora del mundo, AIG.

Con los ejemplos de crisis anteriores, se da un marco general de lo que puede llegar a producir la motivación de apertura de mercados a nivel internacional; debido a que como puede generar grandes ganancias, también puede adquirir obligaciones financieras a nivel internacional que a largo o corto plazo originan situaciones de no pago de este tipo de compromisos, no solo en el país de origen, sino en todos los que pueda llegar a tener algún tipo de negocios.

Cuando este incumplimiento es generalizado y el patrimonio del deudor insuficiente para atender todas las reclamaciones, tienen lugar los procesos de insolvencia los cuales son objeto de un fuerte debate sobre su función: un grupo sostiene que estos deben centrarse en proteger el crédito, mientras que otros señalan que deben proteger los intereses generales como la empresa y la generación de empleo (Ramirez, 2015, pág. 3).

Lo anterior, atiende al concepto de insolvencia transfronteriza, dirigido hacia las personas o empresas que son deudoras en tierras que no son su país de origen; esta también se define como:

(...) el fenómeno esencialmente económico que se presenta cuando un deudor incurre en situación de insolvencia y tiene bienes en más de un Estado, o cuando algunos de los acreedores de dicho deudor no son ciudadanos del Estado en el que se inició el procedimiento de insolvencia (Wilches, 2009, pág. 164)

Este término abarca circunstancias, hechos y situaciones como:

El termino insolvencia pretende englobar y comprender todas las situaciones de incapacidad o de impotencia patrimonial de una persona física o de existencia ideal (“el deudor”) para hacer frente con modos y medios ordinarios a las propias obligaciones, situación que se pone de manifiesto por incumplimientos u otros hechos exteriores (Vásquez, M y Ángel, A, 2011, pág. 149).

Por ende, este tipo de situaciones llamó la atención de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas que por medio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil (CNUDMI)¹¹, desarrolló una regulación orientada al tema de la Garantía Real a través de la ley modelo. La CNUDMI, ha venido trabajando para poder articular normatividades entre los países aliados, a partir de ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta investigaciones y análisis de estos y de figuras jurídicas que regulan la insolvencia transfronteriza.

Ahora bien, explicando más profundamente este fenómeno se tiene que los créditos; para evitar el riesgo que conlleva el préstamo se ha generado un Sistema de Crédito Garantizado (Ramirez, 2015, pág. 3), pensado en que sea un ahorro para el que presta. Sin embargo, este sistema no cubre completamente los incumplimientos por parte del deudor, sobre todo cuando el incumplimiento ya ha tenido un periodo de tiempo bastante largo, y los bienes del deudor no cubren. Produciendo que tanto el sistema de garantías como la insolvencia sean factores concluyentes para observar la hondura del mercado de crédito.

A lo anterior “La LGM es una reforma encaminada a fomentar el acceso al crédito al reducir los costos asociados por el riesgo de incumplimiento” (Bonnecase, 1945, pág. 3); frente a las políticas internas de cada país, los cambios que trae este tipo de Leyes son bastante sustanciales y pueden llegar a generar conflictos en el sentido legal, sobre todo en el caso del acreedor menor.

La ley modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza surge como un proyecto bajo la solicitud de algunos jueces en el marco del Octavo Coloquio Judicial Multinacional CNUDMI/INSOL International/Banco Mundial, celebrado en

¹¹ la CNUDMI se ha convertido en el órgano jurídico central del Sistema de Organizaciones de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sin fecha. Origen, mandato y composición de la CNUDMI). (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2016, p. 35)

Vancouver (Canadá) en 2009; la sugerencia se tomó y se trabajó conjunto a los jueces y profesionales expertos en el tema de la insolvencia. La propuesta fue expuesta ante la Comisión en julio, y aprobada en diciembre de 2009.

En el Marco contextualizado de La ley modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, pero con relación a la Prelación de créditos, este modelo indica en su artículo 13 lo siguiente:

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] 1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a [indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes), y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes¹² cuando el crédito equivalente en el país (por ejemplo, una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tenga una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes] 2 (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2014, pág. 65).

Así que se orientan bajo el principio de igualdad, otorgando al extranjero las mismas condiciones que un nacional, teniendo excepciones adscritas lo estipulado internamente por cada país en el término de insolvencia. Sin embargo, hay que acotar que la prelación de créditos, que tiene que ver con que ninguna entidad financiera pueda aprovecharse de que el deudor tenga bienes dentro de su institución, para pagarse, pasando por encima de los otros acreedores; en este caso, la prelación se da con relación a las empresas nacionales frente a las extranjeras, teniendo igual de condiciones, con niveles diferentes de prelación dependiendo de las mismas disposiciones de cada país, y teniendo en cuenta el tipo de créditos prevalentes en el país; es decir, “no podrá asignarse a los créditos de los acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los créditos ordinarios

¹² El cobro de los créditos subordinados se realiza en último lugar detrás de los créditos privilegiados y de los créditos ordinarios. Los créditos ordinarios son aquellos que no se consideran privilegiados ni subordinados. (Goldenberg & Gurra, 2017, p. 1)

sin garantía” (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2014, pág. 66)

Así que, lo anterior procede a un terminado procedimiento de insolvencia en donde se inicia la notificación a la empresa extranjera para que exponga sus respectivos créditos, teniendo en cuenta las exigencias de la Ley de Foro. Además de la prelación de extranjeros con nacionales, también se puede presentar el caso de que dos o más empresas extranjeras sean acreedores del mismo deudor, a ello la ley modelo sobre Insolvencia Transfronteriza establece que:

Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros En los casos contemplados en el artículo 1, cuando se siga más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal procurará Primera parte. Ley modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza 17 que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27 (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2014, pág. 16)

De este modo, esta ley dispone que entre empresas extranjeras no habrá preferencia, la prelación en este caso se verá irradiado en “en el requisito de que toda medida que se otorgue en favor de un procedimiento extranjero no principal (esté ya otorgada o por otorgar) sea compatible con el procedimiento extranjero principal” (Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional, 2014, pág. 113). Se resalta, que el procedimiento de insolvencia se desarrollará tan pronto se compruebe que el deudor es insolvente, o en el caso de que se presente algunas características tal como el no pago de las deudas en periodos consecutivos.

Para finalizar, el proceso de insolvencia llevado a cabo por lo establecido por la ley modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, bajo la prelación de garantías, establece un curso que ha de ser llevado por lo países que lo acogen, sin mayores modificaciones, pero armonizando las leyes internas establecidas. La prelación se dará a las empresas extranjeras en igualdad de condiciones teniendo

en cuenta ciertas condiciones, pero estas no podrán actuar hasta que no exista la notificación de que el deudor por una u otra razón es insolvente.

3.3. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN EUROPA

La Unión Europea en aras de reforzarse monetaria y económicamente, estableció un integrado sistema financiero reforzándose ante eventos desfavorables, facilitando el tránsito transfronterizo de peligros desde lo privado, evitando al mismo tiempo, la asunción de estos riesgos por parte del sector público. Las crisis económicas acontecidas en varios periodos de tiempo hicieron que los bancos acreedores tuvieran grandes dificultades para reembolsar sus préstamos, y en general la existencia de estos de tipo dudoso, que resultan bastantes riesgosos ya que producen pérdidas y rentabilidad. A esto, las Pymes también resultaron con grados de afectación, debido a la disminución de préstamos supremamente necesarios para estas, influenciando negativamente en su posible expansión y por tanto en la adjudicación de empleo.

Teniendo en cuenta el contexto anterior, en el año de 2017, el Consejo Europeo a través de la Comisión decide aprobar el «Plan de acción para hacer frente a los préstamos dudosos en Europa», el cual instituye un planteamiento global alrededor de un conjunto de medidas que se estructuran en 4 áreas:

i) supervisión y regulación bancarias; ii) reforma de los marcos de reestructuración, insolvencia y cobro de deudas; iii) desarrollo de mercados secundarios para activos devaluados; y iv) fomento de la reestructuración del sistema bancario. Se debe actuar en estos ámbitos a escala nacional o a nivel de la Unión, según proceda. (Fiorentini, 2009, pág. 77)

Se contempló una mayor incidencia de alguna de estas medidas en las periódicas evaluaciones de riesgo que hacen los bancos, al asignar los préstamos; así mismo, otras medidas provocaron un mayor reconocimiento y un mejor manejo de

los préstamos dudosos, aumentando el valor de mercado de dichos préstamos. Estas medidas se coordinan entre sí, no siendo aplicables por separado, ya que no tendrían mayor efecto.

A continuación, se establecen las garantías reales en los procesos de insolvencia empresarial en Los Países Europeos de España, Francia y Alemania, observando estructura, manejos y normatividades ligadas a ello.

3.3.1. Procedimiento en España

A través de la Confederación Española de organizaciones Empresariales, se establece para España un procedimiento dirigido a las empresas en caso de insolvencia económica, y dispone una serie de sugerencias y orientaciones normativas para los gerentes de estas instituciones. Además, esta conecta con leyes como la Ley Concursal, que dispone de estipulaciones para poder evitar defectos del sistema, por duplicidad de procedimientos de tipo concursal.

Retomando, la Ley Concursal, dispone de preventivas “como la suspensión de pagos y el procedimiento de quita y espera, de presupuestos objetivos poco claros y, por tanto, de límites muy difusos respecto de aquéllas” (Ley 22 Concursal, 2003, pág. 4). Esta Ley manifiesta que:

La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación (Ley 22 Concursal, 2003, pág. 6).

Así que aquí, se estipulan cláusulas, como se mencionó respecto al tema de insolvencia. Más específicamente, son los Capítulos III, titulado “Del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia” y el Capítulo IV “De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia”. Además, esta Ley Concursal “impone la obligación de solicitar la declaración de concurso en caso de situación de insolvencia (a los dos meses de conocerla o de haber tenido conocimiento de esta), ello no es así en caso de insolvencia inminente” (Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 2017, pág. 12). Es recomendable presentar la solicitud para manifestar la insolvencia, para así mismo poder disponer de preparar el concurso.

Respecto a la garantía real, la ley concursal dispone que “naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado” (Ley 22 Concursal, 2003, pág. 5). También se expresan en la Ley Concursal, algunos beneficios que tienen los firmantes de garantía real, como en el caso del artículo 6º de este, correspondiente a “Comunicación de negociaciones y efectos”, y que especifica lo siguiente:

Lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado (Ley 22 Concursal, 2003, pág. 19).

Así que es como una especie de blindaje, ante los mismos procesos judiciales existentes, amparando de esta manera, la inversión por así llamarla, para los acreedores, empero, “los acreedores con garantía Real no pueden iniciar la ejecución sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad hasta que se apruebe un convenio o trascurra un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación”(Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 2017), lo anterior no contradice lo expuesto por la Ley Concursal,

solo estipula unos límites sobre los bienes, en este caso específico, los bienes que son primordiales para la actividad dentro de la empresa, hasta que se surta todo el proceso correspondiente a la insolvencia.

3.3.2. Procedimiento en Francia

Dentro de la normatividad francesa, las garantías reales en el Código Civil Napoleónico se denominan bajo el término “nantissement”, se autorizaba desplazamiento de la posesión:

(...) lo definía como contrato por el cual un deudor entrega una cosa a su acreedor en garantía de la deuda (antiguo art. 2071 Cc). El “nantissement” podía ser de dos tipos: prenda (gage), si recaía sobre bienes muebles, o anticresis, si gravaba cosas inmuebles. Así pues, la “gage” era la única garantía real mobiliaria contemplada inicialmente por el Code civil (Arana, 2012, pág. 13).

Dentro de la historia de este concepto en la normatividad francesa, finalizando el siglo XIX, el desarrollo de garantías mobiliarias convencionales próximas a la prenda se dio a partir de la asistencia de la práctica francesa, que incluía la garantía de créditos, comúnmente designada como “nantissement”. Se llegó a consagrar algún número de prendas, sin desplazamiento por medio de leyes especiales y, finalmente, la Ordonnance de 2006 que se incorporó al Código Civil (Arana, 2012, pág. 13).

Esta última reforma, ha sido una de la de mayor relevancia en la historia normativa de Francia y de su código civil; debido a que antes de esto, no había existido un replanteamiento de todo el sistema de garantías, esto a través de la denominada Ordonnance de 23.03.06 y 30.01.09, se establecieron cambios sustanciales en el código, en cuanto a garantías mobiliarias a través del régimen jurídico de las ya existentes, y creando algunas más al respecto.

La regulación de las garantías mobiliarias quedó establecida dentro del Código Civil, a partir del artículo 2329, las cuales quedaron definidas como:

a) los créditos privilegiados, generales y especiales, sobre bienes muebles (arts. 2332-1 a 2332-3 Cc); b) el derecho de prenda, distinguiendo entre prenda sobre bienes corporales, a la que denomina “gage” (arts. 2333 a 2354 Cc), y la prenda sobre bienes incorporeales, a la que designa con el término “nantissement” (arts. 2355 a 2366 Cc); c) la reserva de dominio sobre bienes muebles (arts. 2367 a 2372 Cc); d) la cesión de la propiedad de bienes muebles en garantía, o fiducia-garantía (arts. 2372-1 a 2372-5 Cc) (Arana, 2012, pág. 14).

A partir de la reforma mencionada, se estableció la admisión de la prenda sobre bienes muebles incorporeales y sin desposesión del deudor, además del reconocimiento de la validez del pacto comisorio y la supresión del aviso al deudor como parte de está. Sin embargo, el carácter accesorio de la prenda se mantuvo.

Con estas modificaciones, se presentó disminución de la eficacia de las garantías reales, debido a la apertura de un procedimiento colectivo contra el ciudadano (sea o no el deudor), variando su influencia dependiendo de la modalidad de garantía de dichos procedimientos. La reforma fue una medida tomada debido a las consecuencias negativas que trajo consigo el derecho francés en cuanto a la competitividad; convirtiendo los ordenamientos jurídicos más seductores para el inversionista extranjero, básicamente causado por las garantías alemanas y anglosajonas. Por lo anterior:

Frente a estos sistemas, ¿cuál era la realidad del sistema francés? Puede responderse: un sistema poco amigable para el acreedor. Obsesionado por la protección del tráfico y de la responsabilidad patrimonial general del deudor, las garantías reales han estado siempre en Francia rígidamente organizadas, sobre la base del denominado principio de especialidad y de esquemas típicos que colocan al acreedor en posición débil, porque la mínima desviación de los tipos legales lo deja privado de su garantía real (De Cores, 2007, pág. 80).

Legislativamente existió una desconfianza por parte de la legislación francesa en cuanto a las garantías reales; estableciendo normativamente los rangos de crédito a aplicar y no delegados a particulares; ya que se consideraba como una forma de romper la igualdad.

Volviendo al tema de la Garantía Real en Francia, esta consagra la guarda de dominio y la entrega de la propiedad como respaldo; estas garantías ubican al demandante en una posición exclusiva “sobre la cosa gravada, mediante la utilización del derecho de propiedad con fines de aseguramiento” (Dupichot, 2009, pág. 17)

(...) se asiste hoy a la sustitución de estas garantías por las basadas en técnicas primitivas, como la transmisión de la propiedad al acreedor o la retención por éste del dominio sobre bienes transmitidos al (2006, pp. 17 y ss.). El renacimiento y auge de estas técnicas de aseguramiento del crédito se debe fundamentalmente al debilitamiento de las garantías reales clásicas en caso de insolvencia del deudor, ya que el derecho de preferencia que éstas conceden al acreedor se ha visto notablemente excepcionado por las normas sobre procedimientos de ejecución colectiva (art. 2287 Cc) (Arana, 2012, pág. 14).

Como una forma de impedir la concurrencia, los solicitantes de la deuda se orientan hacia las garantías reales soportadas en la retención o transmisión de la propiedad de los bienes, ya que existe exclusividad para ellos, sobre los bienes adeudados. Una de las dificultades presentadas, es que los bienes del deudor tienden a su extinción en manos de un solo acreedor cuando son varios; sin embargo, facilitan afanar al deudor, ubicándolo en una situación de insolvencia.

Ahora bien, si el deudor contrae o manifiesta su insolvencia en el desarrollo de una actividad empresarial sea cual sea su razón social, o persona natural o jurídica, se le presta el Código de Comercio, puntualmente las normas respecto a “empresas con dificultad”; a diferencia de las personas naturales o físicas, cuyas deudas son causadas por sobre endeudamiento, se dirige los procesos por el Código de Consumo. Entonces, las reglas que surgen y se modifican, se han generado para poder actualizar las normatividades existentes, y ejercer la protección adecuada a los acreedores:

El Derecho de procedimientos colectivos y el Derecho de garantías fueron reformados en el ordenamiento francés con menos de un año de diferencia. El primero, a través de la Ley de empresas en dificultad, de 26.07.05; el segundo,

mediante la Ordonnance de 23.03.06. El principio general que rige la colisión entre sendas normativas se recoge en el vigente art. 2287 Cc, conforme al cual, las normas del Código Civil sobre garantías no impiden la aplicación de las previstas para los supuestos de procedimientos colectivos.

Sin embargo, existe un grupo de normas que deroga el derecho común y como consecuencia limita la protección al acreedor que las garantías reales deberían generarle. Ya entrando en materia del proceso judicial, se tiene que los procesos de tipo colectivo¹³, se logran ejecutar sin que exista un aviso previo o proceso de conciliación, y son los tribunales mercantiles los que desarrollan dichas diligencias, en el caso de deudores comerciantes.

La sentencia judicial que ordene la apertura de cualquiera de estos procesos designará los órganos encargados de gestionarlo (...) En caso de apertura de un procedimiento de rehabilitación o de liquidación, la sentencia puede establecer la fecha de inicio de la insolvencia en una fecha anterior (art. L631-8 Ccom), en cuyo caso, el período comprendido entre ambas fechas es denominado "périodesuspecte" (Arana, 2012, pág. 11).

Así que la insolvencia se puede llegar a apreciar como parte del proceso de garantía real, y se establecen unas pautas específicas para desarrollar, en el momento de la declaración de insolvencia, que puede acaecerse con procesos de conciliación, o no. También se observa, a través de Arana (2012), una preocupación por parte del gobierno francés, por brindar protección a los acreedores, tanto nacionales o extranjeros, para fomentar la inversión dentro del país.

3.3.3. Procedimiento en Alemania

Por último, se tiene otro caso llamativo en lo correspondiente al tema a tratar y es el respectivo a Alemania; así se tiene que en el siglo XX en dicho país las figuras de la reserva de propiedad y de la transferencia de la propiedad en función de

¹³ de sauvegarde, redressement y liquidationjudiciaire

garantía se desarrollaron por la jurisprudencia y la doctrina, realizando unos ajustes para remplazarla:

(...) el papel de la prenda con tenencia por parte de que había sido la única figura de garantía mobiliaria incorporada en el Código Civil alemán con una estructura rígida, que a partir de la revolución industrial se demostró insuficiente para atender las necesidades del comercio. Por estos motivos, Alemania dejó de expedir leyes que normalizarían casos de prenda sin tenencia del acreedor, entonces se decidió por el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la utilización de la propiedad en función en garantía, fruto de la autonomía privado” (Dronbing, 2004, pág. 6).

Entonces, se manifiesta que en este país se empleó por muchos años, la prenda con tenencia, lo que significaba que prácticamente se tenía que esperar a que el deudor tuviera la posibilidad o la voluntad de pagar; es decir, el acreedor poseía el derecho a la prenda prometida hasta que esta fuera entregada. Por tanto, esto no era una verdadera garantía, y en su derecho civil, Alemania transformó este designio, y cambió ya al empleo de la propiedad como una garantía más tangible.

Ya con respecto al sistema de insolvencia en Alemania, esta se encuentra representada bajo La Ley de Insolvencia del año de 1999, con modificación en el año de 2001 reemplazando al Código de Quiebras y Suspensiones y a la ley sobre Ejecución Colectiva representativa de los Estados Federales, ocasionando así una unificación de criterios y normativa (Braun, 2002, pág. 315). Esta tiene como objetivo:

(...) es la creación de un marco legal que conduzca a una gestión de insolvencias económicamente eficiente y que combine los principios tradicionales de la Ley de insolvencia alemana con los siguientes principios de la norma equivalente estadounidense: prioridad de los intereses y reorganización del deudor. Es decir, la satisfacción de las demandas de los acreedores a través de la ejecución total de los activos del deudor (Braun, 2002, pág. 315).

Así que lo que la Ley Alemana procura, como tantas otras, es la protección de los intereses del acreedor, visualizado en un macro legal coherente que verdaderamente apunte a dar pautas para el respectivo proceso de insolvencia a seguir. Dentro de la reglamentación mencionada, en su segundo título *Trámite del*

procedimiento de insolvencia en el caso de empresas insolventes. Procedimientos ordinarios, se consolida que:

II.5.1.- Demandas de insolvencia Según el § 28, el auto de apertura incluirá un requerimiento a los acreedores para que insinúen sus créditos ante el administrador en un plazo mínimo de dos semanas y máximo de tres meses a partir de la publicación del auto. Los acreedores deben informar al administrador sobre cualquier derecho de garantía que tengan constituido sobre cosas muebles o derechos del deudor. Deberán indicarse el objeto, la naturaleza y la base de los derechos, así como el crédito asegurado (Braun, 2002, pág. 316).

Entonces, independiente del tipo de garantía existente, se establecen unas pautas, así como las establecidas generales para el proceso de insolvencia, los acreedores deben manifestar sus intenciones con los bienes del deudor, teniendo en cuenta tiempos limitados para ello a partir del auto de iniciación, sin estos requisitos, no entrarían dentro de las disposiciones manifestadas por el administrados respecto al proceso de insolvencia específico.

Ahora, en el TítuloVIII. Excepciones a la ley aplicable en los Estados de apertura de los procedimientos, se establece una excepción con el tema de garantías en específico y el cual aduce que:

Compensación (art. 6) La apertura de los procedimientos de insolvencia no deberá afectar a los derechos de los acreedores a exigir la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación. Las compensaciones se registrarán por una clase de funcionamiento de garantía basado en las provisiones legales en las cuales el acreedor afectado pueda confiar en el momento en que la reclamación se presente (Braun, 2002, pág. 329)

Así que el derecho de garantía real satisface al acreedor ligado al bien, pero también le indica ciertas obligaciones al respecto. Pero esto se hace a través del administrador del proceso, tal como ya se observaba en los articulo referenciados en esta sección; no se hace directamente por el acreedor como en otros países, y además se encuentran en la obligación de surtir un pago a dicho administrador a través de los extras que resultan de este proceso(Dronbing, 2004, pág. 123).

3.4. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN LOS PAÍSES DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA).

La OEA, adelantó un proyecto para la reforma del régimen de garantías mobiliarias y los registros de garantías en base a la ley modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias, las cuales tienen por objeto desempeñar un papel relevante en el desarrollo de los regímenes de garantías mobiliarias y los registros de garantías en las Américas, fortaleciendo las capacidades de los Estados Miembros para llevar a la práctica políticas y establecer marcos de financiamiento garantizado que estimulen el acceso al crédito en condiciones de equidad, prestando especial atención a las micros, pequeñas y medianas empresas. (OEA, 2013)

En este punto, es de vital importancia el entendimiento del contexto latinoamericano, el cual se puede afirmar que tradicionalmente la riqueza en Latinoamérica ha permanecido ligada casi exclusivamente a la titularidad o propiedad de bienes inmuebles. Ahora, el hecho de que los bienes estén en países latinoamericanos de cierta forma hace que los prestamistas se vean abocados a leyes de la región. Por lo que según la OEA (2013), la implementación de regímenes jurídicos modernos a fin de propiciar la transición necesaria para realizar el financiamiento garantizado con bienes muebles para ayudar a las empresas.

Lo anterior, implica que en la mayoría de las partes de la región existen limitaciones de crédito, lo que hace difícil para las empresas locales competir en igualdad de condiciones con competidores extranjeros. Esto, conforma un gran reto para la región, es especial por el elevado coste del crédito en múltiples sectores; de allí que, la búsqueda para obtener acceso al financiamiento

garantizado resulta crucial para incentivar que la inversión extranjera se estimule, la competitividad de los mercados de crédito con el fin de incrementar el crecimiento económico sostenible. (OEA, 2002)

De esta forma, en palabras de Jerez (2017), el propósito de resaltar los principales aspectos contenidos en el sistema de garantías mobiliarias tal como ha sido establecido por la OEA en la ley modelo interamericana, la cual se construye a partir de la identificación de cinco aspectos centrales: a) el alcance del concepto de garantía; b) el sistema de creación, la publicidad y registro de las garantía; c) la prelación existente entre éstas y, finalmente e) los mecanismos de ejecución para satisfacer la obligación incumplida. Estos cinco elementos son representados de la siguiente figura:



Figura 1. Principios de un sistema eficaz de garantías mobiliarias
Fuente. Wilson, (2014). Régimen de garantías mobiliarias: Nuevas oportunidades para el sector financiero en Colombia. IFC. Bogotá.

Conforme lo anterior, se tiene el último punto, de manera relevante para esta parte, toda vez que expone los mecanismos de ejecución para satisfacer la obligación incumplida, puesto que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor debe efectuar la inscripción de un formulario registral de ejecución en el registro y entregará copia al deudor garante y al deudor principal de la obligación. De igual forma, esta ley establece unos mecanismos de defensa

de los derechos de los deudores, entre otros, el plazo del Artículo 56¹⁴, así como el derecho de terminación del proceso de ejecución consagrado en el Artículo 58¹⁵. (Jerez, 2017, págs. 410 - 429)

Así, la ley modelo se diseñó para dotar de la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio de las prácticas crediticias y reducir el costo del crédito. Por consiguiente, dicha ley sienta bases para que los Estados puedan modernizar sus marcos jurídicos en materia de garantías mobiliarias y así atender mejor las necesidades financieras que afrontan en la actualidad.

3.4.1. Procedimiento en Argentina - EE. UU.

Aunque para el ejercicio, el procedimiento se fundamenta en Argentina, es necesario mencionar que las características de este con el modelo del procedimiento en EE. UU. es prácticamente el mismo, de allí que las menciones futuras al modelo americano o argentino se deben entender de la misma forma.

En Argentina, la insolvencia de una sociedad es una cuestión asumida por el derecho societario, ante lo cual el concurso es una vía residual de afrontarlo, de alto coste. Sin embargo, los socios intentan en su beneficio que la crisis, de magnitud, sea soportada por los acreedores a través de quitas.

¹⁴ Ley modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias (OEA) <Art. 56> “El deudor tendrá un plazo de tres días, contados desde el día siguiente a la recepción del formulario de ejecución, para oponerse acreditando ante el Juez o al Notario interviniente el pago total del adeudo y sus accesorios. No se admitirá otra excepción o defensa que la de pago total.” (OEA, 2002, p. 12)

¹⁵ Ley modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias (OEA) <Art. 58> “En cualquier momento antes de que el acreedor garantizado disponga de los bienes en garantía, el deudor garante, así como cualquier otra persona interesada, tiene el derecho de terminar los procedimientos de ejecución, ya sea: (OEA, 2002, p. 26)

I. Pagando el monto total adeudado por el deudor garante al acreedor garantizado, así como los gastos razonables incurridos por el acreedor garantizado en el procedimiento de ejecución; o,
II. Si la obligación garantizada es pagadera en cuotas, reestableciendo el cumplimiento del contrato de garantía pagando las cantidades adeudadas al acreedor garantizado, así como los gastos razonables incurridos en el procedimiento de ejecución, y remediando cualquier otro incumplimiento.

En este sentido, la causal de disolución empresarial, pérdida del capital social, según Richard (2017), se encuentra su origen en el modelo francés <art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales francesa> es decir que:

“Una función anticipadora y preventiva de situaciones de insolvencia, pues el déficit patrimonial que se contempla en el art. 260.1.4. – de la ley societaria española – no es en relación con el pasivo exigible, sino en relación con el capital nominal, en una situación grave... no parece de nuevo que deba ser el concursal un ámbito empleado prioritariamente para la reorganización empresarial” (Pulgar, 2003, pág. 38)

En contraposición, Elizalde (2018), afirma que la ley argentina no tiene un régimen específico de privilegios post – concursales, parecería posible, en virtud de la flexibilidad de la normatividad concursal, para construir ciertas garantías al financiamiento post – concursal.

En este sentido, existen dentro de las políticas argentinas de insolvencia diferentes escenarios, como, por ejemplo: la situación financiera en que pueden encontrarse las sociedades que ingresan al proceso concursal; las fuentes de financiamiento comúnmente utilizadas en las reestructuraciones empresariales y sus limitaciones en Argentina. Sin embargo, ambos modelos presentan falencias para la superación de dificultades económicas, atribuido a la inexistencia de un régimen legal que incentive el financiamiento a sociedades que se encuentran próximas a la insolvencia y de esta forma evitar la quiebra. (Elizalde, 2018)

Finalmente, para Argentina una forma de protección del crédito, las garantías post – concursales son indispensables para incentivar a terceros ajenos a un concurso a que financien la reorganización de sociedades insolventes que cuentan con negocios viables.

A nivel jurisprudencial, el país cuenta con el Artículo 16¹⁶ de la Ley de Concursos y Quiebras Nacional (LCQ), puede ser una herramienta sumamente útil para la

¹⁶ Art. 16 LCQ. “El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación. Pronto pago de créditos

incorporación de garantías al financiamiento concedido en el marco del concurso y la superación de las limitaciones existentes actualmente en Argentina.

3.4.2. Procedimiento en Chile

En el caso de Chile, para el 2014 se establece la Ley 20.720, la cual sustituyó el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas. De esta forma, el gobierno chileno abandona los procesos que seguían por décadas respecto del fenómeno de la insolvencia, reflejada en un sistema normativo neutral. Es decir, la ley no aborda el tratamiento de la insolvencia en un esquema societario complejo e integrado, como es el de los grupos empresariales, lo que implica reconocer la diversidad más no la unidad ni la particular comunión de relaciones inter societarias. (Chile Atiende, 2020)

En este sentido, el principal foco de esta ley es fomentar el emprendimiento como motor de la economía, al hacerse cargo de las empresas que dejan de ser viables, permitiendo que los emprendedores vuelvan a surgir, y llevar a cabo nuevos negocios. La idea es que el proyecto en vía de liquidación vuelva a surgir, y lleven a cabo nuevos negocios. Por otra parte, el procedimiento concursal es más ágil y eficiente, dado que permite utilizar los recursos liberados en otras actividades, aumentando la productividad de la economía, además de generar nuevos puestos

laborales. Dentro del plazo de diez (10) días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los artículos 132 bis, 212, 232, 233 y 245 a 254, 178, 180 y 182 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744; las indemnizaciones previstas en la ley 25.877, en los artículos 1º y 2º de la ley 25.323; en los artículos 8º, 9º, 10, 11 y 15 de la ley 24.013; en el artículo 44 y 45 de la ley 25.345; en el artículo 52 de la ley 23.551; y las previstas en los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14.

Para que proceda el pronto pago de crédito no incluido en el listado que establece el artículo 14 inciso 11), no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo.

Previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado.

de trabajo y crecimiento del país. (Ministerio de economía, fomento y turismo, 2015).

De esta forma es importante resaltar que, para el gobierno chileno, bajo esta ley se elimina el concepto de quiebra y lo reemplaza por insolvencia, reorganización o liquidaciones. Se busca establecer procedimiento que permitan salvar aquellas empresas que tienen posibilidades de mantenerse y liquidar aquellas que no se pueden salvar.

Es decir, que en medio de la coyuntura que estableció la creación de esta nueva ley, implicó nuevos procedimientos con los cuales pretende generar específicamente el alivio a estas comunidades, para ello, se establece el procedimiento de reorganización de empresas, que tienen por objetivo lograr la reestructuración de una empresa viable mediante el acuerdo y que a su vez este de acuerdo entre el deudor y sus acreedores. Otro aspecto relevante para los nuevos procedimientos es el uso de activos de una empresa no viable, por lo cual se fijan plazos máximos de un año para normalizar su deuda. Un último aspecto esta dado por el procedimiento de renegociación de las empresas, la cual ofrece la oportunidad de que los deudores alcancen acuerdos con los acreedores a fin de poder reorganizar la empresa. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2014)

En conclusión, los resultados de la Ley 20.720 para los chilenos, muestra un balance positivo en el desarrollo económico, a través del manejo eficiente de los deudores. Entre los aspectos más relevantes se destaca la diferenciación entre empresas y personas debido a sus características y necesidades distintas, y la separación de las empresas y personas que tienen la capacidad de volver a surgir y pagar sus deudas.

En consecuencia, la aplicación de la ley mostró un claro beneficio para la economía, dado que en comparación los países desarrollados, la tasa de recuperación por parte de los acreedores sobrepasa ligeramente el 70% de los

activos, en Chile sólo se recupera el 30% (Ministerio de economía, fomento y turismo, 2015). Y no sólo eso, sino que, en términos de plazos, Chile nuevamente se queda atrás donde un proceso de quiebra se demora 3,2 años en contraposición a los 1,7 del mundo desarrollado y a los 2,9 de los pares en la región. Esto indica que un emprendedor que quiebra en Chile debe desembolsar cerca de un 15% de su patrimonio durante el proceso, mientras que si lo hiciera en un país desarrollado como Noruega gastaría sólo un 1%. (Jequier, 2015)

En cuanto al proceso de garantías mobiliarias para el acreedor, el país se acoge a la ley propuesta por la OEA (2002), como se ha visto en acápites anteriores, aun así, esto no es garante de las mejores prácticas de acuerdo con el Ministerio de economía (2015), por lo que se debe reconocer que se han hecho avances importantes en los últimos años y se espera que la brecha con los países desarrollados disminuya aún más con la implementación de la nueva ley.

3.4.3. Procedimiento en Perú

Perú fue el primer país suramericano que acogió la idea de implementar una reforma a su régimen de garantías mobiliarias. Conforme el CEAL (2009) advierte que, en el 2006, el crédito en Perú creció. Sin embargo, los factores determinantes de la insolvencia empresarial para las empresas peruanas que han sido beneficiadas a partir del procedimiento del Instituto Nacional para la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi). De allí, que el sistema concursal constituye un procedimiento mediante el cual las empresas insolventes pueden negociar con sus acreedores y reestructurarse. (Jerez, 2017, pág. 219)

Sin embargo, en Perú existen motivos para poderse acoger a los procesos concursales de insolvencia y así poder recibir el apoyo del Indecopi, los son los siguientes:

- “1. Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un periodo mayor a 30 días corridos (condición asociada a la insolvencia financiera)*
- 2. Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado (condición asociada a la insolvencia económica)”*
(Mongrut, Alberti, Fuenzalida, & Akamine, 2011, pág. 135)

Otro indicador, es el destino que tuvieron las empresas que se acogieron al sistema concursal. Sin embargo, al parecer las empresas que operan en el Perú han sido seriamente afectadas por las crisis financieras en épocas anteriores, pese a que en la actualidad han sido mitigadas, lo cual puede minimizar los costos de insolvencia empresarial podría ser el liquidar la empresa lo antes posible. (Mongrut, Alberti, Fuenzalida, & Akamine, 2011)

Luego, un sistema de insolvencia empresarial es el marco legal que permite evaluar la viabilidad de las empresas con problemas para enfrentar sus obligaciones financieras, con el objeto de definir su permanencia o su cierre definitivo. En Perú, el sistema concursal se rige por la Ley 27809 de 2002. Los objetivos del Sistema Concursal son la permanencia de la unidad productiva, así como la protección del crédito y del patrimonio de la empresa.

Además, la ley establece que la viabilidad de los deudores es definida por los acreedores involucrados, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada. Es decir que, el rol del acreedor en el sistema de insolvencia peruano tiene mayor participación. Luego, en caso de que existan problemas de cara a las obligaciones por parte de las empresas, el sistema de insolvencia presenta dos opciones a las cuales el empresario se puede acoger, la primera es la rehabilitación y de no ser posible esta, se encuentra la segunda opción que es un mecanismo eficaz de liquidación. (Concha & Llado, 2013)

De igual manera, al revisar las reglas de insolvencia se generan dudas respecto de la situación en que queda el acreedor garantizado, porque parece que estaría en la misma situación de los demás acreedores. En tal sentido, es clave

mencionar que la Ley 27809, bloquea la ejecución de las garantías mobiliarias en todos los casos. Asimismo, el Art. 42 de la misma norma, en los casos de liquidación de la empresa el acreedor tiene el tercer orden de preferencia. (Sánchez S. , 2001)

Lo anterior, cuando un agente económico se encuentra en una situación de crisis, independientemente de la causa, los acreedores optarán por diversas alternativas de cobro: ya sea el accionar mecanismos individuales o ejercer la aplicación de instituciones excepcionales colectivas. Para cumplir con la responsabilidad patrimonial de honrar las obligaciones no pagadas, por lo que el acreedor tiene la opción a partir de la ejecución de la garantía de forma individual o colectiva. De esta forma la primera opción supone la ejecución de bienes del deudor por parte de un acreedor y la segunda la garantía patrimonial debe funcionar para todos los acreedores, sustituyendo el sistema individual. (Junyent & Molina, 2002)

Finalmente, el número de empresas que utiliza el régimen concursal peruano para salir de situaciones apremiantes de liquidez e insolvencia es menor que en otros países de la región, lo que implica necesariamente que un sistema concursal no sea eficiente, pero permite notar que existe un bajo índice de empresas que utiliza esta alternativa de manera voluntaria.

Finalmente, se presentan dos cuadros comparativos en los cuales se muestran las principales características de las LGM y de Insolvencia en Colombia vs los países europeo y latinoamericanos.

CARACTERÍSTICAS	COLOMBIA	EUROPA		
		ESPAÑA	FRANCIA	ALEMANIA
	La prenda en Colombia se divide en civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, de establecimiento de comercio, de acciones, anticresis, lo reconoce como un contrato que quiere la entrega de la cosa, que debe recaer sobre bien mueble y que se celebra como seguridad o caución.	Procedimiento por tipo concursal	Las garantías reales en el Código Civil Napoleónico autorizan el desplazamiento de la posesión, a partir de dos tipos: prenda si recaía sobre bienes muebles y anticresis, si gravaba cosas inmuebles.	La prenda con tenencia, lo que significaba que prácticamente se tenía que esperar a que el deudor tuviera la posibilidad o la voluntad de pagar; es decir, el acreedor poseía el derecho a la prenda prometida hasta que esta fuera entregada.
	La restitución de bienes muebles objeto de contrato de comodato precario derivado de una fiducia en garantía, siempre y cuando la causal para solicitar la restitución sea la mora del deudor.	Es obliga declara la insolvencia	Se llegó a consagrar algún número de prendas, sin desplazamiento por medio de leyes especiales. Se estableció la admisión de la prenda sobre bienes muebles incorporales y sin desposesión del deudor y se da reconocimiento de la validez del pacto comisorio y la supresión del aviso al deudor como parte de está.	Gestión de insolvencias económicamente eficiente y que combine los principios tradicionales de la Ley de insolvencia alemana con los siguientes principios de la norma equivalente estadounidense: prioridad de los intereses y reorganización del deudor. Es decir, la satisfacción de las demandas de los acreedores a través de la ejecución total de los activos del deudor.
	Ley 1676 de 2013, introdujo un sistema de garantías reales mobiliarias que entraría en vigor para reemplazar el régimen de garantías prendarias contenido en el Código Civil y en el Código de Comercio.	Presentan solicitud de insolvencia y entran en concurso.	Un sistema poco amigable para el acreedor. Obsesionado por la protección del tráfico y de la responsabilidad patrimonial general del deudor, las garantías reales han estado siempre en Francia rígidamente organizadas, sobre la base del denominado principio de especialidad y de esquemas típicos que colocan al acreedor en posición débil, porque la mínima desviación de los tipos legales lo deja privado de su garantía real.	Demandas de insolvencia Según el § 28, el auto de apertura incluirá un requerimiento a los acreedores para que insinúen sus créditos ante el administrador en un plazo mínimo de dos semanas y máximo de tres meses a partir de la publicación del auto. Los acreedores deben informar al administrador sobre cualquier derecho de garantía que tengan constituido sobre cosas muebles o derechos del deudor. Deberán indicarse el objeto, la naturaleza y la base de los derechos, así como el crédito asegurado.

	COLOMBIA	EUROPA		
		ESPAÑA	FRANCIA	ALEMANIA
CARACTERÍSTICAS	La insolvencia empresarial, el Estado no sólo busca factores en estado de insolvencia, sino que busca fundamentalmente, que la empresa se recupere y continúe con su labor social, sin que llegue a la liquidación.	Los créditos de garantía real gozan del concurso especial y de convenio	La Garantía Real en Francia, esta consagra la guarda de dominio y la entrega de la propiedad como respaldo; estas garantías ubican al demandante en una posición exclusiva "sobre la cosa gravada, mediante la utilización del derecho de propiedad con fines de aseguramiento.	Independiente del tipo de garantía existente, se establecen unas pautas, así como las establecidas generales para el proceso de insolvencia, los acreedores deben manifestar sus intenciones con los bienes del deudor.
	Régimen de Insolvencia Empresarial y tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, entre otras a través de los procesos de reorganización y liquidación judicial.	Se benefician los firmantes a través de "comunicación de negociación y efectos"	Facilitan afanar al deudor, ubicándolo en una situación de insolvencia. las empresas en calidad de insolvencias son regidas por el Código de Consumo en la cual las normas protegen a los acreedores.	La apertura de los procedimientos de insolvencia no deberá afectar a los derechos de los acreedores a exigir la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación.
	En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyen entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas: créditos amparados, suspende la exigibilidad de gravámenes y garantías; por incumplimiento se restablecen los gravámenes y garantías, previo acuerdo con los acreedores.	Los acreedores con garantía real no pueden iniciar la ejecución sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación.	La insolvencia se puede llegar a apreciar como parte del proceso de garantía real, y se establecen unas pautas específicas para desarrollar, en el momento de la declaración de insolvencia, que puede acaecerse con procesos de conciliación, o no.	

<p>Los acreedores garantizados en los procesos de reorganización empresarial son en muchos sentidos vistos como un sometimiento forzoso, en especial en los casos en que el valor de la empresa del deudor es superior al valor de liquidación de los elementos patrimoniales que la integran, si se conservan en funcionamiento</p>			
<p>El proceso que viene a sustituir la liquidación obligatoria tiene como finalidad aprovechar el patrimonio del deudor para el pago de acreencias, hasta donde sea posible, culminado con la extinción de la persona jurídica de la deudora.</p>			
<p>El acreedor garantizado puede optar por quedarse en el orden con el bien en garantía y pagar el saldo al liquidador para que lo aplique al pago de los demás acreedores.</p>			

Tabla 1. Tabla Comparativa Colombia Vs Europa
Fuente. Elaboración propia

CARACTERÍSTICAS	COLOMBIA	SUR AMÉRICA			
		ARGENTINA	CHILE	PERÚ	
		La insolvencia empresarial, el Estado no sólo busca factores en estado de insolvencia, sino que busca fundamentalmente, que la empresa se recupere y continúe con su labor social, sin que llegue a la liquidación.	La insolvencia de una sociedad es una cuestión asumida por el derecho societario, ante lo cual el concurso es una vía residual de afrontarlo, de alto coste.	Chile, sustituyó el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas.	La insolvencia empresarial para las empresas peruanas que han sido beneficiadas a partir del procedimiento del Instituto Nacional para la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi). De allí, que el sistema concursal constituye un procedimiento mediante el cual las empresas insolventes pueden negociar con sus acreedores y reestructurarse.
		La restitución de bienes muebles objeto de contrato de comodato precario derivado de una fiducia en garantía, siempre y cuando la causal para solicitar la restitución sea la mora del deudor.	La ley argentina no tiene un régimen específico de privilegios postconcursoales, parecería posible, en virtud de la flexibilidad de la normatividad concursal, para construir ciertas garantías al financiamiento post concursal.	La ley no aborda el tratamiento de la insolvencia en un esquema societario complejo e integrado, como es el de los grupos empresariales, lo que implica reconocer la diversidad más no la unidad ni la particular comunión de relaciones inter societarias.	Perú existen motivos para poderse acoger a los procesos concursales de insolvencia y así poder recibir el apoyo del Indecopi, los son los siguientes: Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un periodo mayor a 30 días corridos y Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.
		COLOMBIA	ARGENTINA	CHILE	PERÚ
		Ley 1676 de 2013, introdujo un sistema de garantías reales mobiliarias que entraría en vigor para reemplazar el régimen de garantías prendarias contenido en el Código Civil y en el Código de Comercio.	Las políticas argentinas de insolvencia diferentes escenarios, como, por ejemplo: la situación financiera en que pueden encontrarse las sociedades que ingresan al proceso concursal; las fuentes de financiamiento comúnmente utilizadas en las reestructuraciones empresariales y sus limitaciones en Argentina.	El procedimiento concursal es más ágil y eficiente, dado que permite utilizar los recursos liberados en otras actividades, aumentando la productividad de la economía, además de generar nuevos puestos de trabajo y crecimiento del país.	Los objetivos del Sistema Concursal son la permanencia de la unidad productiva, así como la protección del crédito y del patrimonio de la empresa.

<p>La insolvencia empresarial, el Estado no sólo busca factores en estado de insolvencia, sino que busca fundamentalmente, que la empresa se recupere y continúe con su labor social, sin que llegue a la liquidación.</p>	<p>Una forma de protección del crédito, las garantías postconcursoales son indispensables para incentivar a terceros ajenos a un concurso a que financien la reorganización de sociedades insolventes que cuentan con negocios viables.</p>	<p>Se elimina el concepto de quiebra y lo reemplaza por insolvencia, reorganización o liquidaciones. Se busca establecer procedimiento que permitan salvar aquellas empresas que tienen posibilidades de mantenerse y liquidar aquellas que no se pueden salvar.</p>	<p>El rol del acreedor en el sistema de insolvencia peruano tiene mayor participación. Luego, en caso de que existan problemas de cara a las obligaciones por parte de las empresas, el sistema de insolvencia presenta dos opciones a las cuales el empresario se puede acoger, la primera es la rehabilitación y de no ser posible esta, se encuentra la segunda opción que es un mecanismo eficaz de liquidación.</p>
<p>Régimen de Insolvencia Empresarial y tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, entre otras a través de los procesos de reorganización y liquidación judicial.</p>	<p>La Ley de Concursos y Quiebras Nacional (LCQ), puede ser una herramienta sumamente útil para la incorporación de garantías al financiamiento concedido en el marco del concurso y la superación de las limitaciones existentes actualmente en Argentina.</p>	<p>El procedimiento de renegociación de las empresas, la cual ofrece la oportunidad de que los deudores alcancen acuerdos con los acreedores a fin de poder reorganizar la empresa.</p>	<p>Para cumplir con la responsabilidad patrimonial de honrar las obligaciones no pagadas, por lo que el acreedor tiene la opción a partir de la ejecución de la garantía de forma individual o colectiva.</p>
<p>En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyen entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas: créditos amparados, suspende la exigibilidad de gravámenes y garantías; por incumplimiento se restablecen los gravámenes y garantías, previo acuerdo con los acreedores.</p>			
<p>Los acreedores garantizados en los procesos de reorganización empresarial son en muchos sentidos</p>			

<p>vistos como un sometimiento forzoso, en especial en los casos en que el valor de la empresa del deudor es superior al valor de liquidación de los elementos patrimoniales que la integran, si se conservan en funcionamiento</p>			
<p>El proceso que viene a sustituir la liquidación obligatoria tiene como finalidad aprovechar el patrimonio del deudor para el pago de acreencias, hasta donde sea posible, culminado con la extinción de la persona jurídica de la deudora.</p>			
<p>El acreedor garantizado puede optar por quedarse en el orden con el bien en garantía y pagar el saldo al liquidador para que lo aplique al pago de los demás acreedores.</p>			

Tabla 2. Tabla Comparativa Colombia Vs Sur América
Fuente. Elaboración propia

3.5. AVANCES Y RETROCESOS EN COLOMBIA: DERECHOS INTERNACIONALES VS TENDENCIAS INTERNACIONALES.

En el caso de Colombia, y las tendencias internacionales, se puede decir que el país es la última experiencia vigente de reforma al régimen de garantías mobiliarias en Latinoamérica. El proceso de discusión e implementación de la normatividad no se hizo de un día para otro, tal como se da cuenta de ello en la exposición de motivos de la Ley 1676 de 2013. Según este documento, el proyecto de ley fue presentado a iniciativa del Gobierno Nacional. En estos textos, la comisión tuvo la asesoría del Banco Mundial y en los mismos se incorporaron las recomendaciones de la CNUDMI y la ley modelo Interamericana de la OEA sobre la materia, la cual sirvió de base en la redacción final del proyecto. (Jerez, 2017)

Una de las circunstancias que motivo a la reforma del 2013, básicamente consistía en el reconocimiento por los bancos en materia de garantías aceptadas en Colombia para esta época, dado que el 73% de las mismas correspondía a bienes inmuebles, y el 27% restante por bienes muebles pignorados. Situación que contrasta con los activos disponibles en las empresas que pueden ser dados como garantía. Sin embargo, muchos de los activos que pueden ser tomados como garantía han sido desaprovechados en los modelos de insolvencia colombianos, en especial porque estos pueden dar acceso a los créditos, teniendo en cuenta la legislación vigente, pese a que se continúe privilegiando las garantías hipotecarias. Lo anterior se puede evidenciar en la siguiente figura.

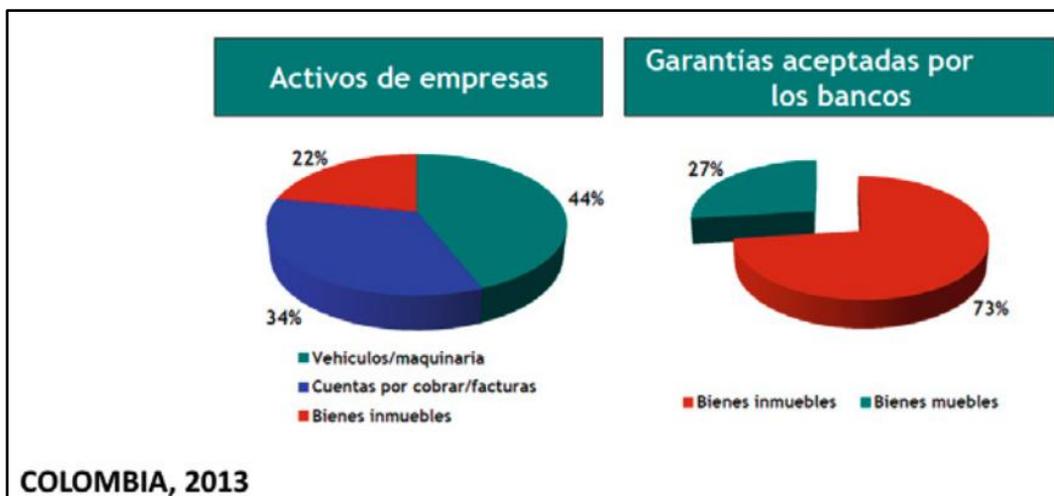


Figura 2. Déficit de garantías

Fuente. Álvarez de la Campa (2013). Posible Impacto Del Nuevo Sistema De Garantías Mobiliarias En Colombia, IFC Bogotá.

Una vez introducida la reforma, con los parámetros internacionales, el registro tuvo un incremento considerable en el cual el 43% de estos correspondía a acreedores que no son instituciones financieras. De este grupo, menos del 1% de estos registros corresponden a créditos nuevos con base en garantías hipotecarias, es decir que efectivamente se logró dar la vuelta al esquema anterior, es decir que se aprovecha el 78% de los inmuebles que no eran tenidos en cuenta. (Leon, 2015)

En general, el sistema de garantías mobiliarias del país se puede afirmar que recogió los aciertos y fortaleció las debilidades del sistema pasado, en tanto que definió reglas claras para el registro y las garantías, así como la protección de los deudores en casos de pago directo. Por ejemplo, el avalúo del bien mueble dado en prenda no es potestativo del acreedor (diferente de los casos anteriormente mencionados) sino que establece un avalúo obligatorio. (Jerez, 2017)

Por otra parte, para las reglas de insolvencia, en los parámetros internacionales, los acreedores garantizados tienen derechos específicamente establecidos en la Ley de Garantías Mobiliarias que de alguna manera modifica los procesos concursales existentes (Vélez L. , 2014). De esta forma, los procesos concursales de reorganización, sólo hay suspensión de ejecuciones sobre bienes dados en garantías cuando sea necesario para la actividad económica del deudor.

Finalmente, en materia de establecer y adoptar dentro de la Ley de garantías mobiliarias y las leyes de insolvencia empresarial, apartados del proyecto de la OEA, así como las buenas prácticas y la observación directa de países de la región lo que permitió al país seguir un proceso efectivo y en procura de la equidad para los deudores y acreedores.

3.6. LAS GARANTIAS REALES EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN EL ESTADO DE EMERGENCIA.

En la actualidad, el mundo atraviesa por una transformación social, económica, ecológica y cultural a causa del virus SARS-CoV-2 o COVID-19, como se conoce comúnmente. De esta forma, la pandemia ocasiono un estado de emergencia global que llevo a cada uno de los países del mundo a tomar medidas para proteger a sus habitantes y de esta forma preservar la vida y la existencia.

Conforme se esparció el virus, fue evidente que el aislamiento social constituiría la mejor forma de prevención contra el contagio, además de medidas biosanitarias necesarias para la prevención del contagio, el cual tiene una tasa de mortalidad en la actualidad es cercana a 500 mil personas en tres meses desde que se dio el reconocimiento de la pandemia. Sin embargo, la curva epidemiológica es realmente el riesgo, ya que los contagiados en la actualidad llega a 10 millones de habitantes en el mundo. Es decir que si no se tomaban las medidas preventivas que se tomaron en su momento, la curva de mortalidad hubiera sido exponencialmente más grande, poniendo en riesgo a la humanidad.

De acuerdo con lo anterior, la afectación del aislamiento, afecto en general a todos los países en términos económicos y sociales, principalmente, lo que ocasiono que cada uno de los gobiernos y las entidades internacionales emitirán proyecciones y medidas sobre el comportamiento económico, para brindar información que le permita a cada uno de los dirigentes tomar medidas que les permitan blindar de la mejor forma su economía local para soportar la crisis actual.

De esta forma, el gobierno nacional, realizó una serie de decretos que, apoyados en la Ley de Insolvencia, con el fin de poder garantizar la continuidad de cada una de las empresas que a causas de la pandemia se ha visto obligada a cerrar o disminuir sus operaciones. Sin embargo, dichas disposiciones se basan en una serie de antecedentes como base de los Decretos 772 y 560 de 2020, como se explica a continuación.

Dicha visión del efecto económico que ocasiona el COVID-19, es materia de análisis a nivel mundial, entre los que se resaltan los pronunciamientos de diferentes entidades como el World Economic Forum (WEF), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y las Naciones Unidas (UN).

3.6.1. Antecedentes Internacionales del Estado de Emergencia

Los procesos de insolvencia son fundamentales para la economía, pues permiten la protección de las empresas viables como fuente de riqueza y de empleo. Para que esto se lleve a cabo de una manera más exacta se tienen en cuenta las estimaciones sobre la crisis económica actual, con ocasión de las medidas adoptadas para enfrentar la emergencia sanitaria, y teniendo en cuenta los referentes anteriores.

En primer lugar, el WEF, luego de la aparición del COVID-19 proyecta un decrecimiento económico mundial del 3% en el 2020 dejando a 170 países con un menor PIB per cápita para final del año (World Economic Forum, 2020, pág. 12). Por su parte el FMI, estimó una proyección del PIB en la que se contraiga un 2,4% en el presente año, y específicamente para Colombia a causa de los bajos precios del petróleo puede ocasionar una nueva recesión (FMI, 2020).

Adicionalmente, a estos dos pronósticos la OCDE (2020), el impacto económico ocasionado en el estado de emergencia es de carácter múltiple, ya que por una

parte conduce a la caída inmediata de la actividad económica a causa de la desaceleración de la demanda global que afecta en particular las exportaciones, las remesas entre otros, lo que se convierte en una causa directa o indirecta de que muchas empresas corran el riesgo de declararse en quiebra, en particular las MIPYMES, las cuales representan el 99% de la empresas del país.(OCDE, 2020)

Sumado a las declaraciones de la OCDE, las UN(2020) afirmaron que las economías en desarrollo, previamente a la pandemia, ya presentaban deudas insostenibles durante años previos, a este panorama se eleva la deuda pública que deja el año en curso y el siguiente, los cuales seguramente no dejarán un balance positivo. Es decir, que el riesgo de quiebra es mucho mayor al que se considera(Naciones Unidas, 2020).

3.6.2. Antecedentes Nacionales del Estado de Emergencia

A nivel nacional, se presentaron análisis similares y conexos a los expuestos anteriormente, sin embargo, existe una aproximación más cercana a la realidad nacional. En este sentido, la Federación Nacional de Comerciantes – Fenalco – estimó que el 38% del comercio anuncia cierres o su respectivo ingreso a la Ley de Insolvencia, adicionalmente, el 69% de los empresarios avisan que tendrán que disminuir su personal entre un 25% y un 75%(FENALCO, 2020).

Por su parte, FEDESARROLLO, a través del diario Dinero (2020), realiza un pronóstico de la actividad económica, cuyas expectativas de crecimiento del PIB colombiano decrecen entre el -2.7% al -7.9% a causa del COVID-19. A partir de estos dos pronunciamientos, el Decreto 637 de 2020 afirma que “deben buscar mecanismos legales adicionales para facilitar y agilizar los procesos de reorganización empresarial, que permitan la recuperación de las capacidades laborales, sociales, productivas y financieras de las empresas”.

Por ello, es necesario para el Gobierno Nacional, adoptar medidas que agilicen el acceso a los trámites de los procesos de insolvencia con el fin de facilitar la protección de deudores en dificultades, o la liquidación del patrimonio del deudor que no tiene la capacidad para seguir desarrollando su objeto social, toda vez que los procesos tienen una duración promedio de 20 meses para dificultades y 22 para liquidación. Lo que dificulta el rescate de las empresas.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades (2020), construyó cuatro escenarios para determinar el riesgo de insolvencia: un escenario optimista con un PIB del 2%, un escenario moderado con un PIB del 0.6% y un escenario pesimista con un PIB del -1.9% y un último escenario extremo con un PIB del -7.7% (Ibañez, 2020, pág. 5).

Las posibles solicitudes a procesos de insolvencia como consecuencia de la pandemia, se proyecta que se situó en el rango de los escenarios pesimistas y extremos, en cuyo caso los resultados para las empresas evaluadas¹⁷, determina el número de empresa que pueden estar en riesgo de insolvencia, como se puede ver a continuación en las siguientes tablas, las cuales se presentan del escenario optimista al extremo:

Tabla 3. Pronóstico de número de empresas en Insolvencia (Escenario Optimista)

	Microempresa	Pequeña	Mediana	Grande	Total
Zona Segura	5220	2800	691	45	8756
Zona Gris	2494	1922	225	28	4669
Zona de Riesgo	633	435	425	87	1580

Fuente. Superintendencia de Sociedades (2020). Actualización Impacto de la Coyuntura del Coronavirus en la Economía. Bogotá, Pág. 21.

En este escenario se espera que el PIB crezca un 2% y que el PIB industrial sea del 1.4%, lo que daría un total de 1580 empresas para declararse en insolvencia las cuales corresponde al 10,5% del total de la muestra.

¹⁷ La Superintendencia de Sociedades, realiza el informe con base en 15.005 empresas asociadas vigiladas e inspeccionadas de las que reportan información anual.

Tabla 4. Pronóstico de número de empresas en Insolvencia (Escenario Moderado)

	Microempresa	Pequeña	Mediana	Grande	Total
Zona Segura	4789	2461	497	31	7778
Zona Gris	2623	2006	275	22	4926
Zona de Riesgo	935	690	569	107	2301

Fuente. Superintendencia de Sociedades (2020). Actualización Impacto de la Coyuntura del Coronavirus en la Economía. Bogotá, Pág. 22.

En este escenario se pronóstica un crecimiento del 0.6% y que la contracción del PIB industrial sea del 2.7%. Así, se espera que el número de empresas que se declaren en insolvencia sea 2301, es decir que la cifra sube al 15.3% del total de la muestra.

Tabla 5. Pronóstico de número de empresas en Insolvencia (Escenario Pesimista)

	Microempresa	Pequeña	Mediana	Grande	Total
Zona Segura	4547	2452	450	29	7478
Zona Gris	2561	1989	283	18	4851
Zona de Riesgo	1239	716	608	113	2676

Fuente. Superintendencia de Sociedades (2020). Actualización Impacto de la Coyuntura del Coronavirus en la Economía. Bogotá, Pág. 22.

Para el caso del escenario pesimista el PIB decrece 1.9% y el PIB industrial sea del 4.9%. Esto quiere decir que las empresas que se declararían en estado de insolvencia serían de 2676 correspondiente al 17.8% de la muestra.

Tabla 6. Pronóstico de número de empresas en Insolvencia (Escenario Extremo)

	Microempresa	Pequeña	Mediana	Grande	Total
Zona Segura	2314	1843	179	11	4347
Zona Gris	2906	1910	271	18	5105
Zona de Riesgo	3127	1404	891	131	5553

Fuente. Superintendencia de Sociedades (2020). Actualización Impacto de la Coyuntura del Coronavirus en la Economía. Bogotá, Pág. 22.

Finalmente, el escenario extremo en el cual el PIB decrece a un 7.7% y que la contracción del PIB industrial sea del 6.2%, el número de empresas declaradas en insolvencia podría ser de 5553 lo que equivale al 37% de la muestra.

Por lo tanto, si se comparan las cifras de cualquiera de estos escenarios, con el número de solicitudes de insolvencia que recibió el año anterior las Superintendencia de Sociedades(2020), se puede ver que para diciembre de 2019 en total fueron 1272, si se compara esta cifra con el mejor escenario para la pandemia (1580 empresas), se puede ver que el crecimiento con respecto al año anterior es de un 19% más, lo que genera una situación crítica y en el escenario más negativo el crecimiento es de 77%. Esto vislumbra la gravedad de la pandemia.

3.6.3. Decreto 560 de 2020

Luego del Decreto 417 de 2020, en el cual se declara el Estado de Emergencia a causa del Corona Virus, la recuperación y conservación de la empresa como unidad de desarrollo económico y generadora de empleo, se dispone en el siguiente decreto las siguientes medidas en relación con los procesos de insolvencia.

Artículo 3 del presente decreto, se refiere a la flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización de la empresa.

Artículo 4. Mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial. En el cual se pueden incluir disposiciones que flexibilicen los plazos de pago de las obligaciones, pago a los acreedores de distintas clases de forma simultánea o sucesiva y mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial que cumplan con las siguientes condiciones:

- a. *Capitalización de pasivos.* Los acuerdos de reorganización podrán contener la capitalización de pasivos mediante la suscripción voluntaria, por parte de cada acreedor interesado.
- b. *Descarga de pasivos.* Cuando el pasivo sea superior a su valorización como empresa en marcha, el acuerdo de reorganización podrá disponer del pasivo que exceda la mencionada valorización.

- c. *Pacto de deuda sostenible.* Reduce los términos de pago de las obligaciones en el tiempo, en los acuerdos de reorganización. Incluyendo los pactos de deuda sostenible, bajo los cuales no se contemple un cronograma de pago y la extinción total de las obligaciones a favor de las entidades financieras como parte del acuerdo, sino su reestructuración o re - perfilamiento, para lo cual deberá ser aprobada por el 60% de la categoría de acreedores financieros.

Artículo 6. Salvamiento de empresas en estado de liquidación inminente. Con el propósito de rescatar la empresa y conservar la unidad productiva, cualquier acreedor para evitar la liquidación judicial de un deudor afectado por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica.

Artículo 10. Fracaso del trámite o procedimiento. En el evento del fracaso de la negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización o del procedimiento de recuperación empresarial, se dará por terminado y el deudor no podrá intentar ninguno de los trámites o procedimientos dentro del año siguiente a la terminación de estos.

Artículo 11. Aplicación subsidiaria de la Ley 1116 de 2006. En lo no dispuesto en el presente Decreto Legislativo, para la negociación de emergencia de acuerdos de reorganizado y los procedimientos de recuperación empresarial, en cuanto fuere compatible con su naturaleza, se aplicarán las normas pertinentes contenidas en la Ley 1116 de 2006.

De esta forma, el Decreto 560, pone de manifiesto las primeras alternativas para la reorganización.

3.6.4. Decreto 772 de 2020

El Decreto 722 de 2020, por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial. En este sentido, se tienen cada

uno de los artículos referentes a proceso de insolvencia y como se puede beneficiar los empresarios de estas medidas.

Artículo 1. Finalidad y ámbito de aplicación de mecanismos extraordinarios de salvamento, recuperación y liquidación. El régimen de insolvencia regulado en el presente Decreto Legislativo tiene por objeto proteger adecuadamente el orden público económico y mitigar la extensión de los efectos sobre las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los mecanismos adicionales de salvamento y recuperación y de liquidación judicial de las empresas, de manera que se logre retornar rápidamente los activos a la economía de forma ordenada, eficiente y económica.

Artículo 4. Mecanismos de protección de la empresa y el empleo. A partir de la fecha de inicio de un proceso de reorganización de los que trata la Ley 1116 de 2006 y este Decreto Legislativo, con el objetivo de preservar la empresa y el empleo. las medidas cautelares practicadas en procesos ejecutivos o de cobro coactivo que recaen sobre bienes distintos a los sujetos a registro, de los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, se levantarán por ministerio de la ley, con la expedición del auto de inicio del proceso, por lo tanto, el juez que conoce de la ejecución deberá entregar los dineros o bienes al deudor, incluso si el proceso ejecutivo no se hubiere remitido para su incorporación en el proceso concursal. El promotor o quien ejerza su función deberá verificar el destino de los bienes desembargados e informar al juez, dentro del término que éste indique.

Artículo 7. Fortalecimiento de la lista de auxiliares de justicia para los procesos de insolvencia. Con el fin de poder atender la proliferación de procesos,

procedimientos y trámites de insolvencia regulados en la legislación vigente, la Superintendencia de Sociedades y los Jueces Civiles requieren contar con mayor capacidad en la lista de auxiliares de la justicia y evitar desplazamientos de los auxiliares de la justicia a diferentes partes del país.

Artículo 11. Proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias. Con el fin de poder atender la proliferación de procesos de reorganización y dar una solución rápida a las pequeñas insolvencias, los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV), sólo podrán ser admitidos a un proceso de reorganización abreviado.

Artículo 12. Proceso de liquidación judicial simplificado para pequeñas insolvencias. Con el fin de poder atender la proliferación de procesos de liquidación judicial y dar una solución rápida a las pequeñas insolvencias, los deudores destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, cuyos activos sean inferiores o iguales a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMMLV) solo podrán ser admitidos a un proceso de liquidación simplificado.

Artículo 15. Tratamiento de algunas rentas de deudores en el régimen de la ley 1116 de 2006, el Decreto 560 de 2020 y este Decreto Legislativo. Para el año 2020 y hasta el 31 de diciembre de 2021, las rebajas, descuentos o quitas de capital, multas; sanciones o intereses que obtengan los deudores, serán gravados en todos los casos como ganancia ocasional y no como renta ordinaria o renta líquida, cuando dichos rendimientos, ganancias, rebajas, descuentos o quitas se presenten O sean el resultado y parte de los acuerdos de reorganización celebrados o modificados en el marco del régimen de la Ley 1116 de 2006, el Decreto 560 de 2020 y el presente Decreto Legislativo.

Artículo 16. Suspensión Temporal. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, facilitar el manejo del orden público económico y extender la suspensión de la causal de disolución por pérdidas de las sociedades anónimas y SAS a otros tipos societarios, se suspenden de manera temporal, hasta el 16 de abril 2022, los artículos 342, 351, 370 Y el numeral 2° del artículo 457 del Código de Comercio y el numeral 7 del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008, frente a la causal de disolución por pérdidas; y el artículo 24 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, frente al término para enervarla.

Finalmente, cada uno de los anteriores son complementarios, tanto para las deudas adquiridas como para los procesos de insolvencia, dejando así una herramienta legislativas, de las cuales los empresarios pueden garantizar mantenerse a flote en el corto y mediano plazo, sin embargo, estos modelos no son sostenibles a largo plazo por lo que probablemente en la medida en que se alargue la cuarentena se debe realizar modificaciones o nuevos decretos que de alguna forma puedan llegar a garantizar el largo plazo.

De igual forma, es claro que la disyuntiva a la que se enfrentan los Estados, no solamente el colombiano, es en la reactivación económica y social, sin que esto implique una propagación del virus.

CONCLUSIONES

Los sistemas de garantías mobiliarias son tan antiguos como las transacciones, ya sean por servicios, productos o monetarios, los cuales conformaron la base para el desarrollo social y económico desde tiempos pretéritos hasta la actualidad, cuya mayor curva evolutiva sería a partir del Derecho Romano, mismo que perduraría a través del tiempo como la base sobre la cual se cimentaron todos los demás avances en materia legal y jurídica, siendo una constante durante mucho tiempo el papel fundamental del acreedor y las múltiples ventajas que tenían sobre el deudor, contribuyendo al desequilibrio social.

Dichas conductas, se transferían entre los países europeos, los cuales en determinados puntos de su historia adoptaron modificaciones propias que abrió un abanico de posibilidades en materia de garantías mobiliarias, de las cuales muchas reforzaron el papel de la banca como acreedor principal y único medio para la adquisición de préstamos; modelo que seguiría Colombia hasta hace pocas décadas. Sin embargo, dichas transformaciones contribuyeron a que el viejo mundo robusteciera su economía y por ende su desarrollo, entendiendo el papel primordial que juega el deudor dentro de las sociedades de consumo. Dicho equilibrio, llegó a revolucionar los mercados en los cuales, la oferta crediticia se amplió considerablemente, así como las posibilidades de ofrecer diferentes tipos de cosas como garantías.

Luego, dicha evolución no fue de manera inmediata, puesto que debió tener un trasegar considerable para poder establecer un modelo de garantía que le permita al deudor como al acreedor un verdadero estado de ganar - ganar. Claro que dichos fenómenos se vieron avocados en las Américas, mucho tiempo después, siendo los Norte Americanos, los pioneros en equiparar y superar las medidas del viejo mundo, más aún, el resto del continente continuo por un camino menos acelerado, por lo que debió estructurar sus modelos a partir de sus propios errores, sin perseguir las buenas prácticas de otros países, de allí que la

economía en el continente a excepción de Norte América, es bastante deficiente y se nota en el valor de las divisas en los diferentes países de la región, por lo que su curva evolutiva no muestra los mismos niveles de aceleramiento. Parte de esto, recae en la falta de industrialización y de medidas preventivas para salvar a las empresas de la insolvencia empresarial, al punto en que los países latinos presentan la mayor tasa de quiebra en emprendimientos nuevos que no logran superar su punto de equilibrio.

Para ello, la OEA, estableció un proyecto del cual los países de la región adoptaron según sus criterios de desarrollo económico, para modificar sus leyes sobre garantías mobiliarias y poder dar una mayor flexibilidad a los deudores, con el fin de poder establecer un nuevo rumbo para las empresas y el crecimiento del país, modelos que han cobrado con éxito en países como Chile, Perú y Colombia. En especial porque la economía de la región se mueve de forma diferente, es decir, que cada una de las empresas, busca su financiamiento con el fin de poder crecer a partir de sus activos, lo que resulta atractivo para el acreedor quien se beneficia de un pago de intereses, y le permite al deudor incrementar su flujo de efectivo para poner en marcha dicho proyecto. De base, estos modelos no parecen haber evolucionado mucho de cómo se hacían las cosas en la antigüedad, sin embargo, es claro presentar aquí las modificaciones que harían de este modelo de garantía uno más justo, equitativo y eficiente.

En primer lugar, la creación de un registro para las garantías, blinda al deudor y al acreedor en el manejo de estas, así como sus excepciones, es decir, anteriormente, el propietario de la garantía era el acreedor a quien se le confería un poder absoluto sobre la cosa, tanto que en el momento en que el deudor presentara un retraso de sus obligaciones, la potestad sobre la garantía recae sobre el acreedor. Hecho que cambia tajantemente en la actualidad, gracias al registro de garantías, en las que se evalúan muchos aspectos que antes no se tenían en cuenta, como por ejemplo el valor comercial de la misma, que en muchos casos puede llegar a ser mucho más que el valor del crédito, por lo que se

debe garantizar al deudor la devolución del excedente una vez cancelada la deuda.

Ahora bien, esto no es conformado por un proceso lineal, toda vez que requiere del seguimiento de la deuda y la figura de acreedor se diversifica en el acreedor garantizado y los secundarios, es decir que la garantía de un inmueble puede ser por diferentes créditos siempre y cuando su valor comercial así lo soporte. Por otro lado, al deudor, se le otorgaron una serie de beneficios que puede utilizar a su favor para mitigar la deuda. Cosa que en el pasado no sucedía, y es que, para el Estado es más rentable una empresa en funcionamiento que una en liquidación, puesto que, son las empresas las que más deben tributar al Estado, además de que son las principales generadoras de empleo.

En consecuencia, las leyes para la insolvencia empresarial juegan un papel importante en la reorganización de estas para que a partir de un sistema concursal puedan diseñar modelos que les permita la prolongación en el tiempo, y así superar las crisis financieras. De esta forma, las diferencias que existen en la región en materia de garantías mobiliarias y insolvencia empresarial son mínimas en realidad, más allá de pequeños cambios que para este caso marcan la diferencia, como por ejemplo, las facilidades de crédito, las tasas de interés, los subsidios del gobierno, y el apoyo al emprendimiento empresarial; factores que en Colombia constantemente favorecen al acreedor pese a la multi variedad de plataformas que se ocupan de servir al empresario como acreedor.

Entonces, si está bien que exista una base política y jurídica similar en la región, más aún falta como región establecer acuerdos globales que permitan unificar los criterios en materia de cobro por parte de los acreedores a los deudores, así como la masificación de la información para ellos mismo tengan conocimiento de las políticas de insolvencia empresarial que tienen los gobiernos como método de protección ante la quiebra.

De esta forma, se vislumbra un panorama positivo para el país en términos de garantías mobiliarias y se identifican los cambios sustanciales que trajo consigo la Ley 1676 de 2013, en especial en los puntos en que incluyen apartados de la ley modelo de la OEA y la CNUDMI. Esto no quiere decir que todo haya sido decantado en materia de garantías, puesto que seguramente habrá muchas cosas por implementar y continuar mejorando, en especial porque son estos modelos los que garantizan que exista un desarrollo económico en el país.

Cabe notar que lo anterior, parte de un proceso económico mundial, en el cual se establecen cada una de las medidas conforme el ritmo de la economía, sin embargo, en la actualidad el planeta entero sufre un cambio total, una transformación sin precedentes desde la influenza en 1918, lo que en gran parte hizo que todos los habitantes, los Gobiernos y Estados, se reinventaran de forma constante y acelerada con el fin de poder dar continuidad a la sociedad y la economía.

Esto implico que se declarará un Estado de Emergencia, en el cual el sector empresarial es uno de los más afectados como consecuencia del aislamiento social, que fue la principal medida para evitar el contagio, en este sentido, el Estado juega un papel fundamental para salvo guardar cada una de las empresas den especial las del sector de MIPYMES que requieren de ayuda para solventar sus deudas adquiridas y desde luego su mantenimiento.

Ahora, estas medidas deben ser tomadas como paliativas, ya que el Estado no puede sostener estos modelos a largo plazo y los empresarios están en la obligación de reinventarse, así como al inicio de este apartado final, el mundo se transforma y pretender volver al pasado es tal vez el mayor error, de allí que el uso de las tecnologías, el teletrabajo, la eficiencia, calidad y la distribución de horarios 7x24, de forma que el mundo no pare, las empresas tampoco y exista la posibilidad de evitar las aglomeraciones civiles.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldana, M., Gómez, O., & Pinilla, G. (2017). *Implicaciones jurídicas de la expedición de la Ley 1676 del 2013. "Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias" en el tratamiento de la garantía hipotecaria*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Arana, I. (2012). La Reforma Francesa de las Garantías Mobiliarias. *Indret Revista Para El Análisis del Derecho*, 2 - 58.
- Asenio, T. (2012). *Análisis Comparativo Entre La Burbuja Dotcom Y La Burbuja 2.0 A Través Del Papel Del Venture Capital En La Nueva Economía*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Barrios, F., & Mantilla, E. (2006). El concepto de derechos reales. *Revista de Derecho Privado*, 117 - 139.
- Beliña, H. (2011). El nuevo derecho de garantías en el derecho colombiano y en el derecho comparado. *Justicia Juris*, 93 - 106.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (3 de Marzo de 2014). *Empresas y personas deudoras: reorganización y liquidación*. Obtenido de Ficha Básica: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/06/Insolvencia-y-Quiebra-en-Chile.pdf>
- Bonivento, F. (2002). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Librería del profesional .
- Bonnecase, J. (1945). *Elementos de derecho civil, Tomo 2*. México: Editorial José Cajiga Jr.
- Braun, S. (30 al 12 de Septiembre - Octubre de 2002). Panorama del Derecho Concursal Alemán y Europeo. *Seminario, La empresa en Europa- el Futuro de la Armonización de las relaciones Empresariales Hispano-alemanas*. Madrid: La empresa en Europa- el futuro de la armonización de las.
- Bussani, M. (2007). *Garantías reales mobiliarias en Europa*. España: Marcial Pons.
- Campa, Á. d. (2013). *Posible impacto del nuevo sistema de garantías mobiliarias en Colombia*. Bogotá: IFC.

- CEAL. (2009). *Consejo Nacional de la Competitividad, Diagnóstico y recomendaciones de mejoras para el Sistema de Garantías Mobiliarias*. Obtenido de Fundación CEAL, Centro de Análisis Económicos para Leyes: https://www.cnc.gob.pe/images/cnc/LAvance_12_13/archivos/Peru_Diagnostico_y_recomendaciones_de_mejoras_para_el_sistema_de_garantias_mobiliarias.pdf
- Chile Atiende. (10 de Enero de 2020). *Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas*. Obtenido de Chile Atiende: <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/37674-liquidacion-voluntaria-de-los-bienes-de-una-empresa-deudora>
- Churruga, J. (2015). *Introducción histórica del derecho romano*. Bibao, España: Universidad de Deusto.
- Código Civil. (14 de 03 de 2020). Contrato principal y accesorio . *El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella*. Bogotá, Colombia.
- Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional. (2014). *Ley Modelo de la CNUDMI Sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía Para su Incorporación al Derecho Interno e Incorporación*. Viena, Austria: Naciones Unidas.
- Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional. (2016). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias*. Obtenido de https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions
- Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional. (2018). *Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Garantías Mobiliarias: Guía Para su Incorporación al Derecho Interno*. Viena: Naciones Unidas.
- Concha, M., & Llado, J. (2013). Algunas reflexiones sobre el sistema de insolvencia empresarial en el Perú. *Moneda. Sistema Concursal* , 33-36.

- Conesa, P., Martínez, J., C, S., & Molina, L. (2017). *Antigüedad in progress*. Murcia : CEPOAT.
- Confederación Española de Organizaciones Empresariales. (2017). *Guía de Actuación de la Empresa Ante La Insolvencia*. Barcelona: Economistas, Concejo General.
- Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Congreso de la República.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-854 de 2005. *M.P. Alfredo Beltrán Sierra*.
- Corte Constitucional Sentencia C 447. (15 de Julio de 2015). NORMA SOBRE ACCESO AL CREDITO Y GARANTIAS INMOBILIARIAS-Reglas de prelación de garantías en procesos de insolvencia y garantías reales en procesos de liquidación judicial. *NORMA QUE ESTABLECE REGLAS PARA LAS GARANTIAS REALES EN PROCESO DE LIQUIDACION JUDICIAL-Falta de certeza y suficiencia de los cargos formulados por omisión legislativa relativa condujeron a un fallo inhibitorio*. Bogotá: Corte Constitucional.
- De Cores, C. (2007). La Reforma Francesa del Derecho de las Garantías Mobiliarias: Una Perspectiva latinoamericana. *Revista de Derecho: Universidad Catolica de Uruguay*, 70 - 117.
- Delgado, C., Delgado Menéndez, M., Lincoln, C., & Sánchez, C. (2006). *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Lima - Perú: Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Díaz, A., & Cremades, B. (2017). Origen y evolución de las garantías reales en Roma. En C. d. Tardía, *Antigüedad in Progress - actas del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo* (págs. 409-4019). Murcia, España: Centro de Estudios del Próximo Oriente y la Antigüedad Tardía (cepoat).
- DINERO. (21 de Abril de 2020). Economía colombiana podría decrecer entre 2,7% y 7,9% en el 2020. *Dinero*.
- D'Ors, A. (1968). *Derecho privado romano*. España: EUN.

- Dronbing, U. (2004). Presente y Futuro de las Garantías Reales y Personales Informe General. *Revista Latinoamericana de derecho*, 93 - 140.
- Dupichot, P. (2009). La Fiducie-sûreté En Pleine Lumière. À Propos De l'Ordonnance 30. *La Semaine Juridique Édition Générale*(14), 3 - 23.
- Echavarría, D. (2014). *Análisis de la Ley 1676 de 2013: Garantías mobiliarias*. Medellín: Universidad Eafit.
- Elizalde, P. (2018). Reestructuración empresarial y financiamiento en el proceso concursal. Problemas y propuestas. *Revista Jurídica - Universidad de San Andrés*, 1 - 25.
- FENALCO. (2020). *Situación actual del comercio y solicitud de la declaración de un nuevo Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*. Bogotá: Fenalco.
- Fiorentini, F. (2009). *Proprietary security rights in the Western European Countries*. Berna: Stämpfli Publishers.
- FMI. (17 de 04 de 2020). El Directorio Ejecutivo del FMI Concluye la Consulta del Artículo IV con Colombia correspondiente a 2020. *Comunicado de prensa No. 20/169*, pág. 1.
- Garzón, N. (2015). *Los procesos de insolvencia en Colombia: análisis comparado de los requisitos y condiciones*. Bogotá: Universidad Católica.
- Goldenberg, J., & Gurrea, A. (14 de Septiembre de 2017). *Instituto Iberoamericano de derecho y finanzas*. Obtenido de El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales : <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-y-clasificacion-de-creditos-en-los-procedimientos-concursales/>
- Grimaldi, M. (2011). *Introduction of the trust into French Law*. Francia: Henricapital .
- Ibañez, D. (2020). *Actualización Impacto de la Coyuntura del Coronavirus en la Economía*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades. Obtenido de <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2020/Actualizacion-impacto-economico-covid-19.pdf#search=Actualizaci%C3%B3n%20del%20Impacto%2E%20de%20la>

%20Coyuntura%20del%20Coronavirus%20en%20la%20Econom%C3%ADa%20Colombiana

- Illescas, O. (1977). *Apuntes para una reforma del derecho concursal español*. España: Colegio de Abogados de Sevilla.
- Jequier, L. (2015). Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales. Una aproximación a la teoría del administrador de hecho en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 567 - 594.
- Jerez, D. (2017). Planteamiento. Textos internacionales sobre garantías mobiliarias. En D. Jerez, *Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis* (págs. 199-229). Madrid: Derecho Privado.
- Junyent, B., & Molina, C. (2002). *Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Leal, P. (1999). *Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial*. Bogotá: Leyer.
- Leon, R. (2015). Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias. *Revista de derecho privado*, 1-37.
- Ley 1116. (27 de Diciembre de 2006). Por el cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Colombia: Congreso de la República.
- Ley 1676. (20 de Agosto de 2013). Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. *Diario Oficial No. 48.888 de 20 de agosto de 2013*. Bogotá, Colombia: Congreso de la República.
- Ley 22 Concursal. (9 de julio de 2003). Reforma de la legislación concursal. Jefatura de Estado.
- Martínez, C., & Ternera, B. (2011). De las garantías tradicionales a las garantías derivadas. *Opinión Jurídica*, 181 -194.
- Mendoza, Á. (2005). Actualidad Jurídica. *Estudio Socio Jurídico*, 7(1), 194 - 276.
- Messineo, F. (1952). *Teoría general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa América.
- Ministerio de economía, fomento y turismo. (Junio de 2015). *Insolvencia y quiebra en Chile: Principales estadísticas desde 1982 a la fecha*. Obtenido de

División de Estudios: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/06/Insolvencia-y-Quiebra-en-Chile.pdf>

- Mongrut, M., Alberti, D., Fuenzalida, O., & Akamine, Y. (2011). Determinantes de la insolvencia empresarial en el Perú. *Revista Latinoamericana de Administración*, 126-139.
- Moro, A. (1998). Las formas de garantía real en Roma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 592, 705 - 722.
- Naciones Unidas. (2020). COVID-19 is a matter of life and debt, global deal needed. *Trade and Development* (págs. 8 - 14). Switzerland: UN.
- OCDE. (2020). *COVID-19 in Latin America and the Caribbean*. EE.UU: OCDE.
- Ochoa, C. (2006). *Bienes*. Bogotá: Temis.
- OEA. (2002). *Ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias*. EE.UU: Organización Estados Americanos.
- OEA. (2013). *Reforma del régimen de garantías mobiliarias en las Américas*. Cánada: Organización de los Estados Americanos.
- Organización de Estados Americanos. (2002). *Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*. Washington: OEA.
- Ospina, G., & Ospina, E. (1983). *Teoría general de los actos y negocios jurídicos*. Bogotá: Temis.
- Oviedo, A. (2009). *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga. LA prenda en el Código de Comercio Colombiano*,. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Philippe, D. (2012). La eficiencia económica del Derecho de las garantías reales. *Estudio de Derecho continental en Colombia y Francia*, 476 - 485.
- Picod, I. (2013). La reciente reforma de las garantías mobiliarias en Derecho francés. En M. González, *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias* (págs. 201 - 255). Madrid: La Ley.
- Pozzi. (6 de agosto de 2017). *Hipotecas Subprime: La Crisis Con la que Empezó Todo*. Obtenido de https://elpais.com/economia/2017/08/05/actualidad/1501927439_342599.html

- Pulgar, E. (2003). *Las pérdidas*. Madrid: Dilex.
- Ramírez Baquero, E. (2013). *Obligaciones y contratos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ramirez, G. (2015). *Los Derechos Del Acreedor Garantizado Y La Reorganización Del Deudor En La Ley De Garantías Mobiliarias (Lgm)*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.
- Richard, E. (2017). *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.
- Rincón, B. (julio - diciembre de 2019). Ley de garantías mobiliarias: las garantías reales en los procesos de insolvencia. Una mirada a partir de los principios del derecho concursal y la prelación de créditos. *Revista E-Mercatoria*, 18(2), 209 - 236.
- Rodríguez, J. (1960). *De la compraventa y materias aledañas*. Buenos Aires: Lerner.
- Rodríguez, L. (2003). El enigmático nexum como precedente de la hipoteca. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 677, 1619 - 1692.
- Rodríguez, M. (2016). *Lass garantías mobiliarias en la insolvencia*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Rodríguez, O. (2014). Sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos. *Revista Mercatoria*, 3 - 27.
- Sánchez, A. (2014). *Las garantías mobiliarias y la promoción del crédito*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Sánchez, S. (2001). *Preguntas y respuestas sobre la garantía mobiliaria en el Perú*. Perú: USS.
- Schultz, F. (1960). *Derecho romano clásico*. Madrid - España: Bosch.
- Superintendencia de Sociedades. (10 de Abril de 2018). *Normatividad conceptos jurídicos*. Obtenido de Oficio 220-050986: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-050986.pdf

- Superintendencia de Sociedades. (2020). *Atlas de Insolvencia – Insolvencia en Colombia: Datos y Cifras 14 de Abril del 2020*. Bogotá: Supersociedades.
- Superintendencia de Sociedades. (20 de 03 de 2020). *Insolvencia.co*. Obtenido de Garantías reales en un proceso de reorganización empresarial: <https://www.insolvencia.co/garantias-reales-en-un-proceso-de-reorganizacion-empresarial/>
- Ulrich, D. (2007). Proprietary Security in Movable in the 21st century. *Security Rights in Movable*, 123 - 161.
- Universida de los Andes. (2020). *Prelación de Créditos, contenido de cada clase, y repercusión en la prelación*. Bogotá: Uniandes.
- Vásquez, M y Ángel, A. (2011). La Insolvencia Transfronteriza: Generalidades De Un Fenómeno Económico Con Impacto Jurídico. *Criterio Jurídico S*, 145-164.
- Veiga, C. (2017). *Garantías Mobiliarias Ley 1676 de 2013*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Velásquez, G. (2010). *Estudio sobre las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Vélez, F. (1936). *Estudios sobre el derecho civil colombiano*. París: París América.
- Vélez, L. (2014). *La reforma de las garantías mobiliarias Ley 1676*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades .
- Villareal, M. (2010). *La buena fe en el derecho romano: Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Wilches, R. (2009). La Insolvencia Transfronteriza En El Derecho Colombiano. *Revista de Derecho*, 162 - 198.
- World Economic Forum. (2020). *The IMF says its forecast for the COVID-19 recession might now be too optimistic*. NY: WFE.