

Garantías y transformaciones en el derecho civil de los negocios: el caso de las garantías mobiliarias *

Guarantees and transformations in the civil law of business: the case of Proprietary Security Rights

Recibido: Septiembre 15 de 2020 - Evaluado: Octubre 30 de 2020 - Aceptado: Diciembre 04 de 2020

Carlos Andrés González León **

Para citar este artículo / To cite this Article

González León, C.A. (2021). Garantías y transformaciones en el derecho civil de los negocios: el caso de las garantías mobiliarias. *Revista Academia & Derecho*, 12 (22), 169-186.

Resumen:

El presente trabajo es un avance resultado de investigación en el que se expone cómo se ha afectado la concepción tradicional del derecho civil de garantía a partir del marco legal sobre garantías mobiliarias en Colombia. Para su construcción se hizo una revisión de los elementos que ha reconocido la dogmática del derecho privado con el fin de identificar el concepto de garantía frente a la reforma legal que buscó sistematizar en forma homogénea la regulación sobre la materia. Los hallazgos parten de la revisión desde la dogmática jurídica, a partir de fuentes documentales con el fin de hacer un estudio analítico de las mismas, el resultado permitió clasificar y establecer parámetros de comparación.

Palabras clave: Derecho privado, modalidades de garantía, garantías mobiliarias, contratos accesorios, obligaciones principales

* Este artículo es resultado que hace parte de la investigación que se adelanta en el grupo de investigación Teoría del derecho y Formación Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), investigación denominada: "Las garantías mobiliarias frente al régimen general de garantías en Colombia", Código 109, de la Convocatoria Bienal Interna de Proyectos de Investigación 2019-2020 que financia la Unab. Hace parte de la línea de investigación en tipicidad e interpretación del derecho privado.

** Investigador Junior (IJ) de Colciencias. Doctor en Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá. Maestro en Administración del convenio del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey - Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Comercial del convenio Universidad Externado de Colombia - Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Ciencia Política y en Derecho procesal Civil de la UNAB; Abogado, egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro del grupo de investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Árbitro y amigable componedor del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga. Es Miembro de la Academia de Historia de Santander y escritor. Orcid: Correo electrónico: cgonzale@unab.edu.co

Abstract:

The present work is an advance result of investigation in which it is exposed how the traditional conception of the Civil Security Rights has been affected from the legal framework on Law of Proprietary Security Rights in Colombia. For its construction, a review was made of the elements that the dogmatics of private law has recognized in order to identify the concept of guarantee against the legal reform that sought to homogeneously systematize the regulation on the matter. The findings are based on the review from legal dogmatics, from documentary sources in order to make an analytical study of them, the result allowed to classify and establish comparison parameters.

Keywords: Private Law, Security Rights modalities, Proprietary Security Rights, accessory contracts, main obligations.

Resumo:

O presente trabalho é um resultado avançado de investigação em que se expõe como a concepção tradicional do direito civil de garantia tem sido afetada desde o marco legal sobre garantias móveis na Colômbia. Para sua construção, foi feita uma revisão dos elementos que a dogmática do direito privado tem reconhecido a fim de identificar o conceito de garantia frente à reforma legal que buscou sistematizar de forma homogênea a regulamentação sobre a matéria. Os achados baseiam-se na revisão da dogmática jurídica, de fontes documentais, a fim de fazer um estudo analítico dos mesmos, o resultado permitiu classificar e estabelecer parâmetros de comparação.

Palavras-chave: Direito privado, modalidades de garantia, garantias reais, contratos acessórios, principais obrigações

Résumé:

Le présent travail est un résultat préliminaire d'une enquête dans laquelle il est exposé comment la conception traditionnelle du droit civil de garantie a été affectée par le cadre juridique sur les garanties mobilières en Colombie. Pour sa construction, une revue a été faite des éléments que la dogmatique du droit privé a reconnus afin d'identifier la notion de garantie contre la réforme juridique qui cherchait à systématiser de manière homogène la réglementation en la matière. Les constatations se fondent sur la revue de la dogmatique juridique, à partir des sources documentaires afin d'en faire une étude analytique, le résultat a permis de classer et d'établir des paramètres de comparaison.

Mots-clés: Droit privé, modalités de garantie, sûretés, contrats accessoires, obligations principales

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. -Esquema de resolución del problema jurídico- Plan de redacción. - 1. La garantía mobiliaria en Colombia. 2. La apropiación del concepto de garantía. 3. Accesoriedad y subsidiariedad. 4. Las garantías reales y personales. - Conclusiones. Referencias.

Introducción

Este documento es un avance resultado de la investigación sobre garantías mobiliarias frente al régimen general de garantías en Colombia, cuyo objetivo es determinar las condiciones básicas de las garantías en el derecho privado colombiano a partir de los cambios introducidos por la Ley 1676 de 2013.

Como avance, representa el resultado del esfuerzo por determinar los elementos básicos que estructuran las garantías en el derecho privado contemporáneo, por lo que parte revisión busca, desde el ámbito de la dogmática jurídica, establecer parámetros de comparación y asociar contextos de aplicación que permitan revisar las concepciones clásicas de garantía, los conceptos de accesoriadad asociados a la misma y los criterios que se tienen en cuenta para asegurar el cumplimiento del deudor y establecer un marco que permita evidenciar los avances, mejoras y cambios introducidos en el ambiente nacional con el nuevo régimen de garantías mobiliarias.

Uno de los aspectos relevantes que se han tenido en cuenta al observar el entorno en el que se encuentra ubicada la estructura sustancial y procesal de las garantías mobiliarias, es la importancia manifiesta en la actividad legislativa colombiana por la unificación a partir de recomendaciones y estándares internacionales acogiendo normas tipo o modelo¹ en un mundo globalizado en el que los rígidos esquemas concebidos por el derecho civil decimonónico, aún se encuentran al interior de las estructuras de los Estados nación, sustentados en la soberanía territorial hoy sobrepasada por los capitales y las diferentes manifestaciones con que obran las empresas transnacionales en el comercio globalizado. No en vano se observa la preocupación constante en distintas áreas del saber que ha girado en torno a la búsqueda de una explicación que se adecue a esas estructuras que fluyen por encima de las fronteras de lo nacional. Como explica Giddens (2000), existen dos grandes derroteros frente al tema de la globalización que necesariamente inciden en el campo jurídico: (i) el agotamiento de los Estados nación, la superación de los territorios y la soberanía, consecuencia del libre intercambio de bienes y capitales y el aumento de la intercomunicación global procurado con las interconexiones electrónicas, que hace pensar en la globalización como un fenómeno económico, y otro, (ii) más profundo y sustancial, que se fundamenta en la concepción global como un fenómeno no sólo económico, sino también político, tecnológico y cultural, en donde el contrapeso frente a la desigualdad y frente a los preocupantes riesgos ecológicos, aún se encuentra en un debate que encierra muchos riesgos y peligros².

¹ Un ejemplo es el conjunto de leyes modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que es el órgano jurídico para el Derecho Mercantil Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuyo objetivo ha sido la búsqueda de armonizar el derecho hacia la unificación en su aplicación, adaptándolo a las circunstancias cambiantes de la economía global. Es el caso de la Ley Modelo sobre garantías mobiliarias, aprobada por Resolución de 13 de diciembre de 2016. Sobre el tema puede consultarse el extenso trabajo coordinado por Jerez (2017) que recoge varias experiencias en la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI y revisa el caso de América Latina.

² Puede revisarse en Giddens (2000) el primer capítulo, al que hemos seguido en esta presentación y que plantea un panorama general sobre la globalización. Este documento resulta muy interesante porque representa un acercamiento inicial al panorama globalizado que ilustra las falacias conceptuales que aparecen asociadas al fenómeno. En igual forma se puede consultar *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo* (Beck, 2008), en particular el capítulo referente a las lógicas, dimensiones y consecuencias de la globalización.

Estos temas suponen la formulación de más preguntas que respuestas en el orden nacional, en la medida en que la adecuación de todos estos contextos normativos, apropiados o trasplantados para dar celeridad a los negocios, requieren de una revisión profunda frente a la estructura que tradicionalmente ha permeado, no solo la legislación sino también la forma de dar respuesta a los problemas sociales en nuestra economía, que responde a las preocupaciones de la empresa y la propiedad privada desde los espectros planteados por de la dogmática del derecho privado decimonónico. Confrontar los panoramas que se han venido manejando por la dogmática civil en la legislación y sus decisiones judiciales frente al descuello global, permite repensar categorías y apropiarse de una comprensión teórica más adecuada que fortalezca la actividad judicial permanente. Si bien la legislación incorporada en Colombia en el año 2013 obedeció al interés de fortalecer el crecimiento empresarial y sistematizar en forma adecuada el esquema de garantías existente, los modelos guía y las recomendaciones sobre la legislación estándar para el comercio internacional influyeron notablemente en la concepción.

El informe, en una primera parte, analiza la concepción adoptada sobre garantía mobiliaria en Colombia a partir de promulgación de la Ley 1676 de 2013, con el fin de evidenciar sus características básicas que parten de considerar la garantía como un negocio autónomo y principal. En una segunda parte se revisa el concepto de garantía y su estructura, para revisar, en los dos apartes finales, la concepción tradicional acerca de la accesoriedad de la garantía frente a las obligaciones garantizadas y sus efectos, y la clasificación de las garantías en garantías reales y personales. Por último, se ofrecen conclusiones.

Problema de Investigación

Para el desarrollo de la investigación que suscita la redacción del presente artículo se tuvo como pregunta orientadora la siguiente: ¿Cuáles son las condiciones básicas de las garantías en el derecho privado colombiano a partir de los cambios introducidos por la Ley 1676 de 2013?

Metodología

La investigación que se adelantó buscó responder desde la visión de la dogmática del derecho privado a la pregunta sobre cómo se ha afectado la concepción tradicional del derecho civil de garantía a partir del marco legal sobre garantías mobiliarias colombiano. La respuesta paradigmática en la que se amparan los esquemas anteriores a la legislación sobre garantías mobiliarias se sustentaba en la subsidiariedad y accesoriedad del contrato de garantía frente a obligaciones contractuales principales, en la distinción entre garantías personales y reales, sus efectos, y en una concepción fragmentada y restrictiva de la propiedad para la posibilidad del ejercicio de sus derechos. Por esta razón, es necesario evidenciar la ruptura del paradigma dogmático tradicional en busca de una concepción más flexible, dinámica y abierta, tal como lo evidencia la búsqueda global por la unificación de legislación mercantil internacional. Para responder a la pregunta, la investigación que se propone es teórica o básica (Aguirre-Román & Pabón-Mantilla, 2020), parte la dogmática del derecho privado con un modelo analítico – explicativo, a partir de la revisión de fuentes documentales, de tipo histórico, legislativas y académicas. Para el abordaje de las fuentes legales se empleó la técnica de análisis del discurso, a partir de la interpretación sistemática del contenido de la ley y las actas del Congreso, para lo cual se construyó una ficha de análisis documental y para la revisión de fuentes teóricas y doctrinales

se partió de la reseña analítica con el fin proponer criterios de análisis y realizar comparaciones en la materia de estudio³. El resultado y los hallazgos se exponen a partir de la descripción analítica.

Esquema de resolución del problema jurídico:

Para el desarrollo del problema jurídico el presente artículo se dividirá en cuatro partes. La primera correspondiente a la descripción de la garantía mobiliaria y su presencia en el ordenamiento jurídico colombiano. La segunda corresponde a la apropiación del concepto de garantía, en la que se profundizará sobre los elementos y características propios de dicho concepto. La tercera refiere a la accesoriadad y subsidiaridad en donde se profundizará sobre estas condiciones en relación con el concepto de garantía. En la cuarta parte se abordará lo referente a las garantías reales y personales y, finalmente, se expondrán las principales conclusiones de la investigación.

Plan de Redacción.

1. La garantía mobiliaria en Colombia

El modelo de garantías mobiliarias adoptado en Colombia a través de la Ley 1676 de 2013, revela tres propósitos diferentes, que deben ser tenidos en cuenta para comprender el sistema de garantías acogido: el primer propósito, de orden práctico, consiste en dinamizar las posibilidades de acceso al crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas (en adelante PYMES), con el fin de financiar sus proyectos.

Es evidente que las legislaciones decimonónicas fijaron su atención principalmente en el concepto de derecho real para el manejo de los esquemas de garantía de las obligaciones, la preferencia por garantías como la hipoteca y la prenda resulta manifiesta en los marcos legislativos de finales del siglo XIX y de buena parte del XX. Este rígido sistema sostenido exclusivamente en la posibilidad de persecución y preferencia sobre los derechos de propiedad, con procedimientos de ejecución especiales, sujeta los proyectos nuevos, de formalización empresarial incipiente a dificultades para el apalancamiento, en la medida en que la ausencia de recursos y patrimonio inicial es baja en las PYMES, por lo que el costo del crédito, medido por su riesgo y por la ausencia de bienes propios que sirvan de garantía, dificulta desde su arranque el crecimiento empresarial. Un ejemplo de lo anterior se puede encontrar, como explica González (2019), al estudiar el caso de la fiducia de garantía en la historia de los procedimientos concursales en el país, el esquema de concurso previsto por el Código de Comercio colombiano (Decreto 410, 1971), establecía la posibilidad de que los acreedores amparados con garantía real no se hicieran parte del concurso imposibilitando marcos de negociación para la empresa en dificultades, porque los bienes amparados con garantías como hipoteca y prenda podían ser objeto de ejecuciones ajenas al mundo del concurso, impidiendo la realización de los principios de universalidad e igualdad de los

³En el diseño también se han tenido como modelo los trabajos de Tarello (1995), sobre cultura jurídica e ideología para la revisión de la dogmática del derecho privado. Botero (2003), sobre la técnica documental y Mejía Quintana (2014), sobre hermenéutica crítica. En igual forma ha resultado de gran utilidad el manual de la CLACSO, coordinado por Sautu (2010).

acreedores, razón por la cual el legislador extraordinario, cambia el sistema y los obliga a hacerse parte del procedimiento (Decreto 350, 1989) con el fin de sujetarlos a la suerte del concurso, pero respetando sus derechos como acreedores con garantía real. Esta dinámica hizo que los modelos de garantía preferidos por el sector financiero variaran, en la búsqueda de esquemas que no se afectaran por el concurso, como resultó el caso de la fiducia de garantía en el país. Aquí sucede lo mismo, detrás de todos estos esquemas hay un objetivo básico, la necesidad de lograr disminuir el riesgo frente a la financiación y sus costos, dinamizar las garantías significa dinamizar costos de financiación, y lograr el acceso al crédito para más actividades empresariales.

Este primer propósito, va de la mano con un segundo objetivo que podría describirse como la búsqueda por lograr una concepción de garantía acorde con las necesidades de la actividad empresarial y financiera contemporáneas. En este sentido, se pueden encontrar dos grandes temas de trabajo: de una parte, la actualización y armonización legislativa frente a las dificultades de contratos, derechos y sistemas de ejecución de garantías, dispersos, rígidos y desarticulados⁴. Aquí debe incluirse la reflexión, producto de varios años de experiencia de las autoridades administrativas (Superintendencia de Sociedades, principalmente) en materia de salvamento de la empresa en crisis, que llevó a un intenso trabajo legislativo, que pasó de sistemas rígidos de concurso a esquemas contractuales, hasta llegar a las concepciones contemporáneas de insolvencia y salvamento, previstas en la Ley 1116 de 2009, y articuladas con las reglas de garantías mobiliarias. El segundo aspecto consiste en dinamizar el concepto de garantía pensando más en la eficacia de la garantía y en la realización de los derechos de las partes involucradas en el contrato de garantía. Es por esta razón que el legislador en sus discusiones prefirió omitir el término prenda para romper el paradigma⁵:

⁴ Explica la ponencia en segundo debate del proyecto “por el cual se promueve el acceso al crédito y dictan normas sobre garantías mobiliarias, que el proyecto discutido fue producto del trabajo realizado por la Superintendencia de Sociedades, una Comisión de Expertos sobre la materia, asesorados por el Banco Mundial y la *National Law Center for Interamerican Free Trade*, que tuvieron en cuenta la Ley Marco de la OEA sobre el tema y las recomendaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), discusiones en las que se evidenció que el sistema colombiano se encontraba fragmentado no solo en lo legal, sino también en los esquemas registrales, de publicidad y el judicial frente a la eventual ejecución de la garantía: “De acuerdo con el estudio adelantado por la Comisión de Expertos que redactó este proyecto los problemas que se encontraron van desde: “...la fragmentación del sistema no solo desde el punto de vista legal, sino también en aspectos tales como el registro y la publicidad” hasta la “Congestión de la Rama Judicial y las dificultades de índole procedimental que impiden una ejecución ágil y oportuna” (Congreso de Colombia, 2012, pág. 1).

⁵ Sobre la ruptura del paradigma, sugiere Veiga Copo (2017), que la búsqueda de uniformidad en el tratamiento de las garantías frente al esquema de los derechos reales es una exigencia contemporánea: “Ha llegado el momento de reflexionar y al menos pensar en la utilidad, por un nuevo enfoque, un nuevo paradigma, práctico y funcional, a saber, la unificación de un modelo general y holístico de garantía real que subsuma e integre, de un modo global, las garantías que puedan constituirse sobre bienes muebles, así como sobre derechos y créditos. Modelo y enfoque que puede ser único o convivir con algunas de las ya existentes garantías reales. El reto de armonizar las garantías reales es titánico, y lo es por las distintas experiencias jurídicas, sistemas, así como las propias garantías reales. El derecho comparado se dirige desde hace muchos años por esta senda, combinando incluso tradiciones anglosajonas con las más puras romanistas” (págs. 137-138), y más adelante agrega en su preocupación por la renovación de la concepción global, contemporánea sobre la garantía: “Los viejos diseños y prototipos ideales de garantías, sean hipotecas o prendas, sean fianzas o aavales, han sido superados. Es la complejidad, el entrelazamiento encadenado de garantías, incluso de distinta naturaleza, las cláusulas omnibus y de prolongación, la pignorabilidad de los créditos, de las deudas futuras, la ruptura del dogma de la accesoriedad, incluso la abstracción de la garantía personal, su independencia y vigencia y vitalidad per se, las que abren nuevos derroteros y exigen nuevas formulaciones jurídicas.” (pág. 174). También pueden consultarse los estudios de Herrera & Alfaro (2011) y de Ramírez Torres (2015) que observan cómo hay una ruptura del paradigma contractual en materia de garantías, que vuelca la dogmática hacia el reconocimiento de las exigencias

El texto original consagró un cambio conceptual en el artículo 3° frente a la expresión “prenda”, que insistió la Comisión Redactora, era necesario modificar para eliminar las trabas que ello implicaba, se cambió entonces el anterior término por el de “garantía real” sobre bienes muebles.

Con la nueva definición, se hace viable gravar inventarios flotantes, bienes a adquirirse en el futuro, inventarios de bienes no identificados plenamente o cuentas por cobrar no presentadas en títulos de crédito, y ello aumentará las operaciones financieras y los tipos de bienes que podrán ponerse como garantía real en los préstamos que se soliciten. (Ley 1116, 2006, pág. 2).

El tercer propósito fue el de contar con un sistema de garantía mobiliaria uniforme, que agrupara las distintas modalidades contractuales que comprenda la garantía sobre bienes muebles, no importa la denominación contractual que tenga, es decir que propone un contrato de garantía mobiliaria normativo frente a una concepción más dinámica de la garantía que gira en torno a los esquemas de registro, publicidad, preferencia y ejecución. Si se observa la Ley 1676 de 2013, parte de establecer un marco conceptual de la garantía, el contrato, y sus efectos, sino que muestra una particular atención a las consecuencias propias del registro. Es decir, si bien el efecto natural de la garantía es la afectación sobre el bien objeto de la misma, el núcleo fuerte del concepto de garantía y de su ejecución, gira en torno al registro y a los efectos que de éste se desprenden, en particular frente a la preferencia. Es por eso que el sistema unitario de garantías previsto en la ley, establece que el contrato de garantía mobiliaria es un contrato principal, rompiendo el paradigma de la accesoriadad y subordinación de la garantía a contratos principales.⁶ El contrato de garantía tiene como partes al garante y al acreedor garantizado, y tiene como elemento central el registro, es decir, que una vez hecho el contrato, este debe registrarse con el fin de obtener la prelación para el ejercicio del derecho que incorpora. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cuando las garantías mobiliarias son sin tenencia, el registro puede ser anterior al contrato de garantía, de ella deriva su oponibilidad. Es por esto que el sistema previsto en la ley, determina que “Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita” (Ley 1676 de 2013, artículo 48, inciso 2°). En ese sentido, el sistema colombiano parte de establecer nuevas condiciones para las garantías: contrato principal, sistema de registro electrónico, sistema de prelación y oponibilidad en función al registro, descontados los ágiles procedimientos de ejecución, entre los que se incluye el pacto comisorio⁷.

globales sobre la financiación y sus garantías, así como el tratamiento de los acreedores garantizados en la reorganización empresarial (Ley 1116 de 2006).

⁶ El artículo 3° de la Ley 1676 de 2103, al desarrollar el concepto de garantía mobiliaria como contrato normativo y principal, establece que la garantía como contrato normativo, acoge todo tipo de negocio que tenga como objetivo garantizar el cumplimiento de una obligación con bienes muebles del garante, y en ese sentido incluye negocios tales como “...aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley”. Y agrega en el inciso 3° que: “Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley”.

⁷ En efecto, se establecen sistemas de pago directo, de ejecución especial de la garantía, no solo por vía judicial, también con participación de notarios y cámaras de comercio, y sujeta a la fiducia de garantía a las reglas de ejecución

2. La apropiación del concepto de garantía

El primer sentido descriptivo del concepto jurídico de garantía se encuentra asociado al concepto de cumplimiento: la garantía busca asegurar el cumplimiento efectivo de una obligación. Es la protección del acreedor frente al eventual riesgo de incumplimiento de un deudor llamado al pago. Por eso la concepción típica del concepto se realiza en la descripción normativa del cumplimiento acompañado de la garantía general que tienen los acreedores sobre el patrimonio del deudor⁸. Cualquiera que sea el alcance y efectos de la garantía prestada, su eficacia patrimonial depende de las características y estructura de las obligaciones que se busca garantizar.

El acreedor contemporáneo no quiere sólo el manejo de una garantía instrumentada a partir de un contrato, prefiere mejor, tener la adecuación perfecta, el manejo rápido y altamente operativo desde el punto de vista jurídico para lograr el cumplimiento o evitar los efectos propios del siniestro que produce el impago. Esto hace que los instrumentos utilizados amplíen su atención hacia expectativas de reducción de riesgo⁹ más que hacia el mismo concepto de cobertura total, cuyo desarrollo y contenidos son bien diferentes a los que supone la garantía como estrategia de cumplimiento. La garantía no disminuye por sí sola la incertidumbre frente al incumplimiento, no se trata de evitar el impago, se trata de minimizar los efectos del incumplimiento y en la medida de lo posible de reducir las externalidades negativas del mismo¹⁰.

previstas en el acuerdo contractual. Puede encontrarse el conjunto de mecanismos y procedimientos en el Título VI, Ley 1676 de 2013, artículos 57 a 77.

⁸ Es la relación del Artículo 2488 del Código Civil Colombiano: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”. Esta norma es asociada con frecuencia para indicar que el patrimonio de las personas es una universalidad jurídica dispuesta como garantía general de los acreedores, sin embargo, el concepto de patrimonio como universalidad jurídica no permite la disposición general de todos los bienes que lo componen, por lo que es un error presentarlo como una garantía general de tipo personal bajo el entendido de que autoriza su afectación como conjunto al pago de las obligaciones del deudor, cuando lo que autoriza es a que el acreedor realice el derecho a perseguir bienes singulares, específicos, identificados a través de los mecanismos procesales de ejecución y no la ejecución y realización del patrimonio como una universalidad jurídica.

⁹ Sobre el particular tema del riesgo y del seguro como forma de cobertura ante eventuales siniestros Giddens (2000) explica que “El seguro sólo es concebible donde creemos en un futuro diseñado por los hombres. Es uno de los medios para ejecutar ese proyecto: proporciona seguridad, pero en realidad es parasitario del riesgo y de las actitudes de la gente hacia él. Aquellos que ofrecen seguros, ya sea en forma privada o sistemas estatales de bienestar, están, simplemente, redistribuyendo riesgos. Si alguien suscribe un seguro de incendios para el caso de que su casa se queme, el riesgo no desaparece. El dueño traspa el riesgo al asegurador a cambio de un pago. El intercambio y transferencia de riesgos no es un rasgo accidental en una economía capitalista. El capitalismo es impensable e inviable sin ellos (pág. 38).

¹⁰ Sobre el particular puede consultarse el estudio de Gaviria (2015). El trabajo revisa algunas perspectivas desde el análisis económico, concentrándose en la reducción de las asimetrías frente al pago de las obligaciones, la disminución de riesgos y costos y los beneficios que representa para la oferta de crédito en el mercado financiero. Una de sus conclusiones es que la legislación sobre garantías mobiliarias en Colombia, agiliza los sistemas de ejecución frente al incumplimiento y con ello se “(...) logra el objetivo de reducir los costos de reposición de un activo entregado como garantía al desplazar elegantemente del acreedor al deudor el riesgo y el mayor costo derivados de la lentitud de un proceso ejecutivo” (pág. 94).

Podría indicarse que, si la garantía es un respaldo al cumplimiento de una obligación debida, cuatro aspectos deberían abordarse con el fin de determinar sus condiciones: (i) El primer aspecto se refiere a su accesoriidad, en la medida en que una revisión inicial permite colegir que la garantía como respaldo es una obligación diferente de la obligación que se busca garantizar y por lo tanto accede a ella. Esto conlleva, establecer como criterio distintivo de la garantía su accesoriidad; (ii) A su vez, como un segundo elemento para el análisis, deberá tenerse en cuenta si la garantía es subsidiaria a la obligación con cobertura y con esto pasar a establecer sus coincidencias o diferencias con la accesoriidad; (iii) En tercer lugar, observar dentro de esos marcos, qué se ofrece como garantía y por lo tanto hacer la tradicional distinción entre garantías personales y reales, y revisar si las condiciones (i) y (ii) se encuentran en ese tipo de garantías, para, en cuarto lugar, (iv), determinar las condiciones de aquellas garantías que se consideran como autónomas o independientes¹¹.

3. Accesoriidad y subsidiaridad

Es común hacer referencia a la accesoriidad como un elemento estructural de orden general presente en los contratos y obligaciones de garantía. El mismo Código Civil lo dispone al distinguir entre contratos principales y accesorios: “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” (Artículo 1499). Es decir que el proyecto moderno de garantía integrado en el código, considera que las obligaciones de aseguramiento son accesorias y lo accesorio depende por tanto de lo principal, esto trae como consecuencia que no pueden darse, con ese criterio, ni la autonomía ni la independencia contractual. Fallida, agotada, cumplida la obligación principal, deja de subsistir la obligación accesorial de garantía, lo cual no es muy afortunado porque sugiere que sólo las garantías son accesorias y por lo tanto no pueden darse otros contratos que reúnan la condición de accesoriidad sin que sean garantía, y además convierte lo accesorio en determinante para el esquema de garantías.

El diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE) (2020), define lo accesorio, en sus dos primeras acepciones, como aquello “...(Q)ue depende de lo principal o se le une por accidente” o que es “secundario” en oposición a lo principal.¹² Si se extendiera ese concepto, no se encuentra razón para afirmar que lo accesorio no tiene autonomía, pues el hecho de la formación plena de la obligación principal o de la obligación accesorial, no resta eficacia a

¹¹ Sobre las características de los contratos de garantía y en particular sobre la prenda, pueden consultarse Mendoza Ramírez (2005) y a Varón Palomino (2005), de estos trabajos resulta muy interesante contrastar las posturas tradicionales sobre garantías descritas con los nuevos esquemas de garantías mobiliarias. En igual sentido la investigación de Sánchez Belalcázar (2018) sobre garantías mobiliarias y promoción del crédito, en el que también se revisa el concepto general de garantía frente a la legislación colombiana de garantías mobiliarias, así como el trabajo de León-Robayo & González-Umbarilla (2015).

¹² En igual forma la RAE define subsidiario así: “subsidiario, ria. Del lat. *subsidiarius*. 1. adj. Que se da o se manda en socorro o subsidio de alguien. 2. adj. Der. Dicho de una acción o de una responsabilidad: Que suple a otra principal. derecho subsidiario” (2020).

los negocios en forma automática e inmediata y no determina la estructura y función económica y social de los mismos. Mendoza (2005), al referirse a la norma civil considera que la accesoriedad contractual no requiere de la existencia de otro contrato y que por el contrario pueden aparecer situaciones en las que se aprecia:

(...) la constitución de las llamadas garantías abiertas, es decir, de aquellas que puedan respaldar no solamente obligaciones previas o concomitantes, sino también compromisos aún no constituidos, indica la posibilidad de que las obligaciones que derivan del contrato accesorio, como es la del fiador de responder por el compromiso de su fiado o la del deudor hipotecario de atender con el bien hipotecado el cumplimiento de la obligación respaldada, crean obligaciones que existen o que pueden existir aun antes de que se hayan constituido aquéllas de carácter principal (Mendoza Ramírez, 2005, pág. 202).

Rodríguez González (2018), al revisar el tema de la accesoriedad en los contratos de garantía, estudia sus orígenes en el Derecho Romano con el fin de responder si era éste un elemento propio de los esquemas de garantía, para lo cual analiza las figuras contractuales antes y después de las compilaciones de Justiniano. En la primera etapa lo primero que encuentra es que no había unificación de los sistemas de garantía ni tenían la accesoriedad como elemento propio de su estructura. Por lo accesorio entiende la "(...) exigencia de que la obligación del garante no resulte más gravosa que la que asume el deudor principal" (pág. 51), y en ese sentido explica que aparecen como caracteres propios la:

Necesidad de validez y eficacia de la obligación garantizada para que pueda hacerse valer la garantía; las vicisitudes de la obligación garantizada (extinción total o parcial por pago u otro mecanismo de extinción de las obligaciones) afecten directamente la garantía; el garante pueda oponer al acreedor excepciones procesales derivadas de la obligación garantizada; y por último, la obligación de garantía es siempre subsidiaria respecto de la obligación principal" (Rodríguez González, 2018, pág. 51).

Rodríguez González (2018) tiene en cuenta tres grupos de negocios: la *sponsio*¹³, el *fideipromissio* y la *fideiussio*¹⁴, como garantías promisorias que incorporan una obligación a otra existente, en donde la acción genética, solo alude al momento del nacimiento de la obligación o a su validez, pero son autónomas una de otra, es decir, si bien son accesorias, no son dependientes una de otra y se explican más por la solidaridad como forma de obligarse que por la subsidiaridad. En este punto, el término subsidiario parece ajustarse a condiciones de equidad, es decir, a la exigencia de que el garante no cumpla con su obligación pagando más que el deudor principal. El

¹³ Explica Petit (2007) sobre estos negocios que: "La palabra *stipulatio* se aplica en general al conjunto del contrato. Pero en un sentido más restringido, designa el papel del acreedor, mientras que el papel del deudor se llama *sponsio* o *promissio*" (pág. 334). Rodríguez González (2018) también incluye en su trabajo las garantías otorgadas por los *vades* o *praedess* quienes garantizaban en forma personal hechos debidos por otros (pág. 48), figuras que desaparecen en el período clásico, y el *receptum argentarii* como modo de reforzar las obligaciones adquiridas a través de los banqueros, quienes asumían el compromiso de pagar la deuda de su cliente de manera independiente a la obligación principal (pág. 57). Este negocio de garantía personal aparece con el derecho romano justinianeo.

¹⁴ En igual sentido: "La antigüedad y la comodidad del contrato de estipulación la hicieron en primer lugar, y durante largo tiempo, el único procedimiento empleado para realizar el compromiso de las cauciones; de donde su nombre de *adpromissores*. Bajo esta designación general se comprendían tres especies: los *sponsores*, los *fideipromissores* y los *fideiussores*." (Petit, 2007, pág. 357).

segundo lo conforma el *madatum pecuniae credenda*, consistente en la solicitud que se hace a otro para que preste dinero a un tercero, negocio de mandato con sus acciones propias encaminadas al cumplimiento de lo prestado, es decir de la finalidad del objeto del mandato como contrato independiente y autónomo frente al mutuo o préstamo celebrado. Finalmente, la *Constitutum debiti alieni*, consistente en la asunción de una deuda ajena a partir de la deuda de otro, en la que la modificación del negocio base no alteraba la obligación adquirida con la *constitutio*, por lo que no había accesoriedad. Finalmente resalta que el derecho Justiniano unifica los sistemas de garantías, pero no las consolida en términos de la accesoriedad. Por lo que se insiste, la accesoriedad es un elemento moderno en los esquemas de garantías a pesar de que la proyección de los negocios supere la rigurosidad conceptual de las codificaciones decimonónicas, como sucede con las previsiones del Código Civil.

Sin embargo, hay posturas más conservadoras que buscan uniformar la accesoriedad a partir del negocio de la fianza, como la de Gómez-Blanes (2009), que, al estudiar el tema en relación con la visión contemporánea de la fianza, considera que la accesoriedad es un término fundamental en la garantía y que frente a la autonomía no son más que términos relativos:

(...) toda garantía de un crédito, por el simple hecho de ser garantía de un crédito, es accesorial del crédito que garantiza. Se trata de una elemental exigencia de lógica jurídica: siempre se garantiza algo, la garantía siempre lo es de algo. Por definición, tiene que haber una relación de dependencia entre el objeto asegurado y la garantía que se constituye en su seguridad. La fianza es la garantía personal del crédito (Gómez-Blanes, 2009, pág. 51).

4. Las garantías reales y personales

Si bien el concepto de garantía supone el respaldo de una obligación debida, uno de los puntos que aparece en su desarrollo consiste en que el reforzamiento y la seguridad para el acreedor puede conectarse con relaciones jurídicas de la más diversa índole, que superan cualquier intento de homogeneización dogmática.

Tratar de enraizar el concepto de reforzamiento de las obligaciones en conceptos como la subsidiaridad o accesoriedad o de establecer criterios que determinen la autonomía o independencia entre prestaciones llamadas principales o accesorias, es desconocer los entornos cambiantes de las sociedades y de los negocios, que además de enfrentar el panorama de las interconexiones globales y de las inversiones y transacciones internacionales, con su movilidad transnacional, buscan en forma permanente, como estrategia de acción, superar la identificación con un territorio o con un elemento local (incluido el de las reclamaciones y sus procedimientos), por fórmulas que agilicen el cumplimiento o los requerimientos frente al mismo¹⁵.

¹⁵ Rodríguez Olmos (2018) explica como las empresas superan las fronteras nacionales dejando atrás al modelo de Estado nacional fundamentado en la soberanía territorial con todos sus efectos, evidenciando la insuficiencia de los ordenamientos jurídicos locales frente a los fenómenos de deslocalización y desterritorialización propios del panorama transnacional empresarial, en donde las empresas fijan sus propios estatutos y reglas que son en la práctica una carta de principios de gobierno que supera las estrategias nacionales por proteger los derechos. La sujeción a estándares contractuales internacionales, a tribunales arbitrales internacionales, a estatutos y contratos cuya discusión deja entrever la estrategia de los mercados internacionales para la protección de la volátil inversión extranjera, con cláusulas de protección en acuerdos de libre comercio evocados para la resolución de conflictos propios de un régimen

El contenido tradicional de los conceptos de garantía supone preguntarse quién garantiza o con qué bienes o con qué contratos, lo cual lleva a resolver preguntas tales como, cuál es la mejor manera de reducir la posibilidad de incumplimiento (cómo puedo administrar el riesgo) y de producirse el incumplimiento, cómo ejerzo en forma expedita la garantía. Este ámbito de preguntas muestra el amplio panorama en el que se proyecta la garantía de las obligaciones contemporáneas, a tal grado que el marco de las garantías mobiliarias que se ha adoptado en el país responde a modelos propuestos para la unificación del derecho comercial internacional que encuentran su fundamento en el crecimiento de la financiación, la actividad empresarial y una mejora en los mecanismos de garantía frente a las instituciones financieras, en principio con el objetivo de lograr que la pequeña empresa tenga opciones de ser financiada¹⁶.

Por eso la forma en que la dogmática jurídica aborda el tema de la garantía en el país, suele partir de la clasificación de las coberturas en personales y reales, con la finalidad básica de determinar si las garantías consisten en disposición general del patrimonio personal de un tercero garante o si se confiere un derecho sobre la propiedad o disposición de un bien, estas últimas derivadas de la estructura del *pignus* romano y consideradas como un derecho real, bien sea de hipoteca (bienes inmuebles) o de prenda (bienes muebles), caso último en el cual se debe tener en cuenta el conjunto de modificaciones introducidas al régimen dispuesto en los códigos civil y mercantil por la Ley 1676 de 2009, pues la prenda queda inmersa en el concepto de garantía mobiliaria y por lo tanto cambia por entero su régimen¹⁷.

contractual, son un ejemplo de este panorama. (págs. 164-168). Esta importante reflexión también la hace Bauman (2005): la globalización hace que se superen las restricciones espaciales, hay plena movilidad así estemos en casa, porque nos encontramos interconectados. En la esfera de la actividad empresarial, el dinero, los capitales se desplazan rápidamente: "...lo suficiente para mantener un paso de ventaja sobre cualquier gobierno (territorial, claro está), que intente limitar y encauzar sus movimientos". (pág. 75). El Estado en la concepción moderna buscaba agenciar el poder (entre ellos el derecho) en su territorio, ese sentimiento de justicia universal se altera por el elemento global, la idea de legitimidad y orden modernos a través del agenciamiento estatal se pierde con lo global que no tiene controles y representa desorden frente a lo localizado. "Las fuerzas que lo erosionan son transnacionales. Puesto que los Estados nacionales son el único marco existente para los balances contables y las únicas fuentes efectivas de iniciativa política, la "transnacionalidad" de las fuerzas que los erosionan los excluye del terreno de la acción deliberada, resuelta, potencialmente racional" (pág. 77).

¹⁶ La exposición de motivos del proyecto de ley sobre el tema de garantías mobiliarias indicaba: "El proyecto busca actualizar el derecho de garantías mobiliarias colombiano y ajustarlo a los estándares internacionales, con el propósito de que más ciudadanos y pequeñas empresas tengan acceso al crédito. Mediante esquemas más ágiles y flexibles como los que se proponen en este proyecto de ley, las personas y compañías en general, pero en especial, las pequeñas y medianas empresas, podrán respaldar sus créditos con sus inventarios o sus cuentas por cobrar. Así las cosas, los empresarios recurrirán menos al crédito informal al tiempo que los bancos verán disminuido el riesgo al conceder dichos créditos." (Gaceta 69 de 2012. Proyecto de ley número 200 de 2012 Senado, 2012, pág. 17).

¹⁷ En efecto, el artículo 3 de la Ley 1676 de 2013, incisos segundo y tercero, establece que: "Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.

"Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal,

Por si misma la clasificación muestra una mínima aplicación del concepto de accesoriedad solo aplicable para efectos prácticos a la concepción tradicional de la fianza, en donde su operatividad es relativa teniendo en cuenta que lo accesorio se predica de la posibilidad de que el contrato de fianza se circunscriba a un contrato de crédito principal en forma exclusiva y que éste sea cumplido. Los denominados beneficios de excusión y de división guardan relación más con criterios de equidad y de subsidiariedad que a la consideración de la eficacia del negocio de cautela en relación con lo que suceda frente a la obligación principal. Justamente, el reclamo contemporáneo consiste en ampliar los marcos de la fianza en función de su autonomía y no del concepto funcional de accesoriedad como ya se explicó atrás¹⁸. De hecho, esos elementos de accesoriedad y subsidiariedad realizados a través de las diferentes defensas con que cuenta el fiador, han desestimulado su uso contemporáneo y trasladado sus esquemas y formulación hacia criterios más fáciles de instrumentar, como resulta el caso del uso en los mercados de la solidaridad como forma de obligarse y el uso de los instrumentos cambiarios, con carta de instrucciones para ser llenados en caso de incumplimiento (pagarés y letras de cambio).

En ambos casos el tercero garante suscribe los documentos contractuales o el título valor en forma solidaria, al igual que el beneficiario económico de la obligación principal, por lo que no sólo se elimina la accesoriedad o la subsidiariedad, sino que se responde en forma directa y solidaria por la obligación. Debe observarse que en este caso no hay autonomía sino solidaridad, que son dos aspectos diferentes con efectos distintos, porque en la solidaridad, por tratarse de obligaciones con pluralidad de sujeto (en este caso pluralidad pasiva), entre ellos lo que opera es la mancomunada, lo cual le permite al acreedor escoger a quién y de qué manera se va a cobrar lo debido, si a uno o a todos, si la totalidad o la cuota parte. Esto, en efecto, da celeridad al proceso, pero evidencia que el concepto de garantía se logra no con un instrumento de cobertura propiamente tal, sino con el uso de una forma de obligarse.

En el caso de la autonomía, podría ilustrarse con la garantía cambiaria típica que representa el aval. La suscripción como avalista es autónoma en la relación cambiaria y por lo tanto independiente para su exigibilidad, algo muy distinto de la solidaridad como forma de obligarse¹⁹.

prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley” Ese es uno de los referentes más importantes en la dinámica de unificación propuesta en el modelo de ley propuesto por la CNUDMI (2016). Lo anterior asociado al tema de la seguridad en el manejo de la garantía a través de la información pública y de la seguridad en el esquema de prelación y ejecución de la garantía en caso de incumplimiento. Jerez Delgado (2017) lo enuncia así: “La publicidad de las garantías mobiliarias sirve a la protección del acreedor desde dos puntos de vista: 1.º Frente a terceros adquirentes del bien objeto de la garantía; y, 2.º Frente a otros acreedores (prelación de créditos). De ahí que un sistema moderno de garantías mobiliarias requiera una clara definición de los mecanismos de publicidad y del alcance de los mismos.” (pág. 53).

¹⁸ En ese sentido pueden consultarse los trabajos de Gómez-Blanes (2009) y de Rodríguez González (2018).

¹⁹ Obsérvese la diferencia en las normas comerciales colombianas, el avalista es autónomo: “El avalista quedará obligado en los términos que corresponderían formalmente al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea.” (Decreto 410, 1971, artículo 636). La solidaridad es diferente: “Cuando dos o más personas suscriban un título-valor, en un mismo grado, como giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, avalistas, se obligará solidariamente” (Decreto 410, 1971, artículo 632).

Un caso muy especial lo ofrecen los procedimientos concursales frente a la aparición de la fiducia en garantía en el país²⁰. Este caso sirve como forma ilustrada de revelar las tesis de North (2006) acerca de la eficiencia en el cambio de las instituciones y sus ajustes. Las instituciones son en este caso reglas de juego formales que permiten a los mercados saber cómo interrelacionarse y determinar costos de oportunidad y transacción en sus decisiones. Las sociedades requieren de reglas de juego claras y estables. Sin embargo, las organizaciones (como estructuras de poder) pueden modificar las instituciones por las vías formales sin que su alteración sea necesariamente provechosa. Si el cambio aumenta los costos de transacción en los mercados (por ejemplo, altera el nivel de riesgo), la reacción, por lo tanto, es cambiar el juego y buscar mejores alternativas para lograr los objetivos, que pueden ir desde mayores utilidades o cualquier otro nivel de externalidad positiva frente a la decisión. En Colombia el Decreto 410 de 1971, estableció un régimen de concurso que permitía a los acreedores con garantía real (hipoteca o prenda), escoger si permanecía en el concurso o si realizaba la garantía por fuera del mismo. Esta legislación hacía trizas los principios de igualdad de los acreedores y de universalidad objetiva y subjetiva del concurso. La reacción de los acreedores, particularmente de los acreedores bancarios fue volcarse por el instrumento de garantía real para evitar la participación en el procedimiento de concurso.

Esta situación descrita se corrigió con la expedición del Decreto 350 de 1989, que reforzó los principios naturales de los procedimientos concursales al exigir que los acreedores con garantía real se hicieran parte del concurso y corrieran su suerte, respetando la preferencia derivada de su derecho real en el orden de prelación y ordenación de los créditos dentro del proceso.

La consecuencia de la norma produjo el efecto que explica North (2006): los acreedores institucionales se volcaron hacia una fórmula que permitiera la realización de la garantía en forma autónoma sin tener que participar del procedimiento concursal. Es en ese punto en el que aparece la figura de la fiducia de garantía como forma de separar patrimonialmente bienes del deudor, enajenado a título de fiducia un conjunto de activos que administra la sociedad fiduciaria y que responden en forma autónoma frente al pago de las obligaciones frente a terceros beneficiarios, particularmente instituciones financieras. Como los bienes se enajenan a título de fiducia, no hacen parte de la masa del concurso y, por lo tanto, una vez se informe del incumplimiento por los beneficiarios de la fiducia (acreedores), la sociedad fiduciaria procede a enajenar y realizar la garantía con fines de pago.

Este ejemplo muestra cómo los esquemas de garantía no se circunscriben a un contexto homogéneo y uniforme de contrato de garantía y no se resuelven en una sola forma, sino que pueden tomar los matices más operativos y prácticos incluso si bordean los marcos funcionales propios de la principalística de algunas instituciones legales, lo que hace que sea la autoridad administrativa o judicial quien a través de sus decisiones encauce los derechos violentados, que como en el caso en comento, no son otros diferentes a incorporar los negocios fiduciarios a las exigencias del concurso, como en efecto hizo en su época, con fallos muy discutidos, la Superintendencia de Sociedades Colombiana.

²⁰ Se puede consultar el trabajo de González (2019) sobre el tema de los patrimonios autónomos y su tratamiento en Colombia. La introducción y el capítulo cuarto evidencian casos que rompen con los paradigmas tradicionales en materia de concursos y hace un recorrido extenso por el proceso de cambio institucional en materia de procedimientos concursales desde la expedición del Código de Comercio en 1971 hasta la expedición de las normas sobre garantías mobiliarias y sus reglamentaciones posteriores.

Rodríguez Olmos (2014) explica en su trabajo sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo, que la rigidez e inmovilidad de las garantías en los países que siguen en su estructura jurídica la tradición romano-germánica, como es el caso de Colombia, ha llevado a revisiones sobre sus categorías y ajustes normativos, por lo que:

La inmovilidad en esta materia en líneas generales se puede atribuir tanto a la respuesta que la práctica comercial ofreció, adaptando figuras cuyo fin primordial no era servir de garantía, como a la flexibilización de las garantías previstas en los códigos civiles (...). Es por eso que al lado de figuras que desde el punto de vista formal fueron creadas como garantía (garantías formales), se desarrollaron figuras que la doctrina considera que solo desde el punto de vista funcional son garantías (garantías funcionales) (Rodríguez Olmos, 2014, pág. 2).

Ejemplos de negocios autónomos e independientes que sirven como expresión viva de la garantía de cumplimiento, como pueden serlo la apertura de crédito, las cartas de crédito *stand by*, las cartas de compromiso empresarial y las garantías mobiliarias, hacen que las concepciones tradicionales de la civilística deban ser repensadas y reestructuradas desde sus fundamentos teóricos y clasificaciones doctrinales.

Conclusiones

En el estudio de las garantías aparece, en primer lugar, la evidencia de que el entorno tradicional ha variado por la exigencia de los mercados y los negocios. Por lo que el enfoque ofrecido desde la dogmática jurídica a partir de los criterios de accesoriedad y subordinación es insuficiente para explicar el panorama de protección a los acreedores y la forma en que se respaldan los negocios con coberturas contractuales y diseños ágiles que permitan reforzar el cumplimiento y las posibilidades de realización del mismo. De igual manera, en segundo lugar, aparece que las clasificaciones que se estructuran a partir de la respuesta patrimonial personal o con la realización de derechos reales específicos, como lo presenta la distinción entre garantías personales y reales, se queda corta, por varias razones, una de ellas, la dificultad con la accesoriedad y subordinación que vuelven rígidos los esquemas de garantía en la concepción tradicional y que resultan innecesarios, teniendo en cuenta que otros sistemas como los registrales y sus efectos con la prelación de créditos, o formas contractuales autónomas, como la fiducia de garantía o los contratos de apertura de crédito, pueden superar los esquemas de administración del riesgo y de procedimientos de ejecución para el pago.

Por último, en ese contexto, no puede perderse de vista el hecho de que los efectos de la globalización se incorporan en el aparato legislativo local, promoviendo a su vez cambios institucionales profundos (como sucede con las disposiciones sobre garantías mobiliarias) que exigen una revisión para ajustar las categorías generales de su aplicación frente al contexto dispositivo del derecho civil y mercantil, con fines de unificación y protección adecuada de los derechos de los deudores y acreedores garantizados.

Referencias

- Aguirre-Román, J., & Pabón-Mantilla, A. (2020). Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología. *Revista Entramado*, 16(2), 186-201. doi:<https://doi.org/10.18041/1900-3803/entramado.2.6576>
- Arévalo Barrero, N. (2017). La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. *Revista de Derecho Privado*, 1-37. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.17>
- Bauman, Z. (2005). *La globalización. Consecuencias humanas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la Globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización* (1 ed.). Barcelona, España: Editorial Paidós. Obtenido de https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1496/mod_resource/content/1/beckulrichqueslaglobalizacion.pdf
- Bonilla Sanabria, F. (2014). El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias. *E-mercatoria*, 1-29.
- Botero, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Opinión Jurídica*, 2(4), 109-116. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/500/532>
- 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, Austria. Obtenido de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/guide_to_enactment_of_the_uncitral_mlst_s.pdf
- Decreto 350. (16 de febrero de 1989). Presidencia de la República de Colombia. *Por el cual se expide un nuevo régimen de los concordatos preventivos*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 38.707 de 20 de febrero de 1989. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77513>
- Decreto 410. (21 de marzo de 1971). Presidencia de la República de Colombia. *Por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 33.339 de 16 de junio de 1971. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Gaceta 69 de 2012. Proyecto de ley número 200 de 2012 Senado. (2012). Bogotá: Congreso de la República. Obtenido de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=15-3-2012&num=69&consec=31892>
- Gaceta 872 de 2012. Informe de Ponencia Para Primer debate al Proyecto de Ley 143 de 2012 Cámara, 200 de 2012 Senado. (2012). Bogotá: Congreso de la República. Obtenido de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=3-12-2012&num=872&consec=34913>
- Gaviria, J. (2015). *Las garantías mobiliarias: fundamentos económicos en la ley colombiana*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Giddens, A. (2007). *Un mundo desbocado* (1 ed.). México D.F, México: Editorial Taurus. Obtenido de <https://sicologias.files.wordpress.com/2015/01/14b-giddens-los-efectos-de-la-globalizacic3b3n-en-nuestras-vidas.pdf>

- Gómez-Blanes, P. (2009). La accesoriad de la fianza. *Revista Vniversitas*(118), 15-59. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82516351002.pdf>
- González León, C. (2019). Un anpalisis desde la dogmática jurídica. (*tesis de postgrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Libre. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17720/Libro%20Fiducia%20y%20Patrimonio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Herrera Tapias, B., & Alfaro Patron, D. (2011). El nuevo derecho de garantías en el derecho colombiano y en el derecho comparado. *Revista Justicia Juris*, 7(1), 93-106. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4121052>
- Jerez Delgado, C. (2017). Reflexiones sobre una reforma de las garantías mobiliarias, a la luz de los textos de UNCITRAL, UNIDROIT, OEA Y DFCR. En C. Jerez Delgado, *Textos Internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis* (págs. 19-60). Madrid: Editorial Agencia Estatal Boletín del Estado.
- León-Robayo, E., & Gonzalez-Umbarila, E. (2015). La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias. *Revista de Derecho*, 44, 82-110. doi:<https://doi.org/10.14482/dere.44.7170>
- Ley 1116. (27 de diciembre de 2006). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html
- Ley 1676. (20 de agosto de 2013). Congreso de la República. *Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 40.888 de 20 de agosto de 2013. doi:http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1676_2013.html
- Manrique Nieto, C. (1998). *La fiducia de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Mejía Quintana, ó. (2014). lementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el Derecho. *Pensamiento Jurídico*(39), 15-53. Obtenido de https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/45229/_3
- Mendoza Ramírez, A. (2005). Contratos de Garantía. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 194-276. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/311>
- North, D. (2006). *Insituciones, cambio institucional y desempeño económico* (1 ed.). México D.F, México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Petit, E. (1983). *Tratado elemental de derecho romano* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Albatros.
- Proyecto de Ley 143. (14 de marzo de 2012). Ministro de Comercio, Industria y Turismo. *Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2011-2012/article/200-por-la-cual-se-promueve-el-acceso-al-credito-y-se-dictan-normas-sobre-garantias-mobiliarias>
- Ramirez Torres, G. (2015). Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias. *Revista de Derecho Privado*, 54, 1-37. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.54.2015.05>
- Reyes Villamizar, F. (1999). Los procesos concursales frente al contrato de fiducia en garantía. *Revista de Derecho Privado*(23), 3-37. Obtenido de

- <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47336/procesos-concursales-contrato-fiducia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rodríguez González, A. (2018). La accesoriidad de las garantías en el derecho romano. ¿son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño? *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, 15, 47-69. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/rehj/n40/0716-5455-rehj-40-00047.pdf>
- Rodríguez Olmos, J. (2014). Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos. *Revista E-Mercatoria*, 13(2), 3-28. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/4048>
- Rodríguez Olmos, J. (2018). Más allá del contrato por medio del contrato. Las transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización. En L. Neme, *Autonomía Privada. Perspectivas del derecho contemporáneo* (págs. 145-194). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez Belalcázar, A. (2018). Las garantías Mobiliarias y la promoción del crédito. *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, 48(128), 219-244.
doi:<https://doi.org/10.18566/rfdcp.v48n128.a09>
- Sautu, R. (Ed.). (2010). *Manual de Metodología: construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Sotomonte Mujica, D. (2009). El patrimonio autónomo como deudor concursal. *E - Mercatoria*, 1-22. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2031>
- Tarello, G. (1995). *Cultura Jurídica y política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Varón Palomino, J. (2005). Contrato de Prenda. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 249-265. Obtenido de <https://revistas.uosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/311>
- Veiga Copo, A. (2017). *Garantías Mobiliarias: Ley 1676 de 2013* (1 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Sergio Arboleda; Academia Colombiana de Jurisprudencia.