

LA PRELACIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS CONCURRENTES SOBRE UN MISMO BIEN BAJO LA LEY 1676 DE 2013: UNA SISTEMATIZACIÓN DE LAS REGLAS DE PRELACIÓN

Ana María Barón Mendoza
María Eugenia Gutiérrez Darwich

Directora: **Diana Lucía Talero**

Investigación Dirigida

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Bogotá, mayo de 2015

Tabla de contenido

I. Introducción	5
II. La oponibilidad de las garantías	6
A. Conceptualización sobre la oponibilidad.....	6
B. Mecanismos de oponibilidad previstos por la Ley 1676 de 2013.....	7
1. Inscripción de la garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias.....	8
2. Tenencia de los bienes.....	9
3. Control de los bienes	9
C. La conversión de la garantía mobiliaria.....	10
III. Prelación de los diferentes acreedores frente a un mismo bien en garantía	11
A. Regla general.....	12
1. Conflictos de prelación derivados de la vigencia de la Ley 1676 de 2013	12
a. Conflicto entre garantías constituidas antes de la vigencia de la Ley e inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias antes del 20 de agosto de 2014 y garantías constituidas e inscritas con posterioridad a la vigencia de la Ley	14
b. Conflicto entre dos garantías mobiliarias constituidas antes de la vigencia de la Ley e inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias	14
c. Conflicto entre una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley que no fue inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias y una garantía constituida antes	

o después de la vigencia de la Ley que sí fue inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias.....	15
d. Conflicto entre una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley e inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias después del 20 de agosto de 2014 y una garantía constituida antes o después de la vigencia de la Ley e inscrita en el registro antes del 20 de agosto de 2014.....	16
2. Conflictos de prelación derivados de garantías publicitadas por distintos mecanismos de oponibilidad	16
a. Conflicto entre garantías inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias.....	17
b. Conflicto entre garantías con tenencia	17
c. Conflicto cuando oponibilidad se logra mediante el control	18
d. Conflicto entre garantías que se hacen oponibles de diferentes maneras.....	18
3. Conflictos de prelación derivados de la naturaleza de los bienes dados en garantía	19
a. Créditos.....	19
b. Bienes derivados o atribuibles.....	20
c. Bienes inmuebles por destinación y por adhesión.....	21
4. Conflictos de prelación derivados de la naturaleza de la obligación garantizada .	24
a. Gravámenes judiciales	24
b. Gravámenes tributarios y fiscales.....	26

B. Excepciones a la regla general	28
1. Giro ordinario de los negocios.....	28
a. Enajenación del bien mueble dado en garantía en el giro ordinario de los negocios del garante	29
b. Derechos de uso y goce de un licenciatario o arrendatario de bienes muebles .	30
2. Garantía mobiliaria prioritaria de adquisición.....	32
IV. Conclusiones	34
V. Referencias.....	37
A. Normas.....	37
B. Doctrina	37

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 1676 de 2013 introdujo importantes modificaciones frente al tratamiento de las garantías otorgadas sobre bienes muebles, incluyendo, dentro de estas modificaciones, el concepto de garantía mobiliaria. La novedad y especificidad de la Ley ha hecho evidente un gran vacío en la doctrina y en la jurisprudencia frente a la aplicación del nuevo régimen de garantías mobiliarias. De ahí que el ejercicio de identificar y sistematizar los cambios introducidos en el sistema por las disposiciones allí contenidas resulte muy importante a la hora de su aplicación y constituya un gran aporte en la praxis de la Ley. El objetivo de este trabajo es, entonces, elaborar un documento que sistematice, describa y explique cómo la Ley 1676 de 2013 regula el concepto de prelación cuando hay acreedores con derechos concurrentes respecto del mismo bien en garantía.

Con este objetivo en mente, este trabajo incluirá tres capítulos. El primer capítulo se referirá al concepto de oponibilidad de las garantías contenido en la Ley 1676 de 2013. En este capítulo: (i) se explicará el concepto de oponibilidad y su efecto principal; y (ii) se describirán los tres mecanismos de publicidad mediante los cuales se produce la oponibilidad. El segundo capítulo del texto se enfocará en la prelación de las garantías frente a un mismo bien. En este segundo capítulo: (i) se estudiará el concepto de prelación y la regla general aplicable a los conflictos de prelación; (ii) se analizarán los supuestos de conflictos de prelación en los que se aplica dicha regla general; y (iii) se profundizará en las dos excepciones a la regla general de la prelación. El tercer y último capítulo incluirá las conclusiones a las que haya lugar.

II. LA OponIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS

Como se mencionó, el objetivo de este trabajo es realizar una sistematización de las reglas de prelación contenidas en la Ley 1676 de 2013 cuando hay acreedores con derechos concurrentes respecto del mismo bien en garantía. Ahora bien, toda vez que la oponibilidad de las garantías mobiliarias trae como consecuencia su publicidad y producción de efectos frente a terceros y, en consecuencia, el derecho de prelación del acreedor garantizado frente a un bien dado en garantía, un análisis profundo de los conflictos de prelación de las garantías mobiliarias debe partir de la comprensión de los mecanismos de oponibilidad. Por lo tanto, en este capítulo, (A) se abordará el concepto de oponibilidad; (B) se presentarán los diferentes mecanismos de oponibilidad previstos por la Ley 1676 de 2013; y (C) se hará referencia al método de conversión de garantías.

A. Conceptualización sobre la oponibilidad

Se entiende por oponibilidad de la garantía la validez de la garantía real frente a todo aquel que invoque algún derecho sobre el bien gravado (CNUDMI, 2010). La oponibilidad, por ende, es el mecanismo de publicidad que trae como consecuencia que la garantía pase de generar efectos *inter partes* a efectos *erga omnes*. Es decir que la garantía, una vez hecha oponible o pública, tiene consecuencias frente a terceros y produce el nacimiento de un derecho para el acreedor garantizado que es el derecho de prelación, en el sentido en que se podrá hacer valer ese derecho frente a los derechos de un reclamante concurrente con respecto a los mismos bienes gravados (CNUDMI, 2014; Kozolchyk, B. & Wilson, J., 2012; NLCIFT, 2006, principio 4).

La oponibilidad de las garantías se logra mediante la publicidad de las mismas. En general, se considera que la oponibilidad de una garantía contribuye a la eficacia, certeza y previsibilidad del régimen de garantías y propicia el acceso al crédito por distintas razones. En primera medida, sirve como medio de información a posibles acreedores para la evaluación de la solvencia crediticia de los deudores. Igualmente, reduce el riesgo de la existencia de posibles acuerdos colusorios entre otorgantes insolventes y acreedores

privilegiados que puedan invalidar los créditos de otros acreedores ordinarios. Asimismo, la publicidad de las garantías permite establecer el orden de prelación de un acreedor garantizado frente a otro acreedor concurrente (CNUDMI, 2010; CNUDMI, 2014).

Por lo tanto, la oponibilidad, es decir la eficacia de una garantía frente a un tercero concurrente a los bienes gravados, depende del cumplimiento de los requisitos de publicidad de la garantía.

B. Mecanismos de oponibilidad previstos por la Ley 1676 de 2013

La Ley 1676 de 2013 modificó en Colombia el enfoque que adoptaba el régimen anterior de publicidad de la garantía que había optado por establecer un régimen de garantías que, si bien distinguía los requisitos de publicidad y de constitución de la garantía, no dotaba de validez al contrato de garantía sino hasta que este había sido publicitado o hecho oponible. El régimen introducido sigue distinguiendo los requisitos para la constitución de la garantía y los requisitos para su oponibilidad. Sin embargo, en el nuevo régimen la efectividad de la garantía entre el acreedor garantizado y el deudor, es decir su perfeccionamiento, se logra con la constitución de la garantía, sin la necesidad de requisitos adicionales; mientras que la efectividad ante terceros (la oponibilidad) requiere el cumplimiento de medidas de publicidad de la garantía.

Así, mientras para la constitución de la garantía se exige la celebración de un contrato válido entre garante y acreedor garantizado (Art. 9), para su oponibilidad se exige el cumplimiento de algún mecanismo de publicidad (Art. 21).

El artículo 21 de la Ley 1676 de 2013 establece tres mecanismos de publicidad para lograr la oponibilidad de las garantías mobiliarias: (1) la inscripción de la garantía en el Registro

de Garantías Mobiliarias; (2) la entrega de la tenencia del bien dado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero autorizado por este; y (3) el control¹.

1. Inscripción de la garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias

Antes de la Ley 1676 de 2013, existía una multiplicidad de figuras de garantía y de registros de esas garantías, así como modalidades de garantías que no se publicitaban. Asimismo, antes de la Ley no existía un sistema de registro público único de carácter nacional de las garantías mobiliarias. La Ley 1676 de 2013 adoptó un enfoque funcional del garantías que establece como principio que, independientemente de su forma o nomenclatura, todas las figuras jurídicas que sirvan de garantía son garantías mobiliarias y deberán entonces cumplir con las disposiciones de oponibilidad de la garantía establecidas en la ley. Adicionalmente, creó el Registro de Garantías Mobiliarias y la inscripción registral como mecanismo para lograr la oponibilidad de las garantías (Ley 1676/13, arts. 21 y 35). El Registro es un sistema de archivo de acceso público a la información de las garantías mobiliarias inscritas de carácter nacional, accesible a través de internet. Mediante este registro, los terceros y el público en general tienen acceso a la información allí registrada a través de los formularios de inscripción inicial, de modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución de garantías mobiliarias (Ley 1676/13, art. 38). En Colombia, el Registro de Garantías Mobiliarias se encuentra reglamentado por el Decreto 400 de 2014.

La importancia del Registro como mecanismo de publicidad de las garantías mobiliarias radica en que constituye una fuente objetiva de información para que los terceros y, entre ellos un potencial acreedor garantizado, tenga información disponible y en tiempo real de si los bienes de una persona ya están gravados (CNUDMI, 2010; CNUDMI, 2014). Asimismo, el Registro alerta a los demás acreedores del otorgante y a los posibles compradores de bienes del otorgante sobre la existencia del derecho real (CNUDMI, 2014).

¹ Sobre los tipos de mecanismos de publicidad contemplados por la Ley 1676 de 2013, véase: Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-017964 de 2015; Bonilla, 2014; NLCIFT, 2006, principio 5.

De esta forma la información registral constituye una fuente de certeza y previsibilidad al régimen de garantías mobiliarias.

2. Tenencia de los bienes

La tenencia de los bienes corporales dados en garantía es otro de los mecanismos de publicidad de la garantía previstos por la Ley 1676 de 2013 para lograr la oponibilidad de la misma (Art. 33). El artículo 8 de la Ley define este mecanismo como la aprehensión legítima, material o el control físico de los bienes dados en garantía. Este mecanismo contempla la posibilidad de que la tenencia del bien esté en cabeza del acreedor garantizado o de un tercero autorizado por este que puede ser un depositario (Ley 1676/13, art. 33; Bonilla, 2014).

Este mecanismo de publicidad, además, ha sido adoptado por muchos países que tienen un sistema efectivo de garantías mobiliarias para lograr la oponibilidad de la garantía, pues “(...) elimina el riesgo de que el hecho de que los bienes sigan estando en posesión del otorgante haga pensar erróneamente a los terceros que el otorgante detenta la titularidad de los bienes libre de todo gravamen” (CNUDMI, 2010, p. 123), permitiendo el uso y la explotación de los bienes en poder del deudor garante.

3. Control de los bienes

La Ley 1676 de 2013 también contempla el control de los bienes dados en garantía como mecanismo para lograr la oponibilidad de la misma (Art. 34). Este mecanismo de oponibilidad se aplica exclusivamente cuando el bien objeto de la garantía es dinero depositado en una cuenta bancaria o en una cuenta de inversión. El control surge automáticamente al momento de la constitución de la garantía mobiliaria cuando la institución depositaria es la entidad que ha otorgado la financiación es decir en la entidad acreedora garantizada (Art. 8). Cuando no es así, este mecanismo exige la existencia de un contrato o acuerdo de control entre el acreedor garantizado, el deudor otorgante y la entidad bancaria.

Por lo general, mediante el contrato de control el otorgante y el banco acuerdan que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada por parte del otorgante, el acreedor garantizado podrá dar instrucciones al banco depositario para bloquear el acceso del otorgante a los fondos depositados (CNUDMI, 2014). Sin embargo, según las estipulaciones contractuales de las partes, el grado de control del acreedor garantizado sobre los fondos depositados puede variar.

Por último, vale la pena resaltar que el contrato de control no impedirá al banco depositario a ejercer su derecho de compensación (Ley 1676/13, art. 34). Dado que la compensación es una forma de extinguir las obligaciones y no una garantía real, el banco puede realizar compensaciones con los fondos depositados y esta compensación no estará sujeta a ningún requisito de publicidad (CNUDMI, 2014).

C. La conversión de la garantía mobiliaria

La Ley estableció la posibilidad de cambiar el mecanismo de oponibilidad de la garantía fijando reglas para no perder el derecho de prelación que se había obtenido con el mecanismo originario (Ley 1676/13, art. 37). Así, una garantía con tenencia o un derecho de retención concedido por ley, pueden ser convertidos en garantía sin tenencia, sin perder la prelación, mediante su registro, antes de que se devuelvan los bienes al deudor garante. En este caso, de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 400 de 2014, el acreedor garantizado deberá diligenciar el formulario de inscripción inicial para registrar la garantía.

Igualmente, una garantía sin tenencia puede ser convertida en garantía con tenencia, sin perder la prelación, si el bien es entregado al acreedor garantizado antes del vencimiento de la vigencia de la inscripción de la garantía mobiliaria en el registro.

III. PRELACIÓN DE LOS DIFERENTES ACREEDORES FRENTE A UN MISMO BIEN EN GARANTÍA

La prelación es un derecho del acreedor garantizado que nace de la oponibilidad de la garantía. La prelación le da derecho al acreedor garantizado a que, en el momento en que concurra a la ejecución más de un acreedor garantizado frente el mismo bien gravado, el acreedor con mejor derecho sea el que obtenga el mayor beneficio económico de la garantía. En consecuencia, la prelación determina cuál de los reclamantes, en caso de haber dos o más, puede obtener primero el beneficio económico de su derecho sobre el bien dado en garantía (CNUDMI, 2010).

Al momento de ejecutar la garantía, el valor o el bien gravado deberá satisfacer las obligaciones contraídas con el acreedor que ejecuta su garantía, conjuntamente con los acreedores concurrentes que reclamen un derecho sobre ese bien. Para ello, entonces, la prelación establece el conjunto de reglas que determina quién o quiénes, dentro de una pluralidad de acreedores concurrentes, tienen el derecho a pagar su obligación garantizada con el bien dado en garantía ante el incumplimiento del deudor.

Como consecuencia de la oponibilidad de la garantía, la prelación implica que mientras la garantía no sea oponible a terceros mediante las modalidades que contemple la Ley para ello, sin importar el momento de constitución de la garantía, el acreedor garantizado no podrá hacer valer su derecho de prelación para el pago con el bien dado en garantía frente a otros acreedores garantizados cuya garantía sí se ha hecho oponible.

Por otro lado, la prelación, como derecho de los acreedores, se materializa en la posibilidad de hacer valer su derecho de garantía sobre el bien en garantía frente a los acreedores del deudor. Por lo tanto, la oponibilidad de la garantía y el derecho del acreedor a la prelación, son dos conceptos que van de la mano en el sentido de que el derecho de pago con el bien garantizado ante el incumplimiento presupone la oponibilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo tiene por objetivo analizar los distintos conflictos de prelación que se pueden presentar entre acreedores garantizados frente a un mismo bien sujeto a garantía. En consecuencia, (A) se expondrá la regla general que rige para la solución de los conflictos de prelación entre acreedores concurrentes. Asimismo, teniendo en cuenta esta regla general, se clasificarán y abordarán los conflictos de prelación de la garantía. Finalmente, (B) se presentarán las excepciones a la regla general para los conflictos de prelación.

A. Regla general

Como regla general, la prelación de un acreedor sobre otro frente a una garantía se determina a partir del principio de primero en el tiempo, primero en el derecho (*prior tempore, potior jure*). Así, la prelación se establece con base en el orden de inscripción de la garantía o, en general, con base en el momento cronológico en que se logró la oponibilidad a terceros de la garantía (CNUDMI, 2014; Ciscomani y Wilson-Molina, 1999). Esta regla es acogida por la Ley 1676 de 2013 y se desarrolla a lo largo de su articulado.

Con el fin de abordar con suficiente claridad expositiva los diferentes supuestos de aplicación del principio *prior tempore, potior jure*, en este acápite se analizarán los principales conflictos en los que hay acreedores concurrentes sobre el mismo bien, y la solución a dichos conflictos usando la regla general de prelación antes descrita: *prior tempore, potior jure*. Este análisis, por lo tanto, partirá de la clasificación de los conflictos de prelación de las garantías según los conflictos que derivan (1) de la vigencia de la Ley 1676 de 2013, (2) de los mecanismos de oponibilidad de la garantía, (3) de la naturaleza de los bienes, y (4) de la naturaleza de la obligación garantizada

1. Conflictos de prelación derivados de la vigencia de la Ley 1676 de 2013

Como se mencionó anteriormente, antes de la Ley 1676 de 2013, no existía en Colombia un sistema único de registro de carácter nacional de las garantías mobiliarias. Por lo tanto, con

la inclusión de este mecanismo de publicidad de las garantías, la Ley debió contemplar el tratamiento que se le iba a dar a las garantías constituidas con anterioridad a su vigencia² que, bajo esta Ley, requerirían su inscripción en el registro. Así, el artículo 85 estableció que las garantías mobiliarias constituidas antes de la vigencia de la Ley continuaban siendo efectivas y que a ellas se les aplicaban las reglas de prelación de la Ley, pero que debían cumplir con los requisitos de oponibilidad establecidos por la Ley. En consecuencia, la Ley estableció que el registro de las garantías que debían ser inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias, debía ser realizado dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley, es decir, hasta el 20 de agosto de 2014.

De esta situación se pueden identificar cuatro tipos de conflictos de prelación frente a las garantías mobiliarias otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1676 de 2013. (i) En primer lugar, el conflicto entre una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley e inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias antes del 20 de agosto de 2014 y una garantía constituida e inscrita con posterioridad a la vigencia de la Ley. (ii) En segundo lugar, el conflicto de prelación entre dos garantías mobiliarias constituidas antes de la vigencia de la Ley e inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias. (iii) En tercer lugar, el conflicto entre una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley que no fue inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias y una garantía constituida antes o después de la vigencia de la Ley que sí fue inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias. (iv) Finalmente, en cuarto lugar, el conflicto entre una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley e inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias después del 20 de agosto de 2014 y una garantía constituida antes o después de la vigencia de la Ley e inscrita en el registro antes del 20 de agosto de 2014. A continuación se abordan estos conflictos.

² La Ley 1676 de 2013 entró en vigencia el 20 de febrero de 2014 (Artículo 91).

a. Conflicto entre garantías constituidas antes de la vigencia de la Ley e inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias antes del 20 de agosto de 2014 y garantías constituidas e inscritas con posterioridad a la vigencia de la Ley

El primer supuesto de conflicto se da entre, por un lado, una garantía mobiliaria constituida con anterioridad a la vigencia de la Ley, que fue debidamente inscrita en el registro antes del 20 de agosto de 2014, y, por otro lado, una garantía mobiliaria constituida e inscrita con posterioridad a la vigencia de la Ley.

El artículo 41 del Decreto 400 de 2014 dio la posibilidad de que las garantías otorgadas con anterioridad al 20 de febrero de 2014, es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley, fueran inscritas en el registro con la fecha originaria de la garantía. Esta facultad de inscribir la garantía y de establecer la fecha de constitución de la misma, trajo como consecuencia que los acreedores garantizados mantuvieran la prelación que tenían con anterioridad a la Ley. Sin embargo, por cuestiones de seguridad jurídica, esta inscripción se permitió hasta el 20 de agosto de 2014. Por lo tanto, las garantías constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley que fueron inscritas después del 20 de agosto de 2014, perdieron la prelación que tenían y su prelación ahora se determina a partir de la fecha en que efectivamente fueron registradas en el Registro de Garantías Mobiliarias.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el principio *prior tempore, potior jure*, bajo este primer supuesto, tendrá prelación el acreedor garantizado por la garantía mobiliaria constituida con anterioridad a la vigencia de la Ley. Lo anterior, pues, como el registro de la garantía se realizó antes del 20 de agosto de 2014, el acreedor conservó la fecha de prelación derivada de la constitución de la garantía.

b. Conflicto entre dos garantías mobiliarias constituidas antes de la vigencia de la Ley e inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias

El segundo supuesto de conflicto se da entre dos garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley y debidamente inscritas en el Registro antes del 20 de

agosto de 2014. En este caso, como ambas garantías fueron debidamente inscritas en el Registro antes del 20 de agosto de 2014, ambas conservaron para efectos de prelación su fecha original de constitución. Por ende, tendrá prelación el acreedor garantizado que constituyó la garantía primero.

c. Conflicto entre una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley que no fue inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias y una garantía constituida antes o después de la vigencia de la Ley que sí fue inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias

El tercer supuesto de conflicto ocurre entre, por un lado, una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley 1676 de 2013 y no inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias, y, por otro lado, una garantía constituida antes o después de la vigencia de la Ley que sí fue inscrita en el Registro.

Los acreedores garantizados mediante garantías constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley y no inscritas en el Registro, pierden su derecho de prelación respecto del bien garantizado frente a los acreedores garantizados que sí registraron su garantía³. En consecuencia, aunque estas garantías hayan sido constituidas cronológicamente antes que las garantías inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias, tendrán prelación los acreedores de las garantías que se encuentran inscritas.

³ En este sentido, el segundo inciso del artículo 48 de la Ley establece: “Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita.”

- d. Conflicto entre una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley e inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias después del 20 de agosto de 2014 y una garantía constituida antes o después de la vigencia de la Ley e inscrita en el registro antes del 20 de agosto de 2014*

Un último conflicto que puede surgir de la vigencia de la Ley se presenta entre una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley e inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias después del 20 de agosto de 2014, por un lado, y una garantía constituida antes o después de la vigencia de la Ley e inscrita en el Registro antes del 20 de agosto de 2014, por otro lado.

En este caso, como se mencionó, la fecha que determinará la prelación de la garantía constituida antes de la vigencia de la Ley e inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias después del 20 de agosto de 2014 será la fecha en que se registró la garantía en el nuevo Registro. Por lo tanto, será una fecha posterior al 20 de agosto de 2014. Así, entonces, tendrán prelación las garantías constituidas antes o después de la vigencia de la Ley que hayan sido inscritas en el Registro antes del 20 de agosto de 2014, pues la regla que se sigue aplicando es la de primero en el tiempo, primero en el derecho.

2. Conflictos de prelación derivados de garantías publicitadas por distintos mecanismos de oponibilidad

Como se explicó en el capítulo de oponibilidad, la validez de la garantía mobiliaria frente a todo aquel que invoque algún derecho sobre el bien gravado tiene lugar siempre que se haya cumplido con el requisito de oponibilidad correspondiente. Es decir, la inscripción de la garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias, la tenencia del bien, o el control, según sea el caso. A su vez, como ya se mencionó, una vez la garantía mobiliaria es oponible, nace el derecho del acreedor garantizado a que su obligación tenga prelación en el pago con el bien dado en garantía.

No obstante, dado que pueden constituirse pluralidad de garantías sobre un mismo bien mediante distintos mecanismos de publicidad, es necesario analizar los supuestos de conflictos de prelación que surgen a raíz de estos mecanismos. En consecuencia, a continuación se presentan los conflictos (i) entre garantías inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias; (ii) entre garantías cuya oponibilidad se obtuvo mediante la tenencia del bien; (iii) entre garantías cuya oponibilidad se obtuvo por el control; y (iv) entre garantías que se hicieron oponibles por diferentes mecanismos de publicidad.

a. Conflicto entre garantías inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias

En primer lugar, puede presentarse que haya pluralidad de acreedores garantizados con el mismo bien en garantía y que todos ellos hayan hecho oponible su garantía mediante la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias. Para este supuesto, la Ley establece que la prelación se determinará por el momento de su inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias (Art. 48). Por lo tanto, la primera inscripción en el Registro tendrá prelación sobre las siguientes. Así, quien se encuentre inscrito en el Registro en primer lugar, obtendrá el beneficio económico derivado de la enajenación o de la apropiación del bien en garantía y los demás en el orden temporal en el que concurran en el derecho de prelación. A su vez, y en caso de quedar remanentes, le seguirá en el pago el acreedor garantizado que se haya inscrito en el segundo lugar, y así sucesivamente.

Ahora bien, vale la pena señalar que si ambos acreedores tenían la obligación de inscribir la garantía mobiliaria en el Registro de Garantías Mobiliarias, y ninguno de los dos lo hizo, la prelación estará determinada por la fecha de celebración del contrato de garantía.

b. Conflicto entre garantías con tenencia

En segundo lugar, puede presentarse un conflicto de prelación entre garantías cuya oponibilidad se ha logrado mediante la tenencia. Para este caso, la prelación se determinará por quien ostente la tenencia del bien en garantía, pues si el acreedor garantizado devolvió el bien en garantía a su deudor y no inscribió la garantía, perdió el derecho de prelación.

c. Conflicto cuando la oponibilidad se logra mediante el control

En tercer lugar, puede existir concurrencia de acreedores garantizados sobre el mismo bien y que todos ellos hayan hecho oponible su garantía mediante el control. En este supuesto la prelación también se establecerá por el orden temporal de su oponibilidad a terceros.

Teniendo en mente que el control, como mecanismo de oponibilidad, se materializa mediante la adquisición del control por parte del acreedor garantizado sobre depósitos en cuentas bancarias, en caso de que haya concurrencia de acreedores que hayan hecho oponible su garantía de esta manera, en los términos del párrafo inmediatamente anterior tendrá prelación el acreedor que primero haya obtenido el control sobre el depósito o las cuentas bancarias.

d. Conflicto entre garantías que se hacen oponibles de diferentes maneras

Un último tipo de conflicto derivado de los mecanismos de oponibilidad de la garantía mobiliaria se presenta cuando concurren garantías sobre el mismo bien que se hicieron oponibles mediante mecanismos diferentes de publicidad. Por ejemplo, cuando una de ellas se hizo oponible mediante la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias, y la otra mediante la tenencia. En este supuesto, señala la Ley que la prelación estará determinada, cualquiera sea la fecha de constitución de la garantía mobiliaria, por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad a terceros mediante cualquier otra forma prevista en la Ley, de ser esta anterior a la inscripción en el registro (art. 48, inc. 5).

Así por ejemplo, en el caso en que se haya inscrito una garantía mobiliaria sobre un bien mueble por un acreedor garantizado, pero otro acreedor tenía con anterioridad a la inscripción la tenencia del bien, el acreedor cuya garantía se hizo oponible por la tenencia tendrá la prelación en el pago. Por el contrario, si primero se inscribió la garantía mobiliaria en el Registro de Garantías Mobiliarias, y luego se transfirió la tenencia del bien objeto de garantía de la obligación como garantía de una segunda obligación contraída por el garante

a otro acreedor; en este caso, quien tendrá la prelación será quien hizo oponible la garantía mediante la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias.

3. Conflictos de prelación derivados de la naturaleza de los bienes dados en garantía

A continuación se presentan los conflictos de prelación de las garantías derivados de la naturaleza de los bienes gravados. Este tipo de conflictos surge cuando los bienes dados en garantía son (a) créditos, (b) bienes derivados o atribuibles, o (c) bienes inmuebles por destinación o por adhesión.

a. Créditos

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1676 de 2013, en materia de garantías mobiliarias un crédito es el derecho del garante de reclamar o recibir el pago de una suma de dinero de un tercero, adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro incluyendo, entre otros, las cuentas por cobrar. Al igual que otras garantías, las garantías sobre créditos surten efectos entre el garante y el acreedor garantizado, a partir del acuerdo de constitución de la garantía o cesión; pero solo son oponibles a terceros desde la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias.

Así las cosas, puede presentarse que haya diversidad de obligaciones garantizadas con un mismo crédito. Ante la concurrencia de acreedores garantizados con el mismo crédito, la prelación estará dada por el momento de inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias de la garantía mobiliaria sobre el crédito.

En caso de que una de estas garantías mobiliarias no haya sido inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias, tendrá prelación la garantía inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias. Finalmente, si ninguna de las garantías mobiliarias sobre un crédito fue inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias, la prelación estará dada por el orden de constitución de la garantía.

b. Bienes derivados o atribuibles

El artículo 8 de la Ley establece que los bienes derivados o atribuibles son aquellos que se pueden identificar como provenientes de los bienes originalmente gravados. La Ley añade que, dentro de esta categoría se incluyen los nuevos bienes, como por ejemplo, dinero en efectivo y depósitos de cuentas bancarias y cuentas de inversión, que resulten de la enajenación transformación o sustitución de los bienes muebles dados en garantía. También se incluyen dentro de esta categoría, los valores pagados a título de indemnización por seguros que protegían los bienes sobre los que se había constituido la garantía, al igual que cualquier otro derecho de indemnización por pérdida, daños y perjuicios causados a estos bienes en garantía y sus dividendos.

Como regla general, la garantía mobiliaria constituida sobre un determinado bien, se extiende a todos los bienes derivados o atribuibles de éste. Ahora bien, esta regla encuentra excepción en la voluntad de las partes de pactar expresamente que la garantía sobre el bien no se extiende a los bienes derivados o atribuibles.

Dado que los bienes derivados o atribuibles provienen del bien que fue dado en garantía, la garantía mobiliaria que recae sobre ese bien derivado o atribuible es oponible de la misma manera en que es oponible la garantía del bien gravado inicialmente. Así, por ejemplo, si la garantía mobiliaria sobre un determinado bien para ser oponible debía inscribirse en el Registro de Garantía Mobiliarias, la oponibilidad del bien atribuible o derivado de éste también será oponible con dicha inscripción. Esta misma lógica se sigue cuando la oponibilidad viene dada por la tenencia o por el control.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la garantía mobiliaria cobija los bienes derivados o atribuibles existentes al momento del otorgamiento de la garantía, así como los bienes derivados o atribuibles futuros. En consecuencia, la prelación de una garantía mobiliaria se hará extensiva a todos los bienes atribuibles o derivados, con independencia de si estos han sido adquiridos por el garante con anterioridad o posterioridad al otorgamiento de la garantía. De lo anterior se colige que, con independencia del momento

en que el bien se deriva o es atribuible al bien dado en garantía, la fecha en que se considera que es oponible a terceros la garantía sobre el bien derivado o atribuible, es la misma del bien inicialmente gravado. Lo anterior cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que un determinado acreedor garantizado tendrá el derecho a pagarse con el bien de acuerdo al orden en que fue inscrita la garantía en el Registro de Garantía Mobiliarias, o por la fecha de su oponibilidad a terceros, de ser esta anterior.

Así, puede surgir, por ejemplo, un conflicto de prelación entre, por un lado, la garantía sobre un bien inscrito en el Registro de Garantías Mobiliarias y, por otro lado, la garantía inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias sobre los bienes derivados o atribuibles que surgieron con posterioridad a la inscripción del bien originalmente gravado. En este caso, para efectos de la prelación, se debe tener en cuenta el momento del registro de la garantía del bien inicialmente gravado, pues esta garantía tendrá prelación por ser primera en el tiempo, sobre la garantía constituida únicamente sobre los bienes derivados o atribuibles.

De igual forma, se puede presentar un conflicto entre una garantía mobiliaria con tenencia sobre el bien originalmente gravado y una garantía mobiliaria con tenencia sobre sus bienes derivados o atribuibles. Para este caso, aunque la tenencia del bien derivado o atribuible se da con posterioridad a la tenencia del bien inicialmente gravado, para efectos de la Ley se entiende que la tenencia de los bienes atribuibles se da en el mismo momento en que se da la del bien inicialmente gravado. Por lo que este acreedor tendrá prelación sobre los acreedores que constituyan garantías posteriores a la fecha en que se inicia con la tenencia del bien inicialmente gravado.

c. Bienes inmuebles por destinación y por adhesión

El Código Civil en los artículos 657 y 658 define los inmuebles por adhesión y por destinación, respectivamente. Los inmuebles por adhesión son bienes muebles que están incorporados al suelo de manera permanente. Por su parte, los inmuebles por destinación son bienes que por su naturaleza son muebles, pero que por estar permanentemente destinados al uso y beneficio del inmueble, pueden considerarse como inmuebles.

El artículo 5 de la Ley 1676 de 2013 establece la posibilidad de constituir garantías mobiliarias sobre bienes inmuebles por adhesión o por destinación, solo en el caso de que estos bienes puedan separarse del inmueble sin causar detrimento físico de este. Adicionalmente, dispone que, en caso de incumplimiento y de necesidad de hacer efectiva la garantía mediante la ejecución, dichos bienes podrán ser desafectados para tales efectos. Entiéndase por bienes desafectados aquellos que pierden su naturaleza de inmuebles por adhesión o destinación.

Respecto a los conflictos de prelación que pueden presentarse, la Ley prevé la determinación de cuál es la prelación entre una garantía mobiliaria constituida sobre un bien desafectado y una garantía constituida sobre el bien inmueble al que el bien en garantía se encuentre incorporado, cuando los acreedores garantizados sean distintos. En estos casos, el numeral 4 del artículo 55 de la Ley establece que la prelación estará determinada por el momento de inscripción en el Registro de Garantía Mobiliarias o en el Registro de Instrumentos Públicos correspondientes.

Así, puede plantearse el ejemplo de una garantía mobiliaria constituida sobre el tractor de una finca e inscrita en el Registro de Garantía Mobiliarias, y una hipoteca sobre la finca, registrada con posterioridad a la garantía sobre el tractor, en la correspondiente Oficina de Instrumentos Públicos. Bajo este supuesto, en lo que respecta al tractor tendrá prelación en el pago con dicho bien el acreedor que inscribió la garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias, por haber realizado la inscripción antes que el acreedor que inscribió la hipoteca en la Oficina de Instrumentos Públicos.

Por el contrario, si la hipoteca sobre la finca hubiese sido registrada antes que la garantía mobiliaria sobre el tractor en el Registro de Garantía Mobiliarias, tendrá prelación en el pago con el tractor el acreedor garantizado con la hipoteca.

A su vez, si la garantía mobiliaria no se registra y la hipoteca sí, sin importar la fecha de constitución de una u otra garantía, tendrá prelación la hipoteca por haber sido registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos. En el mismo sentido, si lo que se inscribe es la

garantía mobiliaria en el Registro de Garantías Mobiliarias, y no la hipoteca en la Oficina de Instrumentos Públicos, tendrá prelación en todo caso la garantía mobiliaria sobre el tractor. Finalmente, si ninguna de las garantías se registra, tendrá prelación la que primero se haya constituido por el acuerdo entre las partes.

En todo caso, si el acreedor garantizado con la garantía mobiliaria es el que tiene la prelación según las reglas antes descritas, éste puede remover los bienes por destinación, adhesión o anticipación. Si ejerciendo dicho derecho se causa cualquier daño al inmueble, dicho acreedor debe pagar por ese daño al propietario del bien. En todo caso, el acreedor garantizado no debe pagar por la pérdida de valor del inmueble debido a la ausencia del bien desafectado (Ley 1676/13, Art. 59).

Otra posibilidad que trae la Ley es que quien tenga una garantía hipotecaria sobre el bien inmueble al cual se han destinado los bienes en garantía, pague la obligación cubierta con la garantía mobiliaria, con el fin de evitar la eventual remoción de los bienes destinados. Con ello evitará la posible pérdida de valor del bien inmueble por la ejecución de la garantía mobiliaria.

El segundo supuesto que contempla la Ley se presenta cuando un mismo acreedor garantizado tiene garantías sobre los bienes inmuebles por destinación, adhesión o muebles por anticipación inscritos en el Registro de Garantías Mobiliarias y, además, tiene una garantía hipotecaria registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos sobre el bien inmueble al cual se han destinado. Ante la anterior situación, dispone la Ley que dicho acreedor puede, a su elección, ejecutar todas o cualquiera de las mencionadas garantías cumpliendo con las disposiciones contenidas en la Ley 1676 de 2013 y en otras leyes relativas a la ejecución de garantías hipotecarias, según corresponda.

En el anterior caso no hay un conflicto de prelación propiamente dicho, pero sí se plantea un supuesto completamente posible en el que es el mismo acreedor garantizado el que garantiza su obligación tanto con los muebles destinados como con el bien inmueble que los contiene. Por lo tanto, la Ley abre la posibilidad de que, ante un incumplimiento, se

ejecute la totalidad de las garantías: garantías mobiliarias e hipotecarias; o de que se ejecute sólo una de ellas: la hipotecaria o la garantías mobiliaria, utilizando los mecanismos de ejecución previstos en la Ley 1676 de 2013.

4. Conflictos de prelación derivados de la naturaleza de la obligación garantizada

En este acápite se analizarán los conflictos de prelación que derivan de la naturaleza de la obligación garantizada. En consecuencia, se abordarán los conflictos cuando existen (a) gravámenes judiciales y (b) gravámenes tributarios y fiscales.

a. Gravámenes judiciales

Se entiende por gravamen judicial el acto que proviene de autoridad judicial o administrativa competente, cuya inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias es efectuada por el beneficiario de la medida (Decreto 400/14, Art. 2). Este acto debe tener como finalidad la garantía de la obligación futura que puede surgir a partir de una decisión o fallo de la autoridad judicial o administrativa respectiva. Además, tal acto debe conllevar a la afectación de bienes sobre los que pueden constituirse garantías mobiliarias.⁴

El ejemplo por excelencia que describe lo señalado en el párrafo anterior, es el decreto de medidas cautelares por parte del juez sobre bienes muebles. Así las cosas, dado que dichas medidas tienen como fin el aseguramiento del pago de la obligación que eventualmente será declarada por el juez en sentencia, dictado el fallo a favor del beneficiario de la medida cautelar, se haría efectiva la garantía que hay detrás de la medida cautelar, pues la obligación pecuniaria que nace con la sentencia a favor del beneficiario será pagada de manera prioritaria con el bien mueble sujeto de la medida cautelar.

Al respecto, el artículo 2 del Decreto 400 de 2014 menciona, a manera de ejemplo, la orden de embargo a un bien mueble por el juez respetivo. El Decreto reitera que el derecho del

⁴ Al respecto, el artículo 6 de Ley 1676 de 2013 establece cuáles son los bienes sobre los cuales se puede constituir una garantía mobiliaria.

beneficiario del embargo tanto a la oponibilidad como a la prelación del bien, vendrá determinado por la inscripción de la garantía (el embargo) en el Registro de Garantías Mobiliarias. Realizada esta inscripción por el beneficiario o acreedor, nace para él el derecho de pagarse de manera prioritaria con el bien.

Ahora bien, es necesario analizar los supuestos en los que existan diversas garantías mobiliarias sobre el bien sujeto de embargo. En primer lugar, si se constituyen dos gravámenes judiciales sobre el mismo bien, siguiendo el inciso 1 del artículo 48 de la Ley, la prelación estará determinada por el momento de la inscripción de los gravámenes en el registro. Es decir, se pagará de manera preferente el gravamen judicial que primero haya sido inscrito por el beneficiario del mismo en el Registro de Garantías Mobiliarias.

Esta misma regla aplica cuando existen dos garantías mobiliarias sobre el bien, ambas oponibles con la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias, pero, de un lado, lo que se garantiza es un gravamen judicial y, del otro lado, lo que hay es un contrato privado de garantía. Entonces, en este caso también tendrá prelación la garantía que se haya registrado primero, sin importar el origen de la garantía.

Puede ocurrir también que haya dos gravámenes judiciales, pero uno se haya inscrito por el beneficiario en el Registro de Garantías Mobiliarias y el otro no. En este caso, señala la Ley que tendrá prelación el gravamen judicial que se haya inscrito, frente al que no se inscribió (Art. 48, inc. 2). Ahora, si ninguno de los dos gravámenes se inscribió, la prelación será determinada por el gravamen que primero fue decretado por el juez (Art. 48, inc. 4).

En ese mismo sentido, si hay dos garantías mobiliarias sobre el bien, ambas oponibles con la inscripción en el Registro, pero una de esas garantías es un gravamen judicial y la otra es un contrato privado de garantía y, bajo el mismo supuesto anterior, una se inscribió en el Registro y la otra no, tendrá prelación la que se haya inscrito, sea ésta cual fuere (Art. 48, inc. 2). Así mismo, si ninguna de las dos garantías se inscribió, prevalecerá el gravamen judicial si se decretó primero que la fecha de celebración del contrato, o la garantía

mediante contrato privado, si éste se suscribió primero que el decreto del gravamen judicial (Art. 48, inc. 4).

Finalmente, frente al conflicto de prelación entre dos garantías mobiliarias sobre el mismo bien, particularmente en el supuesto de que una de las garantías sea un gravamen judicial, oponible a terceros mediante la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias y la otra garantía fuese oponible mediante cualquier otra forma distinta al registro prevista en la Ley; señala el artículo 48 que la prelación se determinará, cualquiera sea la fecha de constitución de una y otra, por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad a terceros, de ser esta anterior.

b. Gravámenes tributarios y fiscales

El artículo 2 del Decreto 400 de 2014, define gravamen tributario como el acto de una autoridad fiscal con facultad para administrar y recaudar tributos en el curso de un proceso jurisdiccional coactivo. Este acto deberá ser inscrito en el Registro de Garantías Mobiliarias para efectos de su oponibilidad y prelación.

Aunque la existencia de un proceso jurisdiccional coactivo a favor de la entidad encargada de recaudar los tributos, no es una garantía en sí misma, habrá prelación de gravámenes tributarios y fiscales en el evento en que la entidad pública obtenga la garantía mobiliaria a su favor, y esta haya sido inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias (Ley 1676/13, art. 56). Cumplidos estos supuestos, se entiende que se constituye el derecho de prelación de esa obligación frente a su pago con el bien garantizado.

Ahora, cuando se constituyen dos garantías mobiliarias, ambas derivadas de obligaciones fiscales o tributarias sobre el mismo bien, la prelación se determinará por el momento de su inscripción en el registro. Es decir, se pagarán de manera preferente los gravámenes tributarios y fiscales que primero hayan sido inscritos en el Registro de Garantías Mobiliarias.

La misma regla aplica cuando existen dos garantías mobiliarias sobre el bien, ambas oponibles con la inscripción en el Registro, pero una de esas garantías versa sobre un gravamen tributario o fiscal y la otra garantía se creó mediante un contrato privado de garantía. Entonces, en este caso también tiene prelación la garantía que se haya registrado primero.

También puede suceder que existan dos obligaciones fiscales o tributarias garantizadas sobre el mismo bien, pero que una de las garantías se haya inscrito en el Registro de Garantías Mobiliarias y la otra no. En este caso, tendrá prelación el gravamen tributario que se haya inscrito, frente al que no se inscribió. Igualmente, si ninguna de las dos garantías se inscribió, la prelación será determinada el que primero se constituyó.

Siguiendo la misma lógica, si hay dos garantías mobiliarias sobre el bien, ambas oponibles con la inscripción en el Registro, pero una de ellas garantías versa sobre un gravamen tributario y la otra se crea mediante contrato privado de garantía a favor del fisco y, además, una se inscribió en el Registro de Garantías Mobiliarias y la otra no, tendrá prelación la que se haya inscrito, sea ésta cual fuere. Así mismo, si ninguna de las dos garantías se inscribió, prevalecerá el gravamen tributario o fiscal siempre que ésta se haya constituido primero; o la garantía creada mediante contrato privado, si ésta se constituyó primero que el gravamen tributario.

Finalmente, y haciendo referencia al conflicto de prelación entre dos garantías mobiliarias sobre el mismo bien, particularmente en el supuesto de que una de las garantías verse sobre obligaciones fiscales o tributarias, oponible a terceros mediante la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias y la otra garantía, sea esta cual fuere, fuese oponible mediante cualquier otra forma distinta al registro prevista en la Ley; tendrá prelación, cualquiera sea la fecha de constitución de una y otra, la garantía que primero haya sido oponible a terceros.

B. Excepciones a la regla general

Como quedó evidenciado, en la mayoría de los casos, el acreedor garantizado que haga primero oponible la garantía mobiliaria tiene prioridad sobre los acreedores con garantías adquiridas o publicitadas con posterioridad. Esta regla general, sin embargo, está sujeta a excepciones que por sus características especiales justifican el distanciamiento del principio del *prior tempore, potior jure* (Kozolchyk, B. & Wilson, J., 2012). A continuación, se presentan las excepciones a esta regla contempladas por el régimen de garantías mobiliarias colombiano.

1. Giro ordinario de los negocios

El artículo 18 de la Ley 1676 de 2013 establece que, salvo pacto expreso en contrario, en los casos en que la garantía mobiliaria es sin tenencia del acreedor garantizado, el garante tendrá los derechos de usar, transformar y vender, permutar y constituir otras garantías mobiliarias o alquilar los bienes en garantía, siempre y cuando lo haga en el giro ordinario de sus negocios.

Teniendo en cuenta estos derechos del garante, el artículo 53 de la Ley 1676 de 2013 contempla las excepciones a la regla de prelación de primero en el tiempo, primero en el derecho para los casos particulares en que el bien dado en garantía es enajenado como una operación del giro ordinario de los negocios del garante. Estas excepciones son aplicables para el caso de las enajenaciones del bien mueble gravado y para el caso de otorgamiento de los derechos de uso y goce de un licenciatario o arrendatario de bienes muebles dados en garantía.

a. Enajenación del bien mueble dado en garantía en el giro ordinario de los negocios del garante

La primera excepción prevista por la Ley busca proteger al comprador o adquirente del bien mueble dado en garantía, cuando la enajenación del mismo ocurre en el giro ordinario de los negocios del garante⁵. La Ley entiende por comprador o adquirente en el giro ordinario de los negocios un tercero persona natural o jurídica quien, actuando de buena fe y sin tener conocimiento de que esa venta se hace en violación de los derechos de un acreedor garantizado, compra o adquiere y toma posesión de los bienes afectos a la garantía de una obligación de un tercero debidamente constituida y publicitada (Art. 8).

Lo particular de esta transacción y lo que hace que sea excluida del ámbito de aplicación de la regla general de prelación es que el comprador adquiere los bienes muebles gravados en el marco del giro ordinario de los negocios del garante y por tanto libres de todo gravamen. De ahí que, para que esta excepción sea aplicable, el bien gravado debe ser un bien que el vendedor suela vender. Asimismo, es necesario que la enajenación se celebre en la manera en que el vendedor lo hace regularmente. De manera que, si la venta se realiza fuera de los canales corrientes de distribución o por un precio no razonable, el bien continuará estando sujeto a la garantía, y por tanto será oponible al adquirente del bien (CNUDMI, 2010; Kozolchyk, B. & Wilson, J., 2012; NLCIFT, 2006, principio 9).

En estos casos, por una parte, el comprador o adquirente recibirá los bienes sin sujeción a ninguna garantía mobiliaria constituida sobre ellos, aun cuando se le haya dado la debida publicidad a la garantía real. Por otra parte, el acreedor garantizado obtendrá una garantía sobre el producto de la venta que sustituirá la garantía sobre el bien vendido, previsión última que busca que el acreedor garantizado no quede sin protección. Esta excepción

⁵ Ciscomani y Wilson-Molina (1999, p. 285) hacen especial énfasis en la importancia de esta excepción para la viabilidad del mercado. Al respecto, señalan “No sería razonable exigir que los compradores en el mercado revisaran en el registro antes de cada una de sus adquisiciones, cuando los bienes que adquieren forman parte de un inventario sujeto a un gravamen mobiliario. Además, aún cuando los inventarios estén gravados, el acreedor preferirá siempre que los bienes sean vendidos por el deudor para generar el efectivo suficiente con el cual pueda cubrir el crédito.”

responde a la expectativa comercial de que el garante realizará ventas que hagan parte dentro del giro ordinario de sus negocios y de que el comprador de los bienes corporales los adquirirá libres de toda garantía real (CNUDMI, 2010).

Cabe señalar que si la enajenación del bien dado en garantía se realiza por fuera del giro ordinario de los negocios del garante, el bien continuará sujeto a la garantía. Ahora bien, el acreedor garantizado podrá autorizar que, con la venta del bien dado en garantía por fuera del giro ordinario de los negocios, el bien no quede sujeto al gravámen que surge de la garantía mobiliaria (Ley 1676/13, Art. 53, inc. 2).

Por último, si la enajenación del bien dado en garantía se realiza por fuera del giro ordinario de los negocios del garante, el bien continuará sujeto a la garantía. Así, el comprador que no sea un adquirente en el giro ordinario de los negocios será igualmente responsable solidariamente con el garante por los perjuicios ocasionados al acreedor garantizado. En este caso la garantía subsiste sobre el bien y sobre el precio pagado por ese bien (Ley 1676/13, Art. 65).

b. Derechos de uso y goce de un licenciatario o arrendatario de bienes muebles

La segunda excepción a la regla general de prelación establecida para las operaciones realizadas en el giro ordinario de los negocios del garante tiene que ver con los derechos de uso o goce derivados de contratos de licencia o arrendamiento. En estos casos, la Ley establece que el acreedor garantizado no podrá interferir con los derechos de uso o goce de un licenciatario o arrendatario de bienes muebles dados en garantía siempre y cuando los contratos de licencia o arrendamiento hagan parte del giro ordinario de los negocios del garante. Para el caso específico del arrendamiento, se exige, de manera adicional a que dicho arrendamiento se de en el giro ordinario de los negocios del garante, el consentimiento del acreedor garantizado.

Así, por lo tanto, si sobre el bien dado en garantía recae un contrato de arrendamiento que corresponde al giro ordinario de los negocios del garante, al momento en que el acreedor

garantizado con ese bien decida ejecutar la garantía por incumplimiento en la obligación garantizada, el contrato de arrendamiento seguirá vigente y el acreedor garantizado no podrá interferir con los derechos de uso o goce del arrendatario, siempre que él haya dado la autorización para que se suscribiera tal arrendamiento.

Ahora bien, en caso en que el contrato de arrendamiento no se dé dentro del giro ordinario de los negocios del garante, o en que se haya suscrito sin autorización del acreedor garantizado; este último podrá hacer efectiva la garantía en cualquier momento ante el incumplimiento en su obligación garantizada.

Si por el contrario, si lo que se suscribió entre el garante y el tercero fue un contrato de licenciamiento del bien dado en garantía y, como en el ejemplo anterior, dicho contrato de licencia aún es vigente al momento en que el acreedor garantizado desea ejecutar su garantía por incumplimiento en la obligación garantizada, éste no podrá ejecutar su garantía hasta tanto cesen los derechos generados a partir del contrato de licencia. En este caso, a diferencia del contrato de arrendamiento, no se requiere consentimiento del acreedor garantizado para otorgar la licencia.

Si el contrato de licencia se suscribe por fuera del giro ordinario de los negocios del garante, el acreedor garantizado podrá hacer efectiva su garantía en cualquier tiempo ante el incumplimiento de su obligación garantizada.

Dicho todo lo anterior, la excepción a la regla general de prelación en lo que respecta al arrendamiento o la licencia de los bienes dados en garantía, parece ser temporal; pues tanto el contrato de licencia, como el contrato de arredramiento no se extienden por tiempo indefinido y tienen la potencialidad de terminarse, dejando de nuevo el bien en garantía libre de cualquier restricción para su ejecución. Sin embargo, cuando dichos contratos se extienden por tiempos significativos, pareciera lógico que el acreedor garantizado, ante el incumplimiento de su obligación, pudiera escoger entre mantener su garantía con el bien licenciado o arrendado o subrogar su garantía en otro bien del deudor; pues de no ser así, su garantía sería simbólica, y en la práctica no le generaría la garantía efectiva de su

obligación. La anterior consideración no la contempla expresamente la Ley, pero se cree que de una lectura sistemática de la norma, y atendiendo a la intención del legislador contenida en el objeto y trasfondos que inspiraron la Ley, es una solución completamente viable.

Por el contrario, la excepción a la regla general de prelación por venta del bien dado en garantía sí es definitiva, pues el bien simplemente salió del patrimonio del garante. Razón por la cual, como ya se dijo, la Ley contempla que el acreedor escoja que haya una subrogación por el precio de la cesión o venta o por los dineros que se reciban, o mantener su garantía con otros bienes por la misma cuantía (Ley 1676/13, art. 18, parágrafo).

2. Garantía mobiliaria prioritaria de adquisición

La segunda excepción al principio del primero en el tiempo, primero en el derecho está contemplada en el artículo 54 de la Ley 1676 de 2013 y es aplicable para los casos en que se constituya una garantía mobiliaria prioritaria de adquisición. Conforme al artículo 8 de la Ley, una garantía mobiliaria prioritaria de adquisición es una garantía otorgada a favor de un acreedor que ha financiado la adquisición, por parte del deudor, de bienes muebles corporales sobre los que se constituye la garantía.

La excepción establecida por el artículo 54 de la Ley consiste en que una garantía mobiliaria prioritaria de adquisición tendrá prelación sobre cualquier garantía mobiliaria previamente registrada sobre la misma categoría de bienes gravados. Ahora, para que esta excepción a la regla general de la prelación sea aplicable, es necesario que la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición haya sido inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias y que en el formulario registral se haya hecho referencia al carácter especial de esta garantía (Ley 1676/13, arts. 22 y 43; Decreto 400/14, art. 18; Kozolchyk, B. & Wilson, J., 2012; NLCIFT, 2006, principio 8).

La inscripción de la garantía deberá preceder la adquisición del bien por parte del deudor garante diferenciando e individualizando el bien antes de que este sea adquirido. Esto

asegura que el bien no ingrese a la masa de bienes del deudor y por tanto se pierda la prelación. Efectivamente, la financiación otorgada por el acreedor deberá tener como objetivo la financiación de la adquisición.

Adicionalmente, si la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición recae sobre un inventario de bienes muebles, además de la referencia al carácter especial de la garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias, es necesario que el acreedor garantizado notifique a los acreedores registrados que verán afectada su prelación (Ley 1676/13, art. 22).

Por último, es necesario señalar que si la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición fue constituida con anterioridad a la vigencia de la Ley 1676 de 2013, cuando se inscriba en el Registro de Garantías Mobiliarias, se deberá igualmente hacer referencia al carácter especial de la garantía (Decreto 400/14, Art. 41, num. 2, inc. 3). Asimismo, si la garantía fue constituida con anterioridad a la vigencia de la Ley y recaía sobre bienes del inventario del garante, se deberá notificar a los acreedores precedentes una vez realizado el registro de la garantía mobiliaria (Decreto 400/14, Art. 41, num. 2, inc. 4).

IV. CONCLUSIONES

Finalmente, a modo de conclusión, vale señalar que el presente texto sistematizó, describió y explicó cómo la Ley 1676 de 2013 regula el concepto de prelación cuando hay acreedores con derechos concurrentes respecto del mismo bien en garantía. La Ley 1676 de 2013 introdujo importantes modificaciones al régimen de garantías mobiliarias en Colombia, incluyendo la noción funcional de garantía mobiliaria, la creación del Registro de Garantías Mobiliarias y la creación de nuevos mecanismos de ejecución de la garantía, entre otras. Con el fin de realizar un aporte significativo a la escasa literatura sobre el sistema de garantías mobiliarias colombiano, este trabajo presentó uno de los aspectos del nuevo régimen de garantías mobiliarias colombiano: las reglas de prelación aplicables a las situaciones en las que se presentan acreedores con derechos concurrentes respecto del mismo bien en garantía.

Para ello, entonces, el texto partió de la relación entre la oponibilidad de las garantías y la prelación de las mismas. Se estableció que la oponibilidad de las garantías es la validez de las garantías frente a terceros, es decir, la generación de efectos *erga omnes* de la garantía. Asimismo, se determinó que para que la garantía sea oponible deben cumplirse requisitos de publicidad de la garantía y que estos requisitos son llenados mediante los diferentes mecanismos de publicidad de las garantías contemplados por la Ley 1676 de 2013: la inscripción registral en el Registro de Garantías Mobiliarias, la entrega de la tenencia del bien dado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero autorizado por este, y el control del bien. Finalmente, se explicó que una vez la garantía es hecha oponible o pública, tiene consecuencias frente a terceros y produce el nacimiento de un derecho para el acreedor garantizado que es el derecho de prelación. El derecho de prelación le permite al acreedor garantizado hacer valer su derecho sobre los bienes gravados frente a los derechos de un reclamante concurrente con respecto a los mismos bienes gravados.

Una vez se estableció la relación entre la oponibilidad y la prelación de las garantías, el texto pretendió sistematizar las reglas de prelación contenidas a lo largo del articulado de la Ley 1676 de 2013. Con esta finalidad en mente, se realizó una distinción entre, por un lado,

los conflictos de prelación de las garantías que se solucionan a partir de la regla general de primero en el derecho, primero en el tiempo (*prior tempore, potior jure*) y, por otro lado, los conflictos de prelación de las garantías que, para su solución, establecen excepciones a la regla general de prelación.

Así, en primera medida, se expuso la regla general de prelación *prior tempore, potior jure*, según la cual la prelación de un acreedor garantizado frente a otro acreedor garantizado con el mismo bien dado en garantía se establece con base en el momento cronológico en que se logró la oponibilidad a terceros de la garantía. Seguidamente, para analizar los conflictos de prelación de las garantías que se solucionan a partir de la regla general, se clasificaron los conflictos teniendo en cuenta si ellos derivaban de la vigencia de la Ley 1676 de 2013, de los mecanismos de oponibilidad, de la naturaleza de los bienes dados en garantía o de la naturaleza de la obligación garantizada. En consecuencia, a partir de esta clasificación, se analizaron un total de trece supuestos de conflictos de prelación de las garantías.

Finalmente, se abordaron las dos excepciones a la regla general de prelación *prior tempore, potior jure*. Por lo tanto, se explicaron y analizaron las excepciones a la regla general de prelación para las operaciones que se llevan a cabo en el giro ordinario de los negocios del garante y para el caso de la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición. Para la excepción aplicable a las operaciones que hacen parte del giro ordinario de los negocios, el texto abordó los casos de enajenación o venta de los bienes dados en garantía, así como los casos de arrendamiento o licenciamiento de dichos bienes. Se estableció que, en el primero de los casos, el comprador de los bienes dados en garantía los adquiere libre de gravámenes y, en consecuencia, el acreedor garantizado con dicho bien tendrá derecho a escoger que su garantía se subrogue por el precio de la cesión o venta o por los dineros que se reciban, o mantener bienes por la misma cuantía. De otro lado, para el segundo de los casos, se determinó que la excepción a la regla general de prelación es parcial, dado que los contratos de licenciamiento o arrendamiento tienen un límite temporal y, luego de que se terminan, el acreedor garantizado retoma todos los derechos con que inicialmente recibió su garantía.

Por último, se abordó la segunda excepción a la regla general de prelación: la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición. Se explicó, entonces, que en esta excepción se está en presencia de una garantía mobiliaria prioritaria de adquisición que es aquella que se otorga a favor de un acreedor que ha financiado la adquisición de bienes muebles corporales sobre los que se constituye la garantía. En este caso, siempre que se especifique en la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias la calidad de la garantía como garantía prioritaria de adquisición, se tendrá esta prelación sobre cualquier otra garantía inscrita sobre estos bienes, aun cuando la garantía prioritaria de adquisición sea posterior.

V. REFERENCIAS

A. Normas

Decreto 400 de 2014 (24 de febrero), por el cual se reglamenta la Ley 1676 de 2013 en materia del Registro de Garantías Mobiliarias y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.074.

Ley 1676 de 2013 (20 de agosto), por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. Diario Oficial No. 48.888.

Ley 57 de 1887 (26 de mayo de 1873). Código Civil.

B. Doctrina

Bonilla, F. (2014). El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias. Revista e – Mercatoria (42).

Ciscomani, F., & Wilson-Molina, J. (1999). La Garantía Mobiliaria. Anuario Del Departamento De Derecho De La Universidad Iberoamericana, 29, 277-312.
Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt14.pdf>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2010). Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas. Nueva York: Naciones Unidas.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

(2014). Guía de la CNUDMI sobre la Creación de un Registro de Garantías Reales.

Viena: Naciones Unidas.

Kozolchyk, B. & Wilson, J. (2012) La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley

Modelo) de la Organización de Estados Americanos. En: Compilación de Garantías

Mobiliarias. México. México D.F.: Dirección General de Normatividad Mercantil

de la Secretaría de Economía.

National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT). (2006). 12 Principios del

NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Americas. Tucson, Arizona:

Universidad de Arizona.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-017964 del 24 de febrero de 2015.