



**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**

**NÉSTOR SANTIAGO ARÉVALO BARRERO**

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.17>

**Universidad de los Andes**

**Facultad de Derecho**

**Rev. derecho priv. No. 57**

**enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794**

## **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**

### **Resumen**

En atención a la eliminación de la prohibición del pacto comisorio en las garantías mobiliarias reales, conforme a lo establecido en la Ley 1676 de 2013, se muestra la forma en la cual los mecanismos extrajudiciales de ejecución previstos en dicha norma y desarrollados por el Decreto 1074 de 2015 estructuran un escenario de equilibrio entre las partes involucradas.

**Palabras clave:** pacto comisorio, garantías mobiliarias, mecanismos de ejecución de las garantías, tutela judicial efectiva, equilibrio contractual en las garantías, ejecución especial de la garantía, mecanismo de pago directo, contratos de garantías, registro de garantías, prenda, mecanismos extrajudiciales de ejecución, mecanismos alternativos de solución de conflictos.

## **The protection of the parties in the extrajudicial mechanisms of execution in the movable guarantee of tangible assets as of the elimination of the prohibition of appropriation pact**

### **Abstract**

In view of the elimination of the prohibition of appropriation pact in the movable guarantee of tangible assets, in accordance with the provisions of Law 1676 of 2013, it will be shown how the extrajudicial mechanisms of execution established in the previously mentioned norm and developed by the Decree 1835 of 2015, structure a scenario of balance between the parties involved.

**Keywords:** Appropriation pact, movable guarantees, mechanisms for the execution of guarantees, effective judicial protection, contractual equilibrium in guarantees, special enforcement of the guarantee, direct payment mechanism, guarantee contracts, guarantee registration, pledge, extrajudicial mechanisms of execution, alternative dispute resolution mechanisms.

# 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\*

NÉSTOR SANTIAGO ARÉVALO BARRERO\*\*

## SUMARIO

Introducción – I. ELIMINACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO – A. *Antecedentes del pacto comisorio* – B. *Justificación de la prohibición del pacto comisorio* – C. *Críticas a la prohibición y situación actual* – II. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LOS MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE EJECUCIÓN – A. *Antecedentes del sistema* – B. *Características principales del sistema colombiano* – C. *Configuración de los mecanismos en otros países de América Latina* – III. TUTELA DEL EQUILIBRIO DE LAS PARTES – A. *Formas de equilibrio en los mecanismos extrajudiciales de ejecución* – B. *Incidencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

---

\* Cómo citar este artículo: Arévalo Barrero, N. S. (Junio, 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*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.17>

\*\* Abogado (Universidad Libre), magíster en derecho privado y especialista en derecho de los negocios internacionales (Universidad de los Andes), especialista en derecho contractual y derecho aduanero (Universidad del Rosario). Actualmente se desempeña como profesional en la Dirección de Justicia Formal del Ministerio de Justicia. Correo: ns.arevalo10@uniandes.edu.co.

## Introducción

Con la Ley 1676 de 2013 (Ley de Garantías Mobiliarias –LGM) fue creado el Sistema Unitario de Garantías sobre los Bienes Muebles, el cual se desarrolla en varios aspectos,<sup>1</sup> agrupados así:

1. La creación de las garantías mobiliarias y sus generalidades, ámbito de aplicación, bienes excluidos, obligaciones garantizadas, derechos y obligaciones de las partes;<sup>2</sup>
2. Lo relativo a la oponibilidad, el registro y las reglas de prelación;<sup>3</sup> y
3. La ejecución y realización de las garantías mobiliarias, así como la resolución de controversias.<sup>4</sup>

Frente a este último aspecto, la ley incorpora modificaciones al procedimiento de adjudicación o realización especial de la garantía real (L. 1564/2012, art. 467), al limitar las excepciones y los medios de defensa que pueden emplearse,<sup>5</sup> al tiempo que crean otras formas

de ejecución como las de pago directo y la ejecución especial de la garantía.

Estas novedades, desarrolladas en el Decreto 1835 de 2015, tienen como base uno de los principales cambios introducidos, como es la eliminación de la prohibición de incorporar el pacto comisorio en materia de las garantías reales sobre bienes muebles (Bejarano, 2014, p. 164), por lo que resulta necesario determinar si con esas nuevas formas de ejecución se ampara el equilibrio y la transparencia entre los involucrados, atendiendo las limitaciones legales en torno de la naturaleza de las normas procesales (L. 1564/2012, art. 13).

El presente artículo tiene como propósito mostrar la forma en que surgió la prohibición del pacto comisorio, las razones que la fundamentaron y la manera en que estas se ven relevadas con la normativa y la realidad actual, en especial, en materia de ejecución de las garantías mobiliarias. Por tal razón, resulta importante elucidar los principales aspectos que caracterizan estas herramientas de orden ex-

- 
1. Esta propuesta se basa en el orden dispuesto en la normativa y en los tres momentos principales de las garantías: su creación, aplicación práctica y finalización, siendo este último el que centra la atención del presente trabajo.
  2. Incluye el ámbito de aplicación de la ley, concepto de garantía mobiliaria, bienes exceptuados del régimen, obligaciones garantizadas, forma de creación, derechos y obligaciones de las partes, jurisdicción y competencia, aplicación de la ley en el tiempo, vigencia y derogatorias.
  3. Contiene los mecanismos y reglas de oponibilidad, procedimiento de registro y reglas de prelación, tratamiento en los procedimientos de insolvencia empresarial, disposiciones sobre el *factoring* y prevención del lavado de activos.
  4. Contempla los procedimientos de ejecución de las garantías mobiliarias y los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos.
  5. Cualquier otro tipo de defensa recibirá el trámite declarativo, una vez adjudicado el bien en garantía o efectuada su realización (L. 1676/2013, art. 61).

trajudicial, las disposiciones que precedieron la expedición de la ley y que inspiraron sus conceptos más relevantes, al igual que la forma en que otros países de América Latina han venido incorporando estas figuras, al implementar la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias<sup>6</sup> y, en general, los estándares internacionales de esta figura.

Por último, se revisa la manera en que los mecanismos de ejecución extrajudicial se integran con los parámetros constitucionales y legales, y otorgan, al mismo tiempo, los instrumentos necesarios a los actores involucrados para que puedan ejercer sus derechos de manera equilibrada, haciendo especial referencia a la forma en que concurren los mecanismos alternativos de solución de conflictos en estos casos.

Lo anterior permite mostrar que el nuevo régimen de las garantías mobiliarias constituye un avance normativo, que ofrece importantes herramientas dirigidas a ajustar este campo de estudio a la nueva realidad económica y social, en especial en el acceso al crédito, así como en las demás operaciones sometidas a esta normativa.

## I. ELIMINACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

El artículo 91 de la LGM dispuso la derogatoria de la prohibición del pacto comisorio<sup>7</sup> en la prenda (CC, 1887, art. 2422) o, de acuerdo con los términos del artículo 3° de dicha norma, en las garantías mobiliarias, interdicción que se remontaba a la implantación del derecho español (Canosa, 2009, p. 716)<sup>8</sup> y que en el ámbito civil llevaba a la declaratoria de nulidad de la convención o a la ineficacia de su estipulación, sin necesidad de declaración judicial, tratándose de prenda comercial (CCo., 1971, art. 897).

Esta prohibición se concebía como “el acuerdo en virtud del cual el deudor faculta a su acreedor para disponer de la prenda, o apropiarse de ella por medios diversos de los establecidos en la ley” (CSJ Civil, 14 feb. 2006, C. Jaramillo), y se estipulaba, con diversa intensidad, para la hipoteca, la prenda, la fiducia y la anticresis (Villamil, 2013, p. 31). De tal prohibición se hacía referencia que, además de remontarse al derecho romano, había sido acogida por la mayor parte de todos los sistemas jurídicos, en

6. Esta norma fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado No. VI (CIDIP-VI), de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada en Washington D.C., en el año 2002, siendo su presidente José Luis Siqueiros, su vicepresidente Boris Kozolchyk y su relator Ronald Herbert (Herbert, 2002).

7. Esta noción debe diferenciarse de la denominada *lex commissoria* o condición resolutoria expresa, que puede ser pactada por las partes en una compraventa, por el incumplimiento de alguna de las obligaciones, ejemplo de lo cual lo constituye el pacto comisorio calificado (CC, 1887, art. 1937), que permite la resolución del contrato de venta por la falta de pago del precio convenido (CSJ Civil, 30 ago. 2011, W. Namén).

8. El autor, citando a García Villegas (2003), aclara que el derecho español se encontraba consagrado en El Ordenamiento de Alcalá (1384), las leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación de Castilla (1567) y la Novísima Recopilación de Castilla (1805), normas a las que se subordinaban los fueros o cartas municipales (de carácter supletorio) y las normas de derecho romano y canónico incluidas en las Siete Partidas de Alfonso X.

especial, en Francia, Colombia y Chile (Tamayo, 2004, p. 255).<sup>9</sup>

Sin embargo, los cambios generados por la dinámica económica y el desarrollo de la sociedad, por las necesidades surgidas en materia de garantías, principalmente en el ámbito financiero, y por la evolución jurisprudencial respecto de la figura de interdicción en estudio, así como por las iniciativas en el ámbito internacional hacen necesario analizar, desde su surgimiento, las razones en las que se basaba a fin de determinar si estas se ven superadas con la configuración actual del sistema y, de manera particular, con los mecanismos extrajudiciales de ejecución.

### A. Antecedentes del pacto comisorio

En el derecho romano, atendiendo la preponderancia de la *fides*, el afán de exactitud, honradez y seriedad predicables como principios en los contratos (Canosa, 2009, p. 709),

a modo de garantía del cumplimiento de las deudas se contempló la responsabilidad de la persona del deudor, quien ante la falta de observancia de sus obligaciones podría ser apropiado, esclavizado o descuartizado por el acreedor, a través de la *manus iniectio*.<sup>10</sup> La forma contractual que de ello se derivaba (*nexum*) fue abolida por la *Lex Poetelia Papiria* (Villamil, 2013, p. 37).

Por otro lado, se previó que el acreedor insatisfecho ante el incumplimiento por parte del vendedor tenía el derecho de vender el bien (*pignus*), cuando así se hubiera pactado en el contrato, condición última que varió al ser posible la enajenación, aun cuando no se hubiera convenido en ello (Feliú, 1995, p. 33). Otra figura que puede adicionarse dentro del origen de estas instituciones y que surge como un convenio adjunto a la *mancipatio* y a la *in iure cesio*,<sup>11</sup> es la *fiducia cum creditore*, la cual “podía tomarse como una modalidad del derecho de retención, en la cual el *accipiens* conservaba la propiedad de la cosa hasta cuando

9. El Code Civil des Français, de 1804, contempla en el artículo 2078 la nulidad de toda cláusula que faculte al acreedor a apropiarse de la prenda, lo cual viene a ser consignado por el artículo 1859 del Código Civil español, en el artículo 2774 del Código Civil italiano (que reprocha, incluso, el pacto posterior al crédito o *pacto comisorio ex intervallo*), y el Decreto Ley 776 de 19 de diciembre de 1925 de Chile, artículo 1º (con igual alcance que en Italia). En Francia, sin embargo, con la reforma introducida en el año 2006, se prevé la posibilidad del pacto comisorio en la modalidad de *pacto marciano*, al igual que en España, en lo referente a garantías financieras, de acuerdo con el Real Decreto Ley No. 5 de 11 de marzo de 2005 (Villamil, 2013, p. 39 a 40).

10. El sistema legal de acciones en los primeros siglos estaba constituido por: la *actio sacramenti*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus iniectio* y la *pignoris capio*. En cuanto a la penúltima de ellas, conforme a las XII Tablas, se determinaba el procedimiento posterior a la confesión de la deuda y juzgamiento en derecho, para luego pasarse al encadenamiento del deudor, su posterior venta o la ejecución de penas capitales (Canosa, 2009, p. 710).

11. La *mancipatio* correspondía a un contrato solemne para la venta de bienes sacrales o *res mancipi*, en la que se invitaba al tradente a conservar los bienes (debido a que se trataba de los necesarios para la subsistencia del individuo y de su familia) y se incitaba al adquirente (*accipiens*) que no los adquiriera (Villamil, 2013, p. 31). En la *in iure cesio* se simulaba una disputa respecto de la propiedad de la cosa a nombre del comprador, en la que el vendedor aparecía como quien la hubiera arrebatado (Villamil, 2013, p. 32).

fuera satisfecho en la deuda” (Villamil, 2013, p. 33). En esta institución se contemplaban dos formas de garantía, similares en cuanto no se producía la transferencia del dominio de la cosa, pero diferentes respecto de su posesión, ya que en la prenda el bien pasaba a manos del acreedor y en la hipoteca tal evento no ocurría (Canosa, 2009, p. 711).

Posteriormente, se agrega la posibilidad para el acreedor de adquirir el bien por un justo precio (Feliú, 1995, p. 34), lo que resulta ser, propiamente, el pacto comisorio, a lo cual se adicionó la facultad para vender la cosa dada en garantía y pagarse con su producto si existía un incumplimiento, cláusula denominada *distrahendo pignore* (Canosa, 2009, p. 712).

En el año 320 d.C., el emperador Constantino mediante edicto invalida el citado acuerdo por tres razones principales (Feliú, 1995, pp. 35-36):

- a. La capacidad de la figura del *pignus* para garantizar por sí sola la satisfacción del acreedor, mediante el poder de realización.
- b. La utilización del pacto comisorio para encubrir el cobro de intereses ilegales, debido a que generalmente el bien comisado valía más que el crédito por él garantizado,<sup>12</sup> con lo cual se generaba para el deudor un per-

juicio patrimonial desproporcionado (Canosa, 2009, p. 612, nota 14).

- c. La proscripción y sanción moral de la usura (concebida como el pacto de intereses), derivada de la influencia creciente de la Iglesia Católica.<sup>13</sup> En este sentido, se entiende que el emperador, igualmente, consideró “de la esencia de la prenda el derecho a vender la cosa, según el caso, en la hipótesis de falta de pago (*ius distrahendī*), de modo que no fuera necesaria convención al respecto, como tampoco posible acuerdo en contrario” (CSJ Civil, 29 jul. 2005, C. Jaramillo).

Esta prohibición viene a ser replicada por Carlomagno, desde la *Admonitio generalis* del 789 a la capitular de Nimega del año 806, dirigida a los laicos, siendo confirmada luego por el Papa Inocencio III, en la decisión *Significante R. cive pisano* de 1198 (Feliú, 1995, p. 37), para luego ser condenada por una bula del Papa Pío V en 1569, ante la creación de formas alternativas para evadir la proscripción de la usura, como la venta con pacto de retro o con el pacto de comiso en censo consignativo (Feliú, 1995, p. 40).<sup>14</sup>

Otra figura a la que habría que hacer mención corresponde al contrato de mohatra, en el que “compra uno de un comerciante algunas mer-

12. Tal circunstancia es ratificada por el emperador Constantino al decretar la limitación de la tasa de interés en el año 325 d.C. (Feliú, 1995, p. 36), mismo año en el que presidirá el Concilio de Nicea, en el que se prohibirá a los clérigos el mutuo retribuido de manera absoluta (Feliú, 1995, p. 36, nota 33).

13. Dicho entendimiento pareciera surgir de algunos pasajes del Nuevo Testamento de la Biblia, entre ellos el Evangelio de San Lucas, 6, 34 (Biblia de Jerusalén, 2009, p. 1501). En el mismo sentido, Feliú (1995, p. 36).

14. Concerniente a la constitución de una cláusula penal que consistía en la caída en comiso de los derechos reservados por el deudor, con la pérdida total por este del dominio sobre el bien (Feliú, 1995, p. 40).

caderías a crédito y a muy alto precio, para volverlas a vender en el mismo instante al propio comerciante a dinero contado y a precio más bajo” (Villamil, 2013, p. 36), figura que encuadraría préstamos usurarios, según el autor.

En España, la prohibición viene a incorporarse en la Ley 41 del título V de la Partida V, y en la Ley 12, título XIII, frente a la cual tanto el glosador Gregorio López<sup>15</sup> como los representantes de la Escuela de Salamanca refieren la tolerancia del pacto marciano, de acuerdo con el cual el acreedor accedería a la propiedad de la cosa dada en prenda, previa la justa valoración pericial de esta (Villamil, 2013, pp. 38-39), junto con el desembolso de una suma igual a la diferencia entre el valor del bien y el *quantum* de la deuda satisfecha (Feliú, 1995, p. 79).

En Francia, con la finalidad de impedir la usura, la prohibición del pacto comisorio fue incorporada en el Código de Napoleón por Pothier (Villamil, 2013, p. 39).

### **B. Justificación de la prohibición del pacto comisorio**

Además de las razones expuestas para sustentar la proscripción del emperador Constantino al pacto comisorio, su adopción por parte de

los ordenamientos jurídicos posteriores ha llevado, según Feliú (1995, pp. 66-88), a la consideración de ciertos aspectos que coinciden respecto al mantenimiento de dicha prohibición, a saber:

- a. Por la aplicación de un juicio de inmoralidad, influenciado por la Iglesia Católica, y referido en un primer momento al préstamo retribuido para luego instalarse en el ámbito de la usura.
- b. Por la aplicación de los principios de proporcionalidad y de tutela a la parte más débil o, de acuerdo con algún sector de la doctrina italiana,<sup>16</sup> por la sola tutela del contratante, con prescindencia de la investigación del estado de inferioridad del deudor o de la coacción ejercida sobre él.<sup>17</sup> De esta forma, según Villamil (2013), dicha institución:

Cumple una arquetípica función tuitiva, reconociendo que un individuo acuciado por la penuria se somete al sojuzgamiento del acreedor; la necesidad constriñe de tal modo al individuo que termina siendo objeto inanimado de intereses y fuerzas que no controla, lo que justifica que haya intervención bienhechora del derecho y de la justicia para reprobar el denominado pacto comisorio. (p. 75).

15. El glosador hace mención de la determinación del justo precio por *boni viri* (Wegmann, 2009).

16. Específicamente, Enzo Roppo en *La responsabilità patrimoniale del debitore* (Feliú, 1995, p. 71).

17. Al respecto, se hace mención de una sentencia de 21 de abril de 1976 de la Corte de Casación italiana, en la que se indica que la prohibición no estaba sujeta ni a requisitos especiales ni a la desproporción del crédito y el valor del bien en garantía (Feliú, 1995, p. 71, nota 106).

- c. Por la necesidad de seguirse un procedimiento, es decir, por la imposibilidad de autosatisfacción, como “expresión del principio general que confiere al Estado poder exclusivo en materia de ejecución” (Feliú, 1995, p. 77), lo cual es sostenido por algunos tratadistas italianos.<sup>18</sup>
- d. Por la necesidad de proteger a los demás acreedores y respetar el principio de *par conditio creditorum*, considerando el eventual desequilibrio entre la deuda garantizada y el valor del bien dado en garantía.<sup>19</sup>
- e. Por la protección del interés general o del orden público económico, en el sentido de prevenir un perjuicio social derivado del predominio de esa forma de garantía que surgiera de su difusión, así como de los inconvenientes que acarrearía.<sup>20</sup>
- f. Por parte de la doctrina chilena, podría agregarse una postura concerniente en la persecución de dos objetivos con la prohibición: 1) evitar que el acreedor se haga justicia con sus propias manos; y 2) purgar el carácter leonino de las garantías, en el evento en el que la cosa dada en garantía tenga un valor muy superior a la obligación garantizada.<sup>21</sup>
- g. Por último, una razón adicional que justificaría la prohibición sería la de evitar el establecimiento de facultades exorbitantes en favor del acreedor y de contraponerse a la naturaleza del derecho emanado de la garantía (Veiga, 2011, pp. 409-410).

### C. Críticas a la prohibición y situación actual

Los argumentos esbozados para mantener la prohibición del pacto comisorio se podrían concretar en la necesidad de protección del deudor, quien en el momento de requerir un crédito puede resultar sometido a la imposición de condiciones como la posibilidad de apropiación abusiva del bien dado en garantía en favor del acreedor, en caso de incumplimiento, lo cual se solventaría con la intervención judicial y con el mecanismo de valoración realizado en este procedimiento, a fin de preservar el interés público, alejando de la esfera privada una ejecución que podría significar el aprovechamiento de una condición de debilidad, en el caso en que se produjera una desproporción entre el monto de la deuda y el valor del bien dado en garantía.

Sin embargo, esta serie de afirmaciones ha sido cuestionada en diversas formas.

18. De manera especial, Betti y Fragali, aun cuando se menciona que en la doctrina alemana Sohm refería que tal proscripción provenía de que el acreedor no se satisfacía a sí mismo, sino porque resultaba satisfecho con ocasión de la intervención del Estado (Feliú, 1995, pp. 75-76).

19. Esta postura fue sostenida por Carnelutti, Pratis y Andreoli (Feliú, 1995, p. 82).

20. Esta posición es defendida, desde la doctrina italiana, por Bianca y Carnevalli, y en la española por Capilla Roncero (Feliú, 1995, p. 88, nota 159).

21. De acuerdo con Ríos Labbé, citado por Paredes (2009, p. 737).

Por ejemplo, ante la necesidad de prevención de prácticas usurarias y de proteger la parte débil en la relación contractual, según el principio de proporcionalidad, se han formulado algunos reparos en Colombia, principalmente:

- *Existencia de sanciones para castigar la usura*: el Código Penal (CP) colombiano (L. 599/2000, art. 305) castiga con pena de prisión y multa a quien reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de un préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período respectivo estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Financiera de Colombia, cualquiera sea la forma utilizada.

Igualmente, a diferencia de lo ocurrido al momento de preverse la prohibición, en el marco de los negocios de crédito adquiere una principal importancia el sistema financiero, el que al involucrar el interés general (CP, 1991, art. 335), implica que las operaciones sean objeto de vigilancia estatal, no solo respecto del funcionamiento de las entidades bancarias y bursátiles, sino también en la regulación relativa al otorgamiento y ejecución de créditos, en los tipos de interés y las tasas máximas aplicables (Superintendencia Financiera de Colombia [SFC]), Circular Básica Jurídica, 2014, Núm. 1.2.6, Parte II, Título I, Capítulo I).

Adicional a la consecuencia punitiva, se contempla la pérdida de todos los intereses

y la restitución duplicada, conforme a lo señalado en la Ley 45 de 1990 (art. 72) y en el Código de Comercio (Villamil, 2013, p. 77).

- *Existencia de mecanismos para la protección de la parte débil*: a la par de la vigilancia estatal sobre la actividad financiera, están previstas acciones populares para la defensa de la libre competencia económica, de grupo para defender colectivamente los intereses de los ahorradores, y una serie de normas tendientes a proteger al consumidor financiero, como la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011 (Villamil, 2013, p. 76).
- *Inexistencia de una inferioridad generalizada entre las partes del contrato de garantía*: a la existencia de compañías multinacionales que cuentan con un poder de injerencia económica importante, se suma el que la competencia entre las entidades financieras permite que se ofrezcan a empresas más pequeñas y personas naturales los productos en condiciones más flexibles y favorables (Paredes, 2009, pp. 738-739).
- *La judicialización como un medio que no resulta idóneo para proteger al deudor*: al mismo tiempo que se resalta el mandato constitucional para que sean las partes las llamadas a resolver los conflictos, sin necesidad de intervención judicial, como lo ha referido la jurisprudencia (CSJ Civil, 29 jul. 2005, C. Jaramillo), está el hecho de que la ejecución de las garantías a través de procesos judiciales ha tendido a hacer más gravosa la situación del deudor, debido a las

demoras y al incremento de los costos, que terminan por afectar, precisamente, al sujeto a quien se quiere proteger. Según Alegría H., citado por Paredes (2009, p. 741), esto es adicional a los defectos del sistema que vienen, incluso, a lesionar la imagen misma de la judicatura (Villamil, 2013, p. 77).

- *Incremento de los costos del crédito en detrimento del deudor:* debido a la necesidad de acudir al juez para la ejecución de la garantía, el acreedor debe asumir unos riesgos y una serie de costos que terminan siendo trasladados, en su integridad, al deudor (Paredes, 2009, p. 742).
- *La naturaleza de la fórmula contractual para ejecutar la garantía:* frente al reparo de la imposibilidad de autosatisfacción por las partes en materia de ejecución, se opone, según lo refiere Ferrandis, el que

al cargarse el acento sobre la realización del valor se les ha suministrado a los procesalistas el argumento de que la garantía real es una nueva modalidad de acción ejecutiva (...) el derecho a la realización del valor no es, propiamente, lo que constituye la esencia del derecho real de garantía, si por esencia entendemos algo que es a la vez fundamental y exclusivo de ese derecho, en el sentido de ser algo que de no existir tal derecho

no se tendría ... Lo esencial es la función de garantía que se logra a través de la sujeción de una cosa al cumplimiento de una obligación ... el derecho real de garantía no se dirige a remediar el incumplimiento, sino a asegurar el cumplimiento. (Citado por Feliú, 1995, p. 78).

- *El reconocimiento del pacto marciano:* esta forma de pacto comisorio<sup>22</sup> tiene como principal característica que el acreedor puede vender la cosa o apropiarse de ella, pero previa justa valoración realizada por un tercero neutral, por lo que, en el evento de producirse un saldo de la realización de la garantía, superior a la deuda (*superfluum*), no podría retenerse por el acreedor (Villamil, 2013, p. 89).

Esta forma ha sido reconocida en su licitud por la doctrina española<sup>23</sup> e, incluso, por la italiana (sin ser unánime, aunque con un régimen prohibitivo más intenso que el colombiano), frente a la cual se resalta, especialmente, lo expuesto por la Corte de Apelaciones de Trento, en resolución de fecha 18 de febrero de 1975, al referir:

El pacto marciano, admitido como correctivo de la prohibición del pacto comisorio —como aquél que, asegurando la congruencia del precio de la venta, excluye el peligro de coacción sobre la libertad de la del deudor— con el fin de lograr tal

22. Su denominación proviene de la consulta realizada al jurista Marciano en el Digesto 20, 1, 16, 9 (Villamil, 2013, p. 89).

23. Al respecto, se señala a De Diego, Díez-Picazo y Gullón, Albaladejo, Guilarte Zapatero, Capilla y Gete-Alonso (Feliú, 1995, pp. 90-91).

seguridad y, con ello, la seguridad de la libertad del consentimiento prestado por el deudor debe fundarse sobre un juicio (de valor) proveniente de un tercero extraño a las partes, pero nombrado por ambas. (Feliú, 1995, p. 94).

- *El reconocimiento del pacto ex intervalo*: en esta forma de pacto comisorio se producen tres actos celebrados entre las mismas personas, a saber: 1) El acto de establecimiento de la obligación; 2) La constitución del gravamen; y 3) El acuerdo en virtud del cual ante el incumplimiento del deudor, el acreedor podría quedarse con la cosa dada en garantía, correspondiendo a este último su celebración posterior a los dos primeros, a efectos de evitar la prohibición general (Villamil, 2013, p. 85).

Esta modalidad ha sido reconocida en el ordenamiento interno por la jurisprudencia colombiana, al señalar:

Luego es claro que la prohibición al acreedor prendario o hipotecario de apropiarse o disponer de otra manera de la prenda —que no se desconoce, la Sala enfatiza en ello—, aun cuando es diáfana, no es absoluta, sino relativa, como lo entiende la *communis opinio*, pues lo que sancionan las normas es que las partes, en el mismo contrato o negocio pignoraticio, prevean mecanismos distintos de

los contemplados en ellas, para que esa apropiación o enajenación tenga lugar; pero nada obsta para que, a posteriori, acreedor y deudor celebren acuerdos en virtud de los cuales aquel pueda hacerse al dominio de la cosa prendada o hipotecada, sin necesidad de venta pública, ni de proceso judicial, o que el bien pignorado se enajene en forma privada por el deudor, para que el precio se aplique directamente al pago de la obligación. (CSJ Civil, 29 jul. 2005, C. Jaramillo).<sup>24</sup>

- *Garantía de la par conditio creditorum*: con el fin de garantizar el principio de proporcionalidad o de *par conditio creditorum*, entre los acreedores ordinarios, se requiere de un procedimiento concursal en el que acudan aquellos, toda vez que un conflicto que pueda surgir entre estos tendrá necesariamente su origen en la situación de insolvencia del deudor (Garrido, 1999, pp. 97-98).

En este punto, con la finalidad de desvirtuar el reproche acerca de la eventual vulneración de la *par conditio creditorum* con ocasión del pacto comisorio, es importante advertir que frente a la constitución de garantías sobre bienes muebles se presentan alternativas distintas, que se dirigen a brindar a estas oponibilidad a la generalidad de los terceros, como es el caso del sistema norteamericano establecido en el artículo 9 del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos (UCC, por sus siglas

24. La misma Corporación judicial reiteró esta posición en otro pronunciamiento (CSJ Civil, 14 feb. 2006, C. Jaramillo).

en inglés),<sup>25</sup> a través de los medios de perfeccionamiento del *security interest* que buscan: 1) alertar a los terceros interesados en la situación jurídica de los bienes sobre la posible existencia de gravámenes, y 2) establecer un criterio para la determinación del orden de preferencia entre los sujetos concurrentes sobre los mismos bienes (Tarabal, 2012, p. 90).

De lo expuesto puede advertirse el resquebrajamiento de los fundamentos de la prohibición del pacto comisorio, como consecuencia de los cambios producidos en la sociedad, en la economía y en el ordenamiento, en especial en lo relacionado con las normas de protección del consumidor financiero, lo cual va aparejado de algunas críticas a las razones mismas que servirían de soporte a la proscripción, más allá de la sola estipulación legal.

Llegado a este punto, se hace necesario establecer si en la LGM y en su desarrollo reglamentario se conservan ciertos elementos que determinaban el fondo de la interdicción, a saber: la protección del deudor y la de los intereses de los terceros.

En cuanto al primero, no obstante, los aspectos involucrados en la forma de fijación del precio del bien dado en garantía, esto es, el mecanismo de valoración, la restitución del exceso, el encargado de la fijación y su designación, así como el momento de llevarla a cabo, con el

propósito de determinar el grado de lesividad de la medida (Canosa, 2009, pp. 719-721) se abordarán en los capítulos siguientes, al revisar la forma en que han sido configurados los mecanismos de ejecución contractual y extrajudicial y cómo se garantiza el equilibrio entre las partes mediante la manera en que se encuentran diseñados normativamente.

En lo concerniente a la protección de los intereses de terceros, la LGM establece en el artículo 21 tres escenarios de oponibilidad: a) La inscripción de la garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias; b) La entrega de la tenencia del bien al acreedor; y c) El contrato de control respecto del derecho de pago de depósitos de sumas de dinero. Adicional a lo anterior, se crea el Registro de Garantías Mobiliarias (L.1676/2013, art. 38), a cargo de Confecámaras, de acceso público y alcance nacional, con carácter único, que busca dar publicidad a la inscripción de las garantías, su modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución.

## II. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LOS MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE EJECUCIÓN

### A. Antecedentes del sistema

Como dos de los instrumentos internacionales que le sirvieron de base al Congreso de

25. La subparte 2, párrafo 9-308, del art. 9 UCC, dispone que la garantía real se perfecciona a través de la vinculación de los bienes y según los párrafos 9-310 a 9-319 se satisfacen los requisitos aplicables en virtud de cierta especialidad de bienes (The American Law Institute, 2002, p. 421).

la República para la expedición de la LGM se tienen: la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos, de 2002 (en adelante Ley Modelo OEA) y la Guía Legislativa de la CNUDMI<sup>26</sup> sobre las Operaciones Garantizadas, de 2010 (en adelante Guía Legislativa de la CNUDMI), de acuerdo con lo señalado por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo en la exposición de motivos del Proyecto de ley No. 200 Senado.<sup>27</sup>

En cuanto a la Ley Modelo OEA, esta fue inspirada en algunas instituciones de distintos ámbitos normativos (Kozolchyk, 2012, pp. 73-84), tomándose como referente del derecho romano, en materia de soluciones extrajudiciales, el traspaso fiduciario de la propiedad por los deudores a sus acreedores a través del *pactum cum creditore* y el *constitutum possessorium*, los cuales implicaban la transferencia de derechos fiduciarios al acreedor sobre los bienes dados en garantía por el préstamo, por lo que en el evento de la mora “el acreedor, actuando en su carácter de fiduciario designado en el contrato de garantía, podía recuperar y vender la garantía, pública o privadamente, y conservar el monto adeudado entregando al deudor

cualquier excedente si lo hubiese” (Kozolchyk, 2012, p. 75). En el ámbito de las soluciones judiciales, se tuvieron en cuenta los remedios sumarios o *interdicta*.<sup>28</sup>

En cuanto al UCC, en su artículo 9, fueron tomados conceptos como el derecho de posesión preferente o el control de los bienes garantizados en cuentas bancarias o de otros intermediarios confiables; así mismo, con el establecimiento de un registro de garantías para el perfeccionamiento del *security interest*, se generó una preferencia frente a registros anteriores de garantías, en lo relativo a los préstamos para la adquisición de bienes específicos (*purchase-money security interest*).

En este punto resulta importante aclarar que la citada disposición viene a crear una figura única y omnicomprendiva en materia de garantías mobiliarias: el *security interest*, con el cual se superan tres grandes retos: 1) la liberación del requisito de desposesión del deudor; 2) la flexibilización del régimen jurídico adaptado al carácter fungible de los bienes; y 3) la solución a la problemática generada por el carácter incorporeal de ciertos bienes gravables (Tarabal, 2012, p. 86).

26. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

27. En la exposición se señala que el proyecto de ley fue el producto del trabajo de una comisión *ad honorem* que, con el apoyo del Banco Mundial-IFC, estuvo conformada por el superintendente Financiero, el viceministro de Justicia y del Derecho, el viceministro de Desarrollo, la superintendente delegada para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades y el vicepresidente jurídico de Asobancaria, siendo sus directivos: Pablo Felipe Robledo (presidente), Francisco Reyes Villamizar (vicepresidente) y Diana Lucía Talero (secretaría técnica).

28. Estos remedios, entre los que se encontraban la toma de posesión o liquidación pública de la hipoteca, debían ser aprobados por los tribunales luego de audiencias sumarias (Kozolchyk, 2012, p. 75).

Tal disposición no solo sirvió de inspiración a la Personal Property Security Act (PPSA) de Canadá, a la Ley Modelo de la OEA y a la Guía Legislativa de la CNUDMI, sino que con la implementación del régimen sobre garantías mobiliarias consagró un esquema legal simple que, para los analistas económicos del derecho, según Tarabal:

Facilita el acceso al crédito y reduce su coste, así como el riesgo de impago, y que contribuye al desarrollo de una economía más sostenible. Es lugar común considerar que sin un régimen legal adecuado de este tipo de derechos es prácticamente imposible el desarrollo de la economía nacional y que la posibilidad de asegurar créditos mediante la afectación de bienes muebles contribuye a la reducción de la pobreza y a la mitigación de las desigualdades económicas. (2012, pp. 86-87).

De los doce principios de la National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT) de 2006, el quinto provee la abstracción de la inscripción en el registro de las garantías mobiliarias, concerniente a la independencia de los derechos derivados de la inscripción a los contratos, derechos y obligaciones que subyacen en aquella (Kozolchyk, 2012, p. 78).

Dentro de las instituciones híbridas del derecho romano y norteamericano, se tuvo en consideración lo referente a la persecución de frutos, emisiones o incrementos de los bienes dados en garantía y el derecho de seguimiento o persecución del derecho italiano (*diritto di seguito* o *sequela*), pero con características propias del derecho al rastreo, incluyendo el dinero pagado por la venta de la descendencia de los bienes garantizadores, tomado de los *trust receipts* o recibos fiduciarios emitidos por los banqueros del siglo XIX.

En cuanto a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, de 2001,<sup>29</sup> frente a la capitalización de garantías mobiliarias o de cuentas por cobrar como garantía a través del *factoring*, se advierte que este viene a concebirse como un préstamo con garantía mobiliaria que incluye las cuentas por cobrar y el inventario del deudor, junto con sus bienes atribuibles (Kozolchyk, 2012, pp. 80-81).

Adicionalmente, se observan disposiciones en este instrumento normativo que van a coincidir con los postulados recogidos en la Ley Modelo OEA y en la LGM, como es el caso de la prelación de los cesionarios que concurran respecto de un mismo crédito, de acuerdo con el orden de inscripción; así como el reconocimiento de

29. En la actualidad, ha sido firmada solo por Estados Unidos (30 de diciembre de 2003); Luxemburgo (12 de junio de 2002, con una declaración acerca de no verse obligado en lo referente a lo regulado en materia de conflicto de leyes) y Madagascar (24 de septiembre de 2003); adhiriéndose posteriormente Liberia (16 de septiembre de 2005); sin embargo, se requieren cinco instrumentos para que entre en vigor (CNUDMI, 2017).

un derecho contractual del cesionario sobre el producto de los créditos y sobre todo sucedáneo legal del producto, en la nota explicativa 34 (2004, p. 40).

A partir de esos antecedentes, en la Ley Modelo OEA se establece un mecanismo de ejecución expedito, basado en la oponibilidad otorgada por el Registro de Garantías Mobiliarias (arts. 35 a 46), conforme al cual se exige la inscripción de tal procedimiento, el cual incorpora la posibilidad para el deudor de oponerse, no obstante restringirse tal actuación a la acreditación del pago total de lo adeudado y sus accesorios, ante el juez o notario de conocimiento (art. 56).

Así mismo, se posibilita el requerimiento judicial del acreedor garantizado para la desposesión o desapoderamiento del bien, frente a la cual solo procede la citada oposición (art. 57); ante ello, dicho sujeto tendrá la facultad de vender los bienes muebles en garantía en subasta pública, sin base y al mejor postor, previa publicación en dos diarios de amplia circulación, o de forma privada, así como tomarlos en pago, “siempre y cuando los mismos sean previamente tasados o valuados por perito único y habilitado designado por el acreedor garantizado, por el precio de tasación o valuación” (art. 69).<sup>30</sup>

De otra parte, en tanto no se afecten otros acreedores garantizados, el deudor y el acreedor garantizado podrán pactar condiciones diferentes para la ejecución, la entrega del bien, las condiciones de la venta o la subasta, o respecto de cualquier otro aspecto (art. 62).

Estas formas de ejecución buscaban establecer un procedimiento más ágil y eficiente desde su consideración económica, a efectos de precaver la depreciación de los bienes muebles gravados, habida cuenta de su naturaleza y características, al igual que incorporar, en el ámbito latinoamericano, dos conceptos que se apreciaban controversiales (Kozolchik, 2000, pp. 53-54):

- La recuperación por mano propia (*self-help reposession*).
- La disposición del bien en garantía de una forma comercialmente razonable.

De lo anterior, la normativa colombiana desarrolla los postulados de la Ley Modelo OEA en materia de creación de un mecanismo de pago directo y en el desarrollo de otro medio, a saber, la ejecución especial de la garantía. En este punto, a las formas de materialización de la autonomía de la voluntad se agrega una herramienta mixta, en la que entidades a las

30. En este sentido, las opciones para la ejecución de la garantía concurren en relación con tres escenarios: 1) Garantías con desposesión, 2) Garantías sin desposesión sobre bienes incorpóreos; y 3) Garantías sin desposesión, luego de su reposición. Así mismo, en este artículo se prevén tres formas para la venta por la naturaleza de los bienes, por parte del acreedor garantizado: a) Venta directa a un precio acorde con el mercado en el que habitualmente se cotizan; b) Realización del cobro o ejecución de los créditos en contra de los terceros obligados, si los bienes dados en garantía consisten en créditos; y c) Ejercicio de los derechos del deudor garante si los muebles dados en garantía corresponden a valores, bonos o tipos de propiedad similar.

cuales no les es dada la resolución de controversias (notarios y Cámaras de Comercio) les corresponde la dirección de un procedimiento de ejecución y realización de las garantías.

Sin embargo, se advierten diferencias como la incorporación en la LGM de las Cámaras de Comercio en esa forma de ejecución; la amplitud de los supuestos de defensa u oposición del deudor en tal escenario; la incorporación de un mecanismo de valoración del bien en el pago directo mediante la designación de un perito de un listado elaborado por un tercero, la Superintendencia de Sociedades; la posibilidad de enajenación a través de martillo electrónico; la definición de un procedimiento de manejo de excedentes o remanentes derivados de la ejecución especial y la de pago directo; y, principalmente, la concepción integral de un mecanismo de ejecución extrajudicial del que la Ley Modelo OEA no puede dar cuenta, salvo como sugerencia a configurar en la normativa interna.

Así mismo, del contraste entre el borrador y el texto aprobado de la Ley Modelo OEA, se aprecia la exclusión de las normas relativas a la exigencia de registros contables al acreedor respecto de las transacciones realizadas con los bienes dados en garantía (artículo 131 del proyecto), la proporción de un estado de cuentas final (artículo 132) y el derecho de inspección del deudor garante o su representante a los libros o documentos relativos al recaudo (artículo 134). No obstante, los aspectos relativos a la cancelación del registro

(artículo 133) fueron contemplados y desarrollados en el ordenamiento local, tanto en la LGM como en su reglamentación, basados en los estándares internacionales desarrollados por la CNUDMI, en particular en la Guía sobre la Creación de un Registro de Garantías Reales de 2013.

Otra de las fuentes abordadas para la elaboración de la LGM, la constituyó la Guía Legislativa de la CNUDMI de 2008, en cuyos principios fundamentales se resaltan la amplitud en el ámbito de aplicación en materia de operaciones garantizadas (p. 24); el enfoque funcional, integrado y global, al proponer un solo régimen para dichas operaciones (p. 24); la posibilidad de constitución de garantías sobre los bienes futuros del deudor y de sus productos (p. 25); y, principalmente, la ejecución extrajudicial (p. 27).

Así mismo, en materia de ejecución se enuncia como un postulado importante el de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de definición del procedimiento para la realización de la garantía en el evento de un incumplimiento (p. 299), al igual que la concepción de mecanismos extrajudiciales para la ejecución de las garantías (pp. 303-319), en torno de los cuales refiere la Guía en comentario que dentro de los derechos del acreedor garantizado se encuentren los de obtener la tenencia del bien gravado y el de: “Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, conforme a las recomendaciones 148 a 155” (2008, p. 334).

En este aspecto, dentro de los trabajos preparatorios de tal instrumento, durante el 34° período de sesiones del Grupo de Trabajo VI de la CNUDMI se resaltó la necesidad de adelantar una labor relacionada con las operaciones garantizadas, habida cuenta de la importancia contar con un marco legal eficaz y previsible, tanto en un ámbito macroeconómico en el largo plazo, como en el corto en tanto estableciera:

Vías de ejecución eficaces de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a evitar que sus créditos perdieran valor gracias a mecanismos de ejecución rápidos, y para facilitar la reestructuración de empresas adoptando leyes que incentivarán la concesión provisional de créditos a tales empresas. (CNUDMI, 2006, p. 2).<sup>31</sup>

En materia de ejecución de los créditos garantizados, resulta de especial relevancia denotar la incidencia en la construcción normativa de la atención a los principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, del Banco

Mundial, en referencia a los cuales se resalta la importancia de facilitar al deudor garante y al acreedor garantizado el pacto acerca de los remedios aplicables ante el incumplimiento, así como contar con mecanismos extrajudiciales de ejecución de las garantías (sean estos contractuales o válidos de un *alguacil* de instrumentos ejecutables o de un notario), al igual que la readquisición de la posesión y la venta de los bienes gravados a un valor razonablemente justo, todo ello con el fin de reforzar y estimular las prácticas de crédito locales, promover la inversión extranjera directa y disciplinar a los tomadores de crédito caprichosos o incompetentes (Banco Mundial, 2001, p. 27).

### ***B. Características principales del sistema colombiano***

Dentro del Sistema Unitario de Garantías sobre los Bienes Muebles, creado por la LGM, se han establecido tres mecanismos para hacer efectivas las garantías mobiliarias, los cuales se describen con base en algunos aspectos comunes, con la finalidad de compararlos y diferenciarlos entre sí, como se observa en la tabla 1.

31. En materia de instrumentos internacionales preparados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia de La Haya), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) relativos a las garantías reales sobre bienes muebles, puede apreciarse la comparación y análisis de las principales características de estos, efectuada por la CNUDMI (Documento A/CN.9/720, 2011).

Tabla 1. Mecanismos extrajudiciales para hacer efectivas las garantías mobiliarias

<b>Característica</b>	<b>Pago directo</b> (L.1676/2013, art. 60; D.1074/2015, art. 2.2.2.4.2.3)	<b>Ejecución especial</b> (L.1676/2013, art. 62 a 77; D.1074/2015, arts. 2.2.2.4.2.4 a 2.2.2.4.2.30)
<b>Procedencia</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Por mutuo acuerdo.</li> <li>b) Cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Por mutuo acuerdo.</li> <li>b) Cuando el acreedor sea tenedor del bien.</li> <li>c) Cuando el acreedor tenga el derecho legal de retención del bien.</li> <li>d) Cuando el bien tenga un valor inferior a 20 smlmv.</li> <li>e) Cuando existiendo pacto para la ejecución especial se cumpla plazo o condición resolutoria de una obligación (CC, 1887, art. 1536).</li> <li>f) Cuando el bien sea perecedero.</li> </ul>
<b>Competencia</b>	El acreedor garantizado realiza la ejecución de manera directa.	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Notarios.</li> <li>b) Cámaras de Comercio.</li> </ul>
<b>Publicidad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Inscripción del formulario de ejecución en el Registro.</li> <li>b) Aviso de la ejecución al deudor y al garante.</li> <li>c) Remisión de la inscripción del formulario registral de ejecución a los demás acreedores garantizados inscritos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Inscripción del formulario de ejecución en el Registro, con efectos de notificación. El garante puede solicitar la cancelación de la inscripción si pasados 30 días no se hubiera iniciado la ejecución especial.</li> <li>b) Envío de copia de la inscripción al deudor y al garante, a través de la autoridad o de manera directa si así se hubiera pactado.</li> <li>c) Remisión de la inscripción a los demás acreedores garantizados inscritos, para que hagan valer su derecho en la ejecución especial o inicien la ejecución judicial.</li> </ul>

Característica	Pago directo (L.1676/2013, art. 60; D.1074/2015, art. 2.2.2.4.2.3)	Ejecución especial (L.1676/2013, art. 62 a 77; D.1074/2015, arts. 2.2.2.4.2.4 a 2.2.2.4.2.30)
<b>Modo de reposición o aprehensión de los bienes</b>	a) Aprehensión conforme al procedimiento pactado. b) Solicitud de aprehensión y entrega del bien al juez competente, previa solicitud de entrega voluntaria del bien al garante.	a) Aprehensión conforme al procedimiento pactado. b) Solicitud de aprehensión y entrega del bien a la autoridad jurisdiccional competente, previa solicitud de entrega voluntaria del bien al garante, cuando no se hayan pactado o no sea posible cumplir con los procedimientos especiales de enajenación o de apropiación pactados.
<b>Mecanismos de defensa</b>	a) Para el deudor y el garante: no se contempla un mecanismo de oposición específico en la ejecución, salvo frente a la valoración. b) Para los demás acreedores garantizados: pueden comparecer al trámite y pronunciarse acerca del monto de sus obligaciones, una vez remitida la inscripción del formulario registral de ejecución.	a) Para el deudor, el garante y los demás acreedores garantizados: solo podrá fundarse en: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Extinción de la garantía mobiliaria.</li> <li>2. Extinción o inexigibilidad de la obligación garantizada.</li> <li>3. Falsificación de la firma que se le atribuye o alteración del texto del título o del contrato de garantía.</li> <li>4. Error en la determinación de la cantidad exigible.</li> </ol> b) Las demás oposiciones se pueden tramitar en proceso declarativo ante el juez civil competente, culminada la ejecución especial. c) Competencia: autoridad jurisdiccional competente, <sup>32</sup> en primera o única instancia dependiendo de la cuantía.

32. Son autoridades jurisdiccionales tanto el juez civil competente como la Superintendencia de Sociedades, esta última en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales (L.1676/2013, art. 57).

Característica	Pago directo (L.1676/2013, art. 60; D.1074/2015, art. 2.2.2.4.2.3)	Ejecución especial (L.1676/2013, art. 62 a 77; D.1074/2015, arts. 2.2.2.4.2.4 a 2.2.2.4.2.30)
<b>Valoración</b>	<p>a) Designación de perito evaluador: Superintendencia de Sociedades en caso que no se hubiese pactado.</p> <p>b) Posibilidad de presentación de observaciones: para todas las partes.</p> <p>c) Manejo de excedentes:<sup>33</sup></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Constitución por el acreedor de un depósito judicial a nombre del siguiente acreedor que figure inscrito en el Registro;</li> <li>2. Pago del remanente por depósito judicial a nombre del juzgado ante el que se hubiere promovido por los otros acreedores la ejecución judicial;</li> <li>3. Constitución de depósito judicial a favor del garante, cuando no haya acreedores concurrentes.</li> </ol>	<p>a) Designación de perito evaluador: notario o Cámara de Comercio de la lista establecida por parte de la Superintendencia de Sociedades, en caso que no se hubiese pactado.</p> <p>b) Posibilidad de presentación de observaciones: no se prevé, aunque se entiende un ejercicio abusivo del derecho del acreedor la falta de determinación de un mecanismo de valoración, cuando se hayan pactado mecanismos especiales de enajenación o de apropiación.</p> <p>c) Manejo de excedentes o remanentes: constitución de depósito judicial que se remitirá al juzgado respectivo del domicilio del garante, a nombre del acreedor inscrito que siga en el registro, del deudor o del propietario del bien.</p>
<b>Realización</b>	<p>Apropiación del bien dado en garantía por el acreedor. En este punto, debe considerarse lo siguiente:</p> <p>a) Registro especial de los bienes que lo requieran, para que el acreedor pueda adquirir la propiedad sobre estos, con la presentación de ciertos documentos o a través de escritura pública, tratándose de inmuebles por destinación o muebles por anticipación.</p>	<p>a) Enajenación.</p> <p>b) Apropiación del bien por el acreedor.</p> <p>En este punto debe considerarse:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Puede acordarse un procedimiento especial de enajenación o apropiación, que será obligatorio si se pactó por el acreedor concurrente en primer grado de prelación. El pacto se debe sujetar a las disposiciones sobre</li> </ol>

33. Cuando el avalúo del bien dado en garantía es superior al valor de la obligación garantizada.

Característica	Pago directo (L.1676/2013, art. 60; D.1074/2015, art. 2.2.2.4.2.3)	Ejecución especial (L.1676/2013, art. 62 a 77; D.1074/2015, arts. 2.2.2.4.2.4 a 2.2.2.4.2.30)
	<p>b) Si el acreedor garantizado que inicia la ejecución a través del mecanismo de pago directo no está en el primer grado de prelación, deberá pagar el importe de las obligaciones garantizadas de los acreedores que lo antecedan.</p>	<p>contratos de adhesión y cláusulas abusivas del Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 42).</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Venta directa por el acreedor al valor del mercado de bienes que se cotizan de manera habitual en este.</li> <li>3. Venta por martillo de los bienes, con precio base del 70 % del valor del avalúo. Si no se logra la venta, el acreedor puede tomar el bien por ese mismo valor o renunciar a la garantía.</li> <li>4. Se debe proceder al registro especial de los bienes que lo requieran, para que el acreedor pueda adquirir la propiedad sobre estos, con la presentación de ciertos documentos o a través de escritura pública, para inmuebles por destinación o muebles por anticipación.</li> <li>5. Si el acreedor que inicia la ejecución especial no está en primer grado de prelación, deberá pagar el importe de las obligaciones garantizadas de los acreedores que lo antecedan.</li> <li>6. Cuando el valor del bien sea inferior al 60 % del valor a la fecha de constitución de la garantía, se puede solicitar a la autoridad competente la venta o remate inmediato.</li> </ol>

Frente a este panorama, se concluye que en la legislación local fueron tomados y desarrollados los siguientes aspectos en materia de mecanismos de ejecución de las garantías mobiliarias:

- De manera general, la Ley Modelo OEA prevé la inscripción del formulario registral de ejecución (artículo 54); el requerimiento al deudor para el pago por vía judicial o notarial (artículo 55); la concreción de los medios de defensa y oposición disponibles a la demostración del pago total de la obligación garantizada (artículo 56), aclarando que cualquier otro mecanismo se debía surtir por un procedimiento judicial independiente (artículo 57); y la solicitud judicial de desposesión del bien, ejecutado sin audiencia del deudor (artículo 57).
- Los mecanismos de realización de la garantía (artículo 59), bien sea a través de la enajenación directa por el acreedor al precio de mercado en el que habitualmente se cotizan los bienes; el derecho de cobro o ejecución de los créditos dados en garantía; el ejercicio de los derechos sobre los valores, bonos o similares a la reivindicación, el cobro, el voto y a la percepción de dividendos; la venta privada o la toma de los bienes en pago de la obligación garantizada, previa tasación de su valor por un perito designado por el acreedor o luego de realizada la publicidad respectiva en el caso de subasta.
- Otros aspectos adoptados de la Ley Modelo OEA en nuestra legislación, los constituyen la atribución de los conceptos para el pago (artículo 60); la eliminación del efecto suspensivo en los recursos judiciales que se ejerzan (artículo 61); la posibilidad de acuerdo de condiciones diferentes en materia de entrega del bien dado en garantía y la forma de enajenación de este (artículo 62); el derecho para el deudor y el garante de poder reclamar los daños producidos por el abuso del derecho por parte del acreedor (artículo 63); la posibilidad de subrogación de la prelación por parte de los acreedores secundarios (artículo 64); la suspensión del derecho de enajenar el bien dado en garantía cuando se ha notificado el inicio de la ejecución (artículo 65), entre otros más relevantes.

### ***C. Configuración de los mecanismos en otros países de América Latina***

Atendiendo el carácter de la Ley Modelo OEA frente a los países que conforman esta Organización, en la incorporación a la legislación nacional de la mayor parte de las características contempladas en ella se advierten ciertas coincidencias con las disposiciones adoptadas por otros Estados:

En Perú, mediante la Ley 28.677 de 2006<sup>34</sup> se adoptó el régimen unificado de las garantías

34. Su objeto, de acuerdo con el artículo 1º, consiste en regular la garantía mobiliaria para asegurar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad.

mobiliarias, el cual plantea una forma de ejecución extrajudicial sometida al acuerdo contractual (art. 47), a través de un tercero apoderado para realizar y formalizar la transferencia del bien. Así mismo, se prevé que la venta del bien solo puede suspenderse por la cancelación integral de la deuda, por parte del deudor; mientras que las demás controversias se tramitan por una vía judicial sumaria (art. 47-5). En cuanto a la posibilidad de desposesión de la tenencia del bien dado en garantía, se tiene que esta procede mediante requerimiento judicial (art. 51). Por último, se establece la posibilidad de adjudicación del bien garantizador por parte del acreedor garantizado, siempre que se determine el valor del bien acordado por las partes y se proceda a través de un representante común, apoderado por las partes (art. 53).

En Guatemala, con el Decreto 51-2007 se expidió la Ley de Garantías Mobiliarias, en la cual se contempla un procedimiento de ejecución extrajudicial “voluntaria” (literal “bb”, arts. 2, 58 y 65), en el que debe realizarse la inscripción del inicio de la ejecución en el Registro de Garantías Mobiliarias (art. 58), y solo se prevén como excepciones el pago total y la prescripción en condición de medios de defensa (art. 60). Así mismo, se establece que el desapoderamiento requiere de orden judicial (art. 61) y que el remate de los bienes se realiza de acuerdo con las reglas especiales de venta (art. 63). De la misma forma, se contempla la venta directa o la adjudicación al acreedor, previa tasación del valor del bien por un perito nombrado por el juez al concluir el procedimiento; y en materia de acuerdo sobre las con-

diciones de venta, se posibilita dicho acuerdo a través de la ejecución voluntaria (art. 65), con la facultad del deudor garante para reclamar, mediante acción, por los daños causados por el acreedor (art. 66).

En Costa Rica, con el fin de incrementar el acceso al crédito, ampliando las categorías de bienes que pueden ser dados en garantía y el alcance de los derechos sobre estos, creando un régimen unitario y simplificado para la constitución, publicidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias (art. 1), por medio del Decreto 9246 de 2014 se adoptó el sistema en el que se prevé la inscripción del formulario de ejecución de garantías mobiliarias (art. 55), se contempla un mecanismo de ejecución extrajudicial pactado, a través de notario, corredor jurado o fiduciario (art. 57), cuya cancelación solo procede cuando se demuestra el pago total de la obligación garantizada. Así mismo, se establece un procedimiento especial para que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes dados en garantía que se encuentren en poder del deudor garante, de acuerdo con lo pactado, cuya única restricción es la vulneración del orden público por permitir violencia o coerción punibles (art. 58).

Igualmente, se estipulan reglas especiales para la venta directa de los bienes dados en garantía por parte del acreedor (art. 62); reglas de imputación del pago (art. 63), acuerdo sobre las condiciones de venta (art. 64), ejercicio abusivo de los derechos del acreedor (art. 65), subrogación (art. 66) y suspensión del derecho de venta (art. 67).

En Honduras se expidió la Ley de Garantías Mobiliarias mediante el Decreto 182-2009, en el que se establece la ejecución por procedimiento pactado, extrajudicial con intervención de un tercero;<sup>35</sup> la apropiación de los bienes por el acreedor o reposición del bien de acuerdo con lo pactado y conforme a otras causales (art. 55-2); se prevén mecanismos de defensa adicionales al pago total de la obligación garantizada (art. 55-3), la inscripción del formulario registral de ejecución (art. 58) y se establecen reglas especiales para la venta de bienes garantizados (art. 62) y la aplicación del producto de tal labor (art. 63). Además, se contempla el acuerdo sobre las condiciones de venta (art. 65), y se establecen previsiones acerca del ejercicio abusivo de los derechos del acreedor (art. 66).

En El Salvador, mediante el Decreto 488 de 2013, se expidió la Ley de Garantías Mobiliarias en la cual se establece también la inscripción del formulario registral de ejecución (art. 62), un procedimiento extrajudicial ante notario (art. 65), en desarrollo casi textual de la Ley

Modelo OEA, la venta del bien en pública subasta no judicial o en venta privada (art. 69), el orden de prelación de pago sobre los bienes resultantes de la liquidación (art. 73), el acuerdo sobre las condiciones de entrega o venta (art. 75), así como estipulaciones en torno del ejercicio abusivo de los derechos del acreedor (art. 76).

Coincidentes con la adopción de nuevos esquemas dirigidos a unificar el régimen de garantías mobiliarias y establecer procedimientos más expeditos de ejecución, se encuentran Panamá (Ley 129 de 2013) y Puerto Rico (Ley 21 de 2012).<sup>36</sup>

En cuanto a la eliminación de la prohibición del pacto comisorio, se observa que tal circunstancia se ha producido en Perú (L. 28.677/2006, art. 53-1), en Honduras (D. 182/2009, art. 55, num. 2), en Guatemala (D. 51/2007, art. 78), en Panamá (L. 129/2013, art. 73),<sup>37</sup> en Puerto Rico (L. 21/2012, sección 9-610, literal “c”),<sup>38</sup> en Uruguay (L. 16.603/1994, art. 2301),<sup>39</sup> en México (CCF, 1928, art. 2883)<sup>40</sup> y en El Salva-

35. De acuerdo con el artículo 55-1, pueden ser: notario, corredor, entidades públicas o privadas autorizadas con ese fin o una persona designada para el efecto.

36. Si bien se establece un régimen para las garantías mobiliarias, el esquema de presentación y algunos temas varían con los de los países que adoptaron la Ley Modelo OEA.

37. Por el cual se modifica el art. 35 del Decreto Ley 2 de 1955, en el que se posibilita la adjudicación del bien al vendedor, si lo abonado por el comprador fuera menos de la mitad del precio.

38. Sin embargo, la posibilidad de adquisición o compra por el acreedor garantizado solo se posibilita en dos opciones: en un proceso de venta pública o en un proceso de venta privada solo si la propiedad gravada es del tipo que se acostumbra a vender en un mercado reconocido o es el objeto de cotizaciones de precio estándares ampliamente diseminadas.

39. Código Civil. Se prohíbe la adquisición de la cosa dada en prenda, salvo que se hubiera conferido esa facultad por el deudor. Así mismo, se posibilita la realización extrajudicial de la prenda (art. 2308), siempre que así se hubiera pactado.

40. Código Civil Federal. En la mencionada norma se estipula un pacto comisorio marciano, es decir, que es factible la adjudicación en favor del acreedor prendario, siempre que así se haya convenido con el deudor y por el valor que se fije al vencimiento de la deuda y no de su constitución.

dor (D. 488/2013, art. 71),<sup>41</sup> mientras que se mantiene dicha proscripción en Costa Rica (D. 9246/2014, art. 82, reformatorio del art. 536 del Código de Comercio, en el que si bien se habilita el *ius vendendi* se reitera la nulidad de la cláusula que faculta al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella en caso de no pago), al igual que en otros países de América.

Esta prohibición, no obstante, aún se advierte en Ecuador, Venezuela, Argentina, Nicaragua, Bolivia, Chile y Brasil.

De lo anterior puede apreciarse que el esfuerzo por variar el régimen de garantías mobiliarias hacia procedimientos contractuales y extrajudiciales que brinden un adecuado equilibrio entre las partes, posterior al incumplimiento y al momento de la ejecución de las garantías mobiliarias, acompasado de la supresión de la prohibición del pacto comisorio, reúne a varios países de la región que han optado en su mayor parte por adoptar los postulados de la Ley Modelo OEA o de combinar algunos preceptos de normativas del *common law*.

### III. TUTELA DEL EQUILIBRIO DE LAS PARTES

Apreciada la evolución de la restricción a la posibilidad de adjudicación del bien dado en garan-

tía por parte del acreedor, y analizado el contexto (antecedentes, aplicación local y regional) del régimen de garantías mobiliarias, es necesario que se puntualice la forma en la cual este sistema genera las herramientas requeridas para equilibrar el eventual desbalance que pudiera producirse con la reactivación de la citada potestad en perjuicio del deudor garante.<sup>42</sup>

#### A. Formas de equilibrio en los mecanismos extrajudiciales de ejecución

En consonancia con la descripción llevada a cabo acerca de los aspectos más destacados de los mecanismos de ejecución de la garantía mobiliaria, a saber, el especial (ante notarios y Cámaras de Comercio) y el contractual (pago directo), se pueden advertir tres elementos preponderantes que aseguran el equilibrio de las cargas entre el acreedor garantizado y el deudor garante:

- a. *El Registro*: con la adopción de un Registro de Garantías Mobiliarias, a través del cual se incorporan todos los fenómenos que pueden afectar un bien que ha sido dado en garantía del cumplimiento de una o más obligaciones, en las distintas etapas que abarcan desde la inscripción inicial, modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución, se otorga un grado de transpa-

41. En esta disposición pareciera contemplarse una dación en pago con acuerdo de valor de los bienes dados en garantía, lo que de producirse de manera concomitante a la celebración del contrato podría constituir un pacto comisorio clásico.

42. En cuanto a los riesgos señalados en la implementación en Perú de la Ley Modelo OEA, se resalta el crecimiento en el índice de apoderamiento de los bienes dados en garantía (Canelo Rabanal, 2015, p. 169).

rencia a las operaciones no solo por el carácter general (público) de dicho sistema (L. 1676/2013, art. 38), sino también por los efectos de publicidad a quienes figuren inscritos como acreedores concurrentes, de manera especial, al momento en que se proceda por uno de ellos a hacer efectiva la garantía con ocasión de un incumplimiento (L. 1676/2013, arts. 61-1 y 65-1; D. 1074/2015, art. 2.2.2.4.2.3, núm. 1).

Este control genérico (en cuanto a su cobertura y naturaleza pública) y especial (en lo concerniente a los interesados directos) del Registro de Garantías Mobiliarias resulta reforzado con las regulaciones expedidas en ciertos sectores para la debida vigilancia y control, por el carácter de interés público de las actividades que allí se encuentran involucradas, como ocurre en el sector financiero (bancario y de valores), al igual que en materia de protección al consumidor, lo que genera un mayor reforzamiento de amparo al deudor garante ante posibles abusos o conductas arbitrarias de parte de los acreedores.

- b. *La valoración*: como otro de los factores que repercutía para justificar el mantenimiento de la prohibición del pacto comisorio, se establecía el riesgo de una carencia o indebida valoración del bien, que podría llevar a un enriquecimiento injustificado del acreedor en caso de adjudicárselo ante el incumplimiento obligacional, razón por la cual en algunos ordenamientos, como se refirió al inicio de este artículo, se permitió la incor-

poración del denominado pacto marciano o de valuación de la cosa gravada por un tercero imparcial, en un momento diferente de la celebración del convenio principal (pacto comisorio ex intervalo).

Para el caso del régimen colombiano se establecieron tres alternativas con las cuales se otorga un mayor grado de objetividad al valor del bien, conforme a su naturaleza: 1. Valor del mercado en el que se cotizan habitualmente; 2. Valor determinado por un perito escogido por las partes o en su defecto de las listas elaboradas por la Superintendencia de Sociedades (L. 1676/2013, arts. 69-1 y 69-5; D. 1074/2015, art. 2.2.2.4.2.3, núm. 4 y 5); y 3. Valor determinado de acuerdo con el mecanismo definido en el contrato (D. 1074/2015, arts. 2.2.2.4.2.15 y 2.2.2.4.2.18). En cuanto al primer y tercer aspecto, Garcimartín apunta de manera importante:

El acreedor debe asegurarse de que la venta —o, en caso de apropiación, el cálculo del valor del bien— se ha llevado a cabo en referencia al precio actual del mercado (art. 13°.2), si lo hubiese, o de conformidad con una práctica comercialmente razonable; aquí deben tenerse en cuenta aspectos como el método de venta, el momento o el mercado de referencia, que pueden ser acordados por las partes en el momento de constituir la garantía. (2013, p. 89).

En ese orden de ideas no solo se impone la fijación técnica del valor del bien dado

en garantía, a efectos de su realización o adjudicación por el acreedor, sea en la ejecución especial o en el procedimiento pactado por las partes, sino que se establece el manejo del excedente, en el evento de producirse, para lo cual se fijan reglas de distribución al acreedor en siguiente orden de acuerdo con el Registro de Garantías Mobiliarias o a la devolución al deudor o garante, mediante la constitución de depósitos judiciales (L. 1676/2013, arts. 60 par. 1 y 70-3; D. 1074/2015, arts. 2.2.2.4.2.19 y 2.2.2.4.2.3, núm. 7).

c. *Procedimiento*: el componente de publicidad ínsito en el Registro de Garantías Mobiliarias permite desarrollar un procedimiento para la inscripción de los diferentes movimientos, variaciones o evoluciones del gravamen, lo que da lugar a que se estructuren unas fases en cada uno de los mecanismos de carácter contractual y extrajudicial, que posibilitan la conservación del equilibrio entre las partes interesadas, como quiera que incluyen los siguientes aspectos:

- *Derecho de audiencia*: con el inicio de las actuaciones de ejecución no solo se inscribe el formulario correspondiente ante el Registro, sino que este debe ser remitido por el acreedor garantizado a otros acreedores y al deudor y al garante, si son distintos.
- *Oponibilidad*: respecto de terceros, se configuran en la LGM los casos en los que se produce el mencionado efecto que impide el ejercicio de oposiciones o retenciones a la entrega, subasta o acto de ejecución de la garantía, a saber: 1. La inscripción en el Registro; 2. La entrega de la tenencia del bien; 3. El control (art. 21).
- *Oposiciones y defensa*: se brinda un escenario delimitado para que el deudor o garante desarrolle su oportunidad de controversia, en caso de extinción de la garantía mobiliaria, de extinción o inexigibilidad de la obligación garantizada, falsedad de la firma o alteración del texto del título o contrato, y por error en la determinación de la cantidad exigible, con la consecuente posibilidad de proceder en la jurisdicción ordinaria y en virtud de un procedimiento declarativo o a través del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos respecto de otra clase de excepciones o controversias, sin que tal resultado afecte el trámite de la ejecución especial de la garantía.<sup>43</sup>
- *Aprehensión*: se permite que las partes, en ejercicio de la libertad de configuración contractual, pacten mecanismos de aprehensión de los bienes dados en garantía, cuando estos sean corporales y se encuentren en tenencia del acreedor garantizado, tutelando el derecho de este a solicitar la entrega una vez acaecido el incumplimiento de la obligación garantizada (L. 1676/2013, art. 75). De

43. No hay referencia en este punto a la afectación de un procedimiento judicial o alternativo posterior frente a la ejecución realizada con fundamento en el mecanismo de pago directo.

forma simultánea se protege el derecho del deudor garante del eventual despojo agresivo del bien o con el rompimiento de la paz (*the breach of peace*), al igual que del orden público, directamente por parte del acreedor garantizado, al habilitarse la entrega del bien por orden de la autoridad jurisdiccional y por medio de funcionario comisionado o autoridad de policía, con la salvedad, en su aplicación, de la prohibición establecida en el parágrafo 1 del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, para los inspectores de policía.

En materia de ejecución de la garantía se resalta la importancia de contar con procedimientos ágiles, atendiendo el acuerdo de las voluntades en la fijación de los parámetros y las características con las que se desarrollará o al que se acudirá (sea pago directo o ejecución especial).

En sentido similar, Veiga señala en torno del derecho de realización del artículo 1872 del Código Civil español:

La base de este principio es la autonomía de la voluntad consagrado en la norma civil (art. 1255 CC). La razón no es otra que la necesidad de actuar con rapidez en la enajenación o venta a fin de entorpecer en el deudor posibles inteligencias defraudatorias como el alzamiento de sus bienes. Pero esta posibilidad no significa una carta blanca al acreedor pignoraticio, sino más bien una libertad convencional rodeada de ciertos límites,

cautelos y garantías, que impidan una posición preponderante o de supremacía en este que pueda generar una violación del tan deseado equilibrio contractual de las partes. (2011, p. 1284).

Frente a la prevención de una eventual vulneración del debido proceso, al prescindirse de un procedimiento judicial que permita al deudor o garante la posibilidad de hacer valer sus intereses, de acuerdo con Rodríguez (2014, p. 668), se pueden apreciar los siguientes reparos:

1. El debido proceso se consolida en las reglas propias que se fijan en la ley preexistente, para el caso de la ejecución especial, con las características que reviste la actuación, sin que sea necesaria la remisión a las formas del procedimiento judicial, o en el acuerdo de voluntades, como contrato legalmente celebrado cuya invalidación solo puede provenir del consentimiento mutuo de las partes o por causas legales, según lo refiere el art. 1602 CC.

En este sentido, habría que decir que al procedimiento extrajudicial se aplicaría la misma comprensión que la que se tiene del debido proceso administrativo, por cuanto “las actuaciones y procedimientos administrativos, salvo manifiesta e indudable remisión legal, deben regirse por sus propios principios y procedimientos, y no por los consagrados para procesos judiciales ordinarios, y menos especiales” (CConst., T-195/1999, J. Hernández).

De otro lado, la contravención de los actos propios consolidados en un acuerdo de voluntades podría dar lugar a la vulneración del debido proceso, ya que como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

En los casos en que opera el irrespeto del acto propio, se genera en principio, una violación al derecho constitucional fundamental al debido proceso y al de defensa, en la medida en que la persona que adopta la decisión, independientemente de la validez o no de las razones invocadas, actúa como juez y parte cercenando cualquier posibilidad de defensa material (art. 29 C.P.) de la persona afectada con la decisión, la cual en todo caso, padece la injusticia de tal conducta que se manifiesta con mayor claridad en los eventos en que después de sufrido el daño, la decisión revocada es dejada sin efecto por la autoridad competente o, incluso, por el mismo particular. (T-298/2006, J. Córdoba).

2. La consagración de las reglas del procedimiento lleva a que se contemplen cargas a las partes, para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, para proteger a las mismas partes o para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a estas (CConst., C-095/2001, J. Hernández).

3. El principio de *favor debitoris* no resulta absoluto, toda vez que este sobreviene en el caso de estipulaciones oscuras o ambiguas, solo cuando fuera requerida la explicación respectiva, en los términos del artículo 1624 del Código Civil, al devenir de la regla hermenéutica *interpretatio contra proferentem* (Vázquez, 2014).

4. Si bien el abuso del derecho constituye un límite en cuanto al ejercicio de actos procesales (CConst., T-1011/2000, F. Morón), así como a la estipulación de las cláusulas contractuales y a la ejecución del acuerdo (Cárdenas, 2009, p. 711), deben tenerse en cuenta frente a la otra parte principios como la buena fe, la confianza legítima y la prohibición de alegar la propia culpa en su favor (C. Const., T-544/2006, A. Tafur), los cuales tornan difuso aseverar que la novedad que introduce la LGM en materia de ejecución de garantías mobiliarias lleve consigo elementos particulares que incrementen el riesgo de abuso del derecho, mayores que los replicables de cualquier relación jurídica.

Por último, de manera general se prevé la reserva para el deudor y el garante de reclamar los daños y perjuicios producidos por el ejercicio abusivo de los derechos del acreedor y por el incumplimiento a las disposiciones legales (L. 1676/2013, art. 73).<sup>44</sup>

44. En este sentido, también resultan aplicables las consideraciones en torno de responsabilidades concurrentes de orden criminal o extracontractual, así como por comportamientos irracionales en la ejecución, en un análisis comparativo con el UCC y las disposiciones de Francia, Argentina y Brasil (Kelly, 1989, pp. 353-363).

## **B. Incidencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos**

En orden a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (CP, 1991, art. 15), a través de medios diversos de la jurisdicción se posibilita a las partes recurrir a mecanismos alternativos de solución de conflictos, para dirimir controversias suscitadas entre los interesados acerca de la constitución, interpretación, prelación, cumplimiento, ejecución y liquidación de una garantía mobiliaria (L. 1676/2013, art. 78).

En desarrollo del deber del Estado de ofrecer la tutela judicial en términos de efectividad, siempre que se garanticen los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes, Blanco (2009, p. 11) señala:

El proceso es solo uno de los medios con los que cuenta el titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función, pero no es el único que puede servir para la solución de conflictos. El deber constitucional del Estado de garantizar a los ciudadanos un derecho al debido proceso no es contrario a la existencia de otras opciones, afirmación que es recogida en la propia Constitución española, cuyos artículos 51 y 54 exigen, en relación a los consumidores, procedimientos que satisfagan los intereses legítimos pudiendo ofrecer al ciudadano equivalentes procesales.

Tal referencia plantea, sin embargo, tres escenarios diversos:

- a) La negociación directa, en cuanto a que la naturaleza de los asuntos objeto de conflicto son susceptibles de transacción.
- b) La negociación asistida a través de métodos de autocomposición como la conciliación en derecho o en equidad, al igual que otros ejercicios de esa naturaleza,<sup>45</sup> prestada por centros de conciliación de entidades públicas, privadas y por instituciones universitarias a través de sus consultorios jurídicos, al igual que por notarios y funcionarios públicos habilitados por la ley para aplicar este mecanismo.<sup>46</sup>
- c) La adjudicación que, para el caso de medios alternativos, correspondería al arbitraje prestado por los centros autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho o por medio de la amigable composición. A propósito de esta situación, resulta importante tener en cuenta que, con el fin de salvaguardar el equilibrio entre las partes, deberá propenderse por asegurarse de la libertad en el consentimiento del deudor al momento de suscribir el pacto arbitral, en especial en materias relacionadas con el consumo (Preciado, 2013).

45. Dentro de los mecanismos de negociación asistida se tiene la mediación (facilitación, conciliación y regulación negociada) y los sistemas híbridos (evaluación neutral previa; descubrimiento de los hechos; defensorías de usuarios, consumidores o empleados; minijjuicio; proceso abreviado ante jurado; administración del proceso; arreglo judicial; arbitraje no vinculante; y mediación-arbitraje) (CConst., C-1195/2001, M. Cepeda y M. Monroy).

46. Los centros de conciliación y arbitraje autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho se encuentran publicados en el Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición (SICAAC), [www.sicaac.gov.co](http://www.sicaac.gov.co).

Por otro lado, además del llamado a que los procedimientos que se realicen puedan ser adelantados a través de medios electrónicos, se observa que dentro de los actores involucrados en el régimen de las garantías mobiliarias, las Cámaras de Comercio participan en la totalidad del proceso desde el Registro (al corresponder a la Confederación de Cámaras de Comercio su administración y manejo), la ejecución especial de la garantía y la operación de sitios de internet para la venta o martillo electrónico de los bienes dados en garantía.

#### IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con los aspectos analizados, se observa que con el fin de brindar una mayor dinámica al mercado crediticio, con influencia de los países del *common law* se fueron desarrollando nuevos esquemas de funcionamiento de las garantías mobiliarias, que llevaron a la revaluación de algunos postulados que acompañaban estas figuras en la tradición civil, derivada del Código Napoleónico, en la que se replicaba la prohibición del pacto comisorio como medida tuitiva en defensa de una parte débil (el deudor) ante el eventual abuso del acreedor, dirigido a la obtención de utilidades usurarias.

Esta modificación generó una serie de instrumentos internacionales que llevaron a varios países de América no solo a la eliminación de la proscripción del pacto comisorio, sino a la implementación de un sistema de garantías mobiliarias basado, entre otros aspectos pre-

ponderantes, en el registro público, la valoración objetiva de los bienes y los procedimientos extrajudiciales expeditos, como pilares para generar un mayor impulso entre quienes requieran amparar con sus bienes iniciativas privadas que promuevan la economía y atraigan inversión extranjera directa, entre otros beneficios.

Así mismo, la eliminación de la prohibición señalada empezó a desvirtuarse debido a que fue disolviéndose con el tiempo y con los cambios producidos en materia regulatoria y de protección del consumidor financiero, de los soportes que fueron enarbolándose con el tiempo, luego de la desaparición de las primeras razones morales y religiosas que inspiraron su proscripción en la época del emperador Constantino, al igual que con la implementación de figuras que eludían tal impedimento, como el reconocimiento jurisprudencial del pacto comisorio *ex intervallo*, el doctrinal del pacto comisorio o contratos como la fiducia en garantía, las *standby letter of credit* y los repos financieros (Paredes, 2009, p. 746-749), a manera de ejemplo.

Por ello, al revisar la configuración actual de los mecanismos contractuales y extrajudiciales de ejecución de las garantías mobiliarias, se puede apreciar que estos no solo amparan a las partes que participan en ello, sino que les otorgan la posibilidad de controversia a través de procedimientos precisos que evitan los riesgos derivados de la extinción de la prohibición señalada, a saber: la actuación subrepticia que le pudiera generar perjuicios al deudor, a los acreedores o a terceros; la desproporción

entre lo adeudado y el bien dado en garantía que se adjudica el acreedor o lo enajena para cubrir el crédito; la ausencia de mecanismos de controversia en sede distinta a la judicial, convirtiéndose esta en la única vía posible; y el establecimiento de un procedimiento de aprehensión con participación de la autoridad jurisdiccional en caso de renuencia en la entrega del bien al acreedor garantizado por parte del deudor garante.

Para evitar tales situaciones se concibió un Registro de Garantías Mobiliarias público que refleja los fenómenos que afectan la garantía, y en el que constan las actuaciones que inciden en su existencia; se establecieron mecanismos de valoración objetiva y pericial, y se aseguró que la forma contractual que llegare a surtirse debiera quedar explícita en el contrato respectivo; y se determinaron alternativas extrajudiciales para la ejecución de las garantías, al tiempo que se posibilitó la resolución de las controversias suscitadas mediante el empleo de métodos de autocomposición y adjudicación, como la conciliación y el arbitraje.

De lo anterior se logra concluir que el sistema constituye un avance normativo y práctico, en el que se materializa un esfuerzo de simplificación, armonización, estandarización y unificación, que aprovecha el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones para amplificar la transparencia de sus operacio-

nes, abarcar una mayor cantidad de operaciones y reducir los costos generados por los trámites que se deben realizar cotidianamente por otros medios.

Así mismo, desde el punto de partida, configura un entramado que equilibra las diversas cargas de los intervinientes y se integra con el ordenamiento para poder lograr el objetivo trazado de incrementar el acceso al crédito<sup>47</sup> y, de paso, motivar un mayor crecimiento en los sectores que se beneficien de estas medidas, todo lo cual dependerá de la implementación que se lleve a cabo, principalmente, en materia de los procedimientos de ejecución especial de la garantía por parte de las Cámaras de Comercio y de los notarios, así como de los operadores de métodos alternativos de solución de conflictos, en el engranaje con los pilares en los que se basa esta normativa.

## Referencias

1. Banco Mundial. (Abril de 2001). *Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores*. Recuperado el 20 de abril de 2016 de worldbank: [http://www.worldbank.org/ifa/ipg\\_esp.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/ipg_esp.pdf)
2. Bejarano, R. (Septiembre de 2014). Aspectos puntuales del proceso ejecutivo. En

47. En este sentido, se resalta la incorporación de las garantías mobiliarias como garantías idóneas para ser evaluadas por las entidades financieras, de acuerdo con lo establecido en el num. 2, 5.2 del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera en materia de valoración de garantías, introducido por la Circular Externa 032 de septiembre 24 de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

- Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XXXV Congreso de Derecho Procesal (pp. 163-173). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.
3. Blanco, M. (2009). *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid: Editorial Reus.
  4. Canelo Rabanal, R. B. (2015). *Derecho de garantías civiles y comerciales: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.
  5. Canosa, U. (2009). El pacto comisorio. En M. Tapia Rodríguez, J. A. Gaitán Martínez, D. Juricic Cerda, M. A. Salah Abuselme y F. Mantilla Espinosa, *Estudios sobre garantías reales y personales. En homenaje a Manuel Somarriva Undurraga* (pp. 708-730). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
  6. Cárdenas, J. P. (2009). Justicia y abuso contractual. En F. Mantilla y F. Ternera, *Los contratos en el derecho privado* (pp. 689-720). Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
  7. *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*. (2002). J. M. Garrido (Trad). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.
  8. Colombia. Proyecto de Ley No. 200 Senado. *Gaceta del Congreso*, 15 de marzo de 2012.
  9. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI]. (2004). *Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional*. Nueva York: Naciones Unidas.
  10. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (Abril 8 de 2011). *Documento A/CN.9/720*. Obtenido de documents-dds-ny: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V11/819/35/PDF/V1181935.pdf?OpenElement>
  11. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2017). *Situación actual Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001)*. Obtenido de uncitral: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/security/2001Convention\\_receivables\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables_status.html)
  12. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo VI (Garantías Reales). (Noviembre 16 de 2006). *Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones*. Obtenido de A/CN.9/WG.VI/WP.31: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V06/584/52/PDF/V0658452.pdf?OpenElement>
  13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-195 de 1999 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; abril 6 de 1999).

14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1011 de 2000 (M. P.: Fabio Morón; agosto 8 de 2000).
15. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1195 de 2001 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra; noviembre 15 de 2001).
16. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-095 de 2001 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; enero 31 de 2001).
17. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-298 de 2006 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño; abril 7 de 2006).
18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-544 de 2006 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis; julio 13 de 2006).
19. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 110013103018-1893-20302-02 (M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; julio 29 de 2005).
20. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01 (M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; febrero 14 de 2006).
21. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01 (M. P.: William Namén; 30 de agosto de 2011).
22. Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. Presidencia de la República. Marzo 27 de 1971.
23. Decreto 1835 de 2015. Modifica y adiciona normas en materia de Garantías Mobiliarias. Presidencia de la República. Septiembre 16 de 2015.
24. Feliú, M. I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
25. García Villegas, M. (2003). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Precedente*, 98-124.
26. Garcimartín, F. J. (2013). Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras. En J. M. Miquel González, *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias* (pp. 69-92). Madrid: La Ley.
27. Garrido, J. M. (1999). *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un análisis de análisis funcional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
28. Herbert, R. (Junio 10 de 2002). *Informe del Relator de la Comisión II. Los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada, y en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias, comerciales y financieras internacionales*. Obtenido de oas: [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VI-informe\\_relator2.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VI-informe_relator2.htm)

29. Instituto de Pastoral Bíblica Salvador Carrillo Alday. (2009). *Biblia de Jerusalén*. Bilbao, España: Desclée de Brouwer.
30. Kelly, J. A. (1989). *Derechos de garantía sobre bienes muebles*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
31. Kozolchyk, B. (2000). *Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias y Comentarios*. (World Bank, Ed.). Recuperado el 2015 de siteresources: [http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20153433/Latin%20America%20-%20Kozolchyk%20\(2\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20153433/Latin%20America%20-%20Kozolchyk%20(2).pdf)
32. Kozolchyk, B. (2012). Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA en América Latina. En J. Tarabal Bosh, M. E. Lauroba Lacasa, *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (pp. 61-84). España: Marcial Pons.
33. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Congreso de la República. Abril 15 de 1887.
34. Ley 45 de 1990. Ley de intermediación financiera y de actividad aseguradora. Congreso de la República. Diciembre 18 de 1990.
35. Ley 599 de 2000. Código Penal. Congreso de la República. Julio 24 de 2000.
36. Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Congreso de la República. Julio 15 de 2009.
37. Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República. Octubre 12 de 2011.
38. Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso. Congreso de la República. Julio 12 de 2012.
39. Ley 1676 de 2013. Ley de Garantías Mobiliarias. Congreso de la República. Agosto 20 de 2013.
40. Ley 1801 de 2016. Código Nacional de Policía y Convivencia. Congreso de la República. Julio 29 de 2016.
41. National Law Center for Inter-American Free Trade. (2006). *NLCIFT 12 Principles of Secured Transactions Law in the Americas*. Recuperado el 20 de abril de 2016 desupersociedades.gov: <http://www.supersociedades.gov.co/web/comision/Garantias%20mobiliarias%20en%20Latinoamerica.pdf>
42. Paredes, J. C. (2009). La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables. En M. Tapia Rodríguez, J. A. Gaitán Martínez, D. Juricic Cerda, M. A. Salah Abuselme y F. Mantilla Espinosa, *Estudios sobre garantías reales y personales. En homenaje*

- a Manuel Somarriva Undurraga (pp. 731-751). Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
43. Preciado, A. (2013). De la voluntariedad y los pactos arbitrales abusivos en el Derecho Colombiano. En Ministerio de Justicia y del Derecho, *Estatuto Arbitral Colombiano* (pp. 67-83). Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
44. Rodríguez, J. J. (2014). El interés público y la ley de garantías mobiliarias. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 665-673). Bogotá D.C.: Universidad Libre.
45. Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). Circular Básica Jurídica. Circular Externa 029. Octubre 3 de 2014.
46. Tamayo, A. (2004). *Las principales garantías del crédito*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
47. Tarabal, J. (2012). El art. 9 ucc. Cautelas conceptuales para una lectura europea. En E. Lauroba Lacasa y J. Tarabal Bosch, *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (pp. 85-106). Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
48. The American Law Institute. (2002). *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*. (J. M. Garrido, Trad.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
49. Vázquez Pérez, A. J. (2014). La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión en Cuba. *Revista de Derecho Privado*, (27). Obtenido de revistas.uexternado: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3888/4331#nu10>.
50. Veiga, A. B. (2011). *Tratado de la prenda*. Pamplona, Navarra, España: Civitas/Thomson Reuters.
51. Villamil, E. (2013). *Algunas garantías civiles*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
52. Wegmann, A. (Diciembre de 2009). Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (13), 95-122. Recuperado el 17 de abril de 2016 de scielo: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722009000200002&script=sci\\_arttext#t10](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722009000200002&script=sci_arttext#t10)