

El nuevo derecho de garantías en el derecho colombiano y en el derecho comparado*

The new law of guarantees in the Colombian law and comparative law

BELIÑA HERRERA TAPIAS

Abogada, Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Docente Investigador y líder del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de La Costa bherrera3@cuc.edu.co

DAVID ALFARO PATRON

*Abogado, Magister en Derecho. Asesor jurídico de entidades Bancaria.
da-alfaro@hotmail.com*

Recibido: 15 de Mayo de 2011
Aceptado: 10 de Junio de 2011

RESUMEN

La revolución industrial y la producción en serie de bienes y servicios, gestaron en los sistemas jurídicos nuevas formas negociales, que sumadas hoy a la realidad económica, la dinamización de los mercados y la globalización del comercio requieren de las actuales formas de contratación, garantías distintas de las que se exigían años atrás, pues las necesidades de las personas cada día se incrementan más, y marchan de la mano con los avances técnicos y tecnológicos. A la vez que los sistemas financieros y bancarios estructuran servicios atractivos que ofrecen a las personas con alto y escaso poder adquisitivo -posibles usuarios- un modo de acceso a la satisfacción de dichas necesidades. El presente artículo analizará el régimen de garantías en Colombia desde su noción o concepto hasta su clasificación en el ordenamiento jurídico nacional con el fin de determinar si una modificación al mismo permitirá abaratar el crédito que ofrecen los bancos a las personas que quieran acceder a ellos mediante tasas de interés más bajas, que es lo que en sí constituye la problemática económica y social
Palabras clave: Bancos, garantías, hipoteca, obligaciones, prenda, responsabilidad.

ABSTRACT

The industrial revolution and mass production of goods and services, developed in the legal system new negotiable forms and with today's economic reality, the dynamism of markets and the globalization of trade require more effective forms of guarantees according with the new trends and the increasing needs of men each day, and go hand in hand with the technical and technological advances. While banking and financial systems structure offering attractive services to people with high and low purchasing power, potential users, a way of access to meeting those needs.

* Este artículo es producto de la investigación "Las Clausulas Abusivas y la Relación de Consumo" desarrollado en el marco de la línea de asuntos mercantiles de la facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa CUC.

This article analyzes the system of guarantees in Colombia since his notion or concept until their classification in national law to determine whether a modification will allow it to lower the credit offered by banks to people who want to access them through lower interest rates, which in itself is the economic and social problems.

Key Words: Banks, securities, mortgages, bonds and sureties, responsibility.

Introducción

Se ha visto a lo largo de los últimos años, que algunos fenómenos sociales y económicos ocurridos en el país han tenido injerencia directa en la condiciones en que se otorgan los créditos bancarios, tales como la crisis hipotecaria de finales de los años noventa, originada como consecuencia del alza inusitada en la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) -unidad de medida mediante el cual se evitaba la depreciación de la moneda-, así como su paso a la Unidad de Valores Real (UVR) con la expedición de la ley marco de vivienda¹, o fenómenos actuales como las pirámides financieras² y la crisis hipotecaria de Estados Unidos que colapsó en el segundo semestre del año 2008, todos ellos fenómenos actuales que establecen la forma y requerimientos bajo los cuales el mercado y sus sujetos activos operaran en el.

Ahora bien el sistema jurídico interno bajo su rol funcional de integrador y vehículo de cambio no puede olvidar que las regulaciones tanto económicas como sociales, no deben apartarse de las tendencias del comercio global, así como de las estructuras garantistas reconocidas por las demás regulaciones civiles y comerciales en el mundo, pues bien de ello además depende que bien puede verse a Colombia, como un Estado atractivo y competitivo para los inversionistas nacionales y extranjeros. Para ello se hace necesario analizar desde el derecho comparado, a aquellos países que han modificado, o pretenden modificar, sus sistemas de garantías tales como Francia, España, Argentina, Chile y Perú con miras a lograr una mayor democratización del crédito mediante procesos que simplifiquen la constitución y ejecución de las garantías, como sería, por ejemplo: omitir ciertas formalidades legales tales como la escritura pública en la constitución de hipotecas sobre bienes inmuebles, la implementación de registros públicos que faciliten la publicidad sobre la existencia de

las garantías, el cambio en el sistema de ejecución en caso de incumplimiento de las obligaciones de los deudores -permitiendo a deudor y acreedor pactar contractualmente la venta extrajudicial de los bienes dados en garantía, de tal manera que también se brinde seguridad jurídica a los bancos en la recuperación del crédito-, además de otros cambios que han incidido en la estructuración de los nuevos modelos jurídicos de Garantías en Colombia y en el mundo.

1. Régimen general de garantías en Colombia: En esta primera parte se abordará una revisión del régimen de garantías, precisando su noción y clasificación en el ordenamiento jurídico colombiano, analizando las garantías personales, reales y aquellas consideradas como mixtas.

La noción de garantía consiste en que el acreedor, según Pérez (1984) en que además de la responsabilidad personal del deudor, obtiene la de un tercero o la afectación de una cosa para el cumplimiento de la obligación, o la de ambas a la vez. Sin embargo, el concepto de cosa hay que mirarlo en un sentido más amplio, plantea Hinostroza (2003) puesto que la garantía puede constituirse no solo sobre derechos corporales, como sería el caso de una casa, edificio o nave, sino que también abarca derechos incorporales, como el derecho al pago de un crédito derivado de una relación negocial, o sobre propiedad industrial o comercial, entre otros ejemplos. De lo anterior se colige, la clasificación de las garantías, en personales y reales, siendo la primera aquella mediante la cual, el deudor además de su responsabilidad personal, ofrece como respaldo de sus obligaciones, la promesa personal de pago por parte de un tercero, y en la segunda, el mismo deudor o un tercero, afecta una cosa o bien para respaldar el pago de la obligación. De igual manera, algunos doctrinantes como Pérez (1984), adicionan una tercera clasificación, llamada seguridades mixtas, la cual es un matiz intermedio entre las garantías personales y reales. Se consideran mixtas porque no encajan totalmente ni en garantía personales, ni reales, sino que tiene elementos de ambas, tal es el caso, del contrato de anticresis definido en el artículo 2458 del Código Civil³, mediante el cual se entrega un bien raíz

¹ Ley 546 de 1999.

² Pirámides Financieras: Organización ilegales captadoras de dinero cuyo modus operandi consiste: "A los primeros ahorradores que llegan les pagan rendimientos astronómicos con la plata que depositan los segundos; a los segundos con los dineros de los terceros; y a éstos con los de los cuartos. Y así sucesivamente hasta que la cadena de la felicidad no puede seguir funcionando y se derrumba". Tomado del periódico "El Espectador". Noviembre 16 de 2008. En entrevista al Exministro Juan Camilo Restrepo. Pág. 7.

³ Artículo 2451 del Código Civil: "Contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos".

para que el acreedor se pague con sus frutos, no obstante, no se está entregando el bien como garantía y tampoco se otorga un derecho de persecución y preferencia para el pago, sino una mera tenencia para el uso y aprovechamiento del bien por parte del acreedor, tal como lo ha interpretado Bonivento (2000), pero tampoco encaja perfectamente en la noción de garantía personal, puesto que la obligación para el pago no proviene directamente del deudor, sino con los frutos a que tenga derecho como propietario de la cosa. De este tema se entrará con más detalle cuando se aborde el subcapítulo “Seguridades mixtas”.

En todo caso, la garantía que efectivamente brinde seguridad jurídica al acreedor en la recuperación de su crédito, debe otorgarle un privilegio o mejor derecho para el pago.⁴

Es pertinente destacar que las garantías reales tales como la prenda e hipoteca, así como la garantía personal de la fianza, se instrumentan a través de contratos, cuyos efectos varían de acuerdo al tipo de garantía. Los derechos reales de garantía por recaer sobre cosas, sus efectos son oponibles *erga omnes*, es decir, son derechos absolutos que pueden oponerse ante quien sea, mientras que los derechos personales adolecen de una efectividad relativa, ya que los efectos son vinculantes únicamente entre las partes contratantes, y no benefician o perjudican a terceros. No obstante, el maestro Hinestrosa (2003), ha dejado claro que tanto derechos reales como personales son oponibles a terceros cuando éstos quieren desconocer tales derechos. Ahora bien, las garantías reales de la prenda e hipoteca que grava el bien dado en garantía consagra las siguientes prerrogativas al acreedor: de persecución, preferencia y en caso de las garantías con desplazamiento el derecho de retención. El de persecución otorga al acreedor la facultad de perseguir la cosa sin importar en manos de quién esté, incluso aún cuando el constituyente de la garantía enajene la cosa. Respecto al derecho de preferencia, éste se concreta en la facultad de hacer efectiva la garantía, mediante un proceso de venta judicial, para con el producto de la venta, pagarse la deuda con preferencia frente otros acreedores, de conformidad con el orden de prelación previsto en el artículo 2497 del Código Civil. En cuanto al derecho de retención, consiste en que el acreedor puede mantener la cosa hasta el pago total de crédito. Bonivento (2000) explica que distinto ocurre con la fianza, en donde la obligación es personal y en la cual, el acreedor podrá perseguir la totalidad del patrimonio del deudor, lo que se conoce en la doctrina como prenda general del acreedor, pero sin contar con una preferencia o privilegio para el pago frente a otros acreedores.

⁴ El Nuevo Derecho de Garantías. Seminario Internacional. Universidad del Rosario. Bogotá D.C., 10 Y 11 de mayo de 2007.

A continuación, se hará un breve recorrido por las garantías que han sido ubicadas en cada una de las clasificaciones mencionadas:

1.1. Garantías personales: El deudor además de ofrecer al acreedor la prenda general sobre su patrimonio⁵, es decir, la facultad que se otorga al acreedor de perseguir todo el patrimonio del deudor con el propósito de obtener el pago del crédito otorgado, ofrece además, como respaldo de la obligación, el patrimonio general de otras personas, pues para Lombana (2004) el crédito quedará respaldado con todos los bienes de propiedad del tercero que se compromete al pago, en caso que el deudor principal no cumpla. Entre las más representativas están: los deudores solidarios, la fianza y el aval.

1.1.1. Obligaciones pasivamente solidarias: Son aquellas obligaciones que están a cargo de varios deudores y en las cuales cada uno de ellos deberá pagar la totalidad de la deuda, por tanto, el acreedor podrá pedirle a todos o a cualquiera de los deudores, el pago total de la obligación, lo que genera ventajas para el acreedor en el sentido que se multiplica el número de deudores a quienes exigirle el pago, y en consecuencia, según Ospina (2001), aumenta el patrimonio que se puede perseguir para recuperar el pago del crédito. La solidaridad pasiva está prevista en el Código Civil es su artículo 1568⁶ y según establece dicho artículo, para que opere debe ser declarada expresamente por el contrato, el testamento y la ley, razón por la cual, es de carácter excepcional. Caso contrario ocurre en el estatuto mercantil, el cual en su artículo 825, presume la solidaridad cuando fueren varios los deudores. La presunción en materia mercantil obedece a que la solidaridad de los deudores es muy común utilizarla como garantía del acreedor en respaldo del crédito, con ocasión de la eventual insolvencia de alguno de los deudores. En la relación entre acreedor y deudores cuando existe solidaridad, los deudores no pueden solicitar el beneficio de división. Por otra parte, en las relaciones entre deudores solidarios, hay que distinguir entre los deudores que hacen parte directa de la deuda al haberse beneficiado del crédito, y aquellos que no tienen inherencia directa, es decir, aquellos

⁵ Artículo 2488 del Código Civil: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose los no embargables designados en el artículo 1677”.

⁶ Artículo 1568 del Código Civil: Cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no lo establece la ley.

que en realidad participan en calidad de garantes más no como beneficiarios del crédito. Lo anterior es importante diferenciarlo, ya que el deudor que paga se subrogará en los derechos del acreedor, cuando el pago para el deudor haya significado un sacrificio patrimonial directo o indirecto, pudiendo entonces cobrarle a los demás deudores el resto de la deuda descontado su cuota. Sin embargo, si el que paga era el único interesado en la deuda, nada puede cobrarle a los otros deudores. Las obligaciones conjuntas se diferencian de las solidarias en que aquellas requieren de un trabajo en equipo por parte de los deudores, es decir, el cumplimiento de la obligación a favor del acreedor, depende de la colectividad de los deudores, por lo tanto, la obligación se considera incumplida con la falla de cualquiera de los deudores. La solidaridad conjunta está prevista para Hinestrosa (2003), en el artículo 1591 del Código Civil.

1.1.2. La fianza: Pérez (1984) la define como una garantía personal accesorio, en la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, cuando el deudor principal no la cumple. La fianza aparece regulada en el Código Civil Colombiano desde el artículo 2361⁷ al 2408, a grandes rasgos, el citado código describe la fianza como una garantía personal, en la que el fiador es un deudor subsidiario al cual el acreedor podrá exigirle el pago de la obligación, no obstante, sostiene Pérez (1984) y Ospina (2001) que el fiador podrá solicitar al acreedor, que agote primero el requerimiento de pago al deudor principal, lo que se conoce legalmente como beneficio de excusión, y sólo cuando éste no cumpla, el fiador responderá total o parcialmente con todo su patrimonio, el pago de la obligación ajena. Es de destacar que aunque la definición de fianza que consagra el artículo 2361 establece que se trata de una obligación, en verdad la fianza es de naturaleza contractual, puesto que la misma nace a la vida jurídica por el concierto de voluntades entre el fiador y el acreedor, cosa distinta es que se trata de un contrato de carácter unilateral, pues el que se obliga es únicamente el fiador, en caso que el deudor no satisfaga la obligación. El fiador siempre debe pagar una suma de dinero, de lo contrario, no se constituye fianza. Ahora bien, la fianza se diferencia del deudor solidario en los siguientes aspectos: garantiza una obligación ajena, mientras que el deudor solidario es considerado como un deudor directo de la obligación. El fiador puede solicitar al acreedor que reconvenga primero al deudor para que pague, en tanto que el deudor solidario no puede ejercer tal potestad, razón por la cual,

debe proceder inmediatamente al pago solicitado por el acreedor. En la fianza siempre se respalda una obligación principal, en la obligación solidaria sólo existe una sola obligación, la cual es la misma para todos los deudores. Para Bonivento (2000) el fiador puede obligarse a pagar total o parcialmente la obligación, mientras que el deudor solidario debe asumirla en su totalidad.

Es importante anotar que en la práctica bancaria es de frecuente utilización el contrato de fianza, sobre todo en aquellos casos que a un cliente del banco se le ha aprobado un crédito rotativo, que requiere cada vez que se utilice, la firma por aval de una persona que continuamente está de viaje, por lo que para evitar traumatismos en la utilización del cupo, se conviene con la persona avalista, la suscripción de contrato de fianza que supla la firma aval. Estos contratos de fianza que se suscriben con los bancos, es común pactar que el fiador renuncia al beneficio de excusión, e igualmente, que el fiador se obliga expresamente a responder solidariamente del pago de la obligación principal.

1.1.3. El aval y el endoso en los títulos valores: La figura jurídica del aval está regulada en el Código de Comercio desde el artículo 633⁸ al 638, y consiste en un medio para garantizar en todo o en parte el pago de un título valor. Entre sus características principales está, que es un acto jurídico unilateral, abstracto, completo y de naturaleza cambiaria. Por su parte Leal (1998), afirma que el avalista no es un garante accesorio, sino un obligado principal y autónomo al pago del título, por cuanto está obligado al pago, aunque el deudor principal no lo esté.

Igualmente, en materia de títulos valores, los intervinientes en su circulación, mediante la figura del endoso, responden por la solvencia del deudor, es decir, garantizan el cumplimiento de la obligación principal. Este fenómeno según Rodríguez (2003) es conocido en la doctrina como solidaridad impropia, puesto, que cada uno de los adquirentes del título valor, lo reciben en forma originaria, esto es, desafectado de cualquier vicio que pudiera afectar la relación anterior. Lo anterior se fundamenta en el artículo 657⁹ del Código de Comercio, según dicho artículo, como lo explica Trujillo (2001): “si existe la siguiente cadena de endosos: A (deudor inicial), B, C, D y X; el endosante B responde a C, D y X de que A pagará; de lo contrario lo hará B; a su vez C responde en igual forma a D y X; y aquél a X”, por tanto existe responsabilidad

⁷ Artículo 2361 del Código Civil: “es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse no solo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

⁸ Artículo 633 del Código de Comercio: “Mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título valor”.

⁹ Artículo 657 del Código de Comercio: “El endosante contraerá obligación autónoma frente a todos los tenedores posteriores a él; pero podrá liberarse de su obligación cambiaria, mediante la cláusula “sin mi responsabilidad” u otra equivalente, agregada al endoso”.

solidaria de un endosante a otro. Sin embargo, como lo permite el referido artículo, es posible que B no responda solidariamente, si efectúa el endoso con la cláusula "sin mi responsabilidad".

1.2. Garantías reales: Son aquellas que se constituyen o afectan bienes determinados (muebles o inmuebles) para respaldar el crédito, el cual puede pertenecer al deudor mismo o a terceros, así mismo afirman Baena (2004) y Tamayo (2004), que otorgan al acreedor el derecho de persecución sobre el bien, e igualmente, un privilegio o mejor derecho para el pago: Entres ellas destacamos la hipoteca y la prenda.

1.2.1. Hipoteca: El Código Civil colombiano en su artículo 2432, define la hipoteca como un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan de permanecer en poder del deudor. Sin embargo, ésta definición no es clara al asimilar la hipoteca a la figura jurídica de la prenda, la cual tiene connotaciones jurídicas diferentes, por tal razón, para efectos de este trabajo se toma la definición de Pérez (1984), la cual reza así: "Garantía real accesoria e indivisible constituida sobre bienes inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quién se halle, para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, con el fin de que este sea cubierto con el producto del remate, de preferencia a los otros acreedores". Así mismo, para fines de este trabajo, cabe destacar las siguientes características de la hipoteca: a) por ser un derecho real confiere al acreedor los derechos de persecución y de preferencia. En cuanto al primero, permite al acreedor perseguir el bien sin importar en manos de quién esté, y respecto al segundo, porque le otorga al acreedor, un privilegio o mejor derecho para el pago del crédito, frente a otros acreedores quirografarios. b) es un derecho accesorio¹⁰, puesto que tiene como objeto asegurar el pago de una obligación principal, de tal forma que no puede subsistir sin ella. De lo anterior se colige, que la hipoteca no puede existir en forma autónoma e independiente, como una especie de cédula hipotecaria abstracta, susceptible de ser transferida mediante la simple entrega o endoso. Esta apreciación fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 22 de octubre de 2008 en la cual dijo: "no puede confundirse la obligación del deudor con la garantía real que respecto de ella se constituye a través de la escritura pública, habida cuenta que la "hipoteca es, por definición legal (artículo 65, C. C.), una caución, es decir, que tiene como función jurídica la de

ser 'una obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena', razón por la que, desde siempre ha sido entendida por doctrina y jurisprudencia como un derecho real accesorio que, en virtud de los atributos de persecución y preferencia, permite al acreedor en caso de incumplimiento del deudor de la obligación garantizada, ejercer la acción ejecutiva para obtener el pago con el producto de la venta del bien hipotecado (arts. 2448, 2449, 2552, C.C.)..., jamás puede admitirse que la constitución de esta garantía real elimina o extingue la obligación para cuya seguridad fue constituida y, mucho menos que la hipoteca reemplaza u ocupa el lugar de la obligación principal, pues ellas están llamadas a coexistir mientras esta última subsista y a desaparecer coetáneamente, pues, por ministerio de la ley, 'la hipoteca se extingue con la obligación principal' (artículo 2457, Código Civil)" c) está sometida a dos solemnidades, sostiene Tamayo (2004) que la primera consiste en que el contrato debe elevarse a escritura pública y la segunda que debe registrarse ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de manera que sin el cumplimiento de éstos dos requisitos no produce ningún efecto civil. d) en caso de incumplimiento del deudor en el pago del crédito, el acreedor para ejecutar la garantía deberá acudir ante la instancia judicial, la cual mediante un fallo judicial ordenará la venta del inmueble en pública subasta. Por otro lado, aunque la hipoteca civil recae únicamente sobre bienes inmuebles, el Código de Comercio prevé la hipoteca sobre embarcaciones y aeronaves, los cuáles son bienes de naturaleza mueble, a juicio de Peña (2006). La hipoteca sobre embarcaciones está prevista en el artículo 1570 del Código de Comercio para embarcaciones mayores y menores dedicadas a la pesquería, a investigación científica o a recreo. Para el caso de las aeronaves son susceptibles de hipoteca las aeronaves matriculadas en Colombia al igual que aquellas que estén en construcción y está prevista en el artículo 1904 del Código de Comercio. Tanto la hipoteca sobre embarcaciones como de aeronaves deben cumplir con la formalidad de constituirse por escritura pública y registrarse para el caso de la primera en la Capitanía del Puerto y para el caso de la segunda ante la Aeronáutica Civil. Lo que no está regulado sobre ellas en la normas del estatuto mercantil, se aplicará según Tamayo (2004), en virtud de la remisión normativa del artículo 822 de dicho estatuto, las normas del Código Civil. Finalmente, en lo que concierne a las hipotecas sobre embarcaciones, existe la Decisión 047 de 7 de diciembre de 2000, conocido como Acuerdo de Cartagena, el cual tiene como finalidad que los países miembros de la comunidad andina promuevan y fortalezcan las marinas mercantes de la subregión, mediante una legislación moderna y armonizada en materia de garantías marítimas, tales como hipoteca naval y privilegios marítimos.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha octubre 22 de 2008. Expediente T-11001-02-03-000-2008-01429-00.

Podría pensarse que la hipoteca prevista en el ordenamiento civil, conforme a lo previsto en el artículo 2455¹¹ debería tener establecido una cuantía determinada, para poder aplicarle en los eventos en que sea constituida como garantía indeterminada, la reducción que prevé dicha norma, lo que iría en contravía a la constitución de hipotecas abiertas y sin límite de cuantía. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 1 de julio de 2008¹², manifestó que es viable la constitución de hipotecas abiertas, es decir, aquellas que respaldan obligaciones presente y futuras, con fundamento en el artículo 2438 (la hipoteca podrá otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda), y por el lado de las hipotecas con cuantía indeterminada, consideró que era perfectamente viable, puesto que el artículo 2455 dice que “la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma”, lo cual permite inferir, al señalar que es potestativo de la partes pactar su indeterminación, que la regla general sería la indeterminación y la excepción es que sea de cuantía determinada, al respecto dijo la Corte en la sentencia en comento: “En nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no es menester ni la preexistencia ni la determinación de las obligaciones principales a la constitución de la garantía, desde luego que la prestación futura es indeterminada en su existencia y cuantía, aunque determinable al instante de su cumplimiento y ejecución según corresponde a su función práctica o económica social”, y concluyó con lo siguiente: “al decir el artículo 2455 que ‘la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma’, sienta la regla de la indeterminación y la excepción de la limitación en su importe, o admite la posibilidad de restringirla o no a una suma concreta”. Con base a éste pronunciamiento de la Corte Suprema, puede concluirse que la hipoteca puede tener existencia jurídica autónoma e independiente, sin necesidad de que al momento de su otorgamiento exista una obligación principal, y sólo al momento de ejecución es que habría que demostrar la existencia de una obligación principal, por lo que en mi parecer la naturaleza de la hipoteca tiene 2 momentos: El primero de ellos, es que al momento de su constitución, es una garantía autónoma que no requiere de la existencia de una obligación principal, y el segundo momento, es que para su ejecución, debe perder el ropaje de garantía autónoma y convertirse en garantía accesoria, toda vez que

¹¹ 2455 del Código Civil: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal de que así se exprese inequívocamente, pero no se extenderá e ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal, aunque así se haya estipulado. El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda”.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha julio 1 de 2008. Expediente 2001-00803-01.

si no se demuestra la existencia de la obligación principal incumplida, no será procedente su ejecución.

1.2.2. Prenda: De conformidad con el artículo 2409 del Código Civil, y según definición de Pérez (1984), se entiende por prenda: “como una garantía real accesoria e indivisible, constituida sobre una cosa mueble que se entrega al acreedor para la seguridad de su crédito y que da aquel el derecho de pedir, en caso de mora del deudor, que se venda la prenda en pública subasta, para que con el producido se le pague conforme al orden de referencia establecido por la ley, o que, a falta de postura admisible, se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito, previo avalúo de peritos”. Cabe destacar de ésta definición, al igual que ocurre con la hipoteca, la prohibición en el ordenamiento jurídico colombiano del Pacto Comisorio, figura mediante la cual, para Rodríguez (2003), el deudor faculta al acreedor para que se apropie del bien, sin tener que acudir ante una instancia judicial que lo adjudique. La prohibición está prevista tanto para la prenda civil como para la comercial, en los artículos 2422 y 1203¹³ respectivamente, en dichas normas se preceptúa, según palabras de Bonivento (2002): “que en ningún caso el derecho a la venta legítima al acreedor para disponer de la prenda o apropiársela. Todo debe hacerse por el cauce judicial y mediante el procedimiento de ley”. Sin embargo, cabe aclarar que tal afirmación no es del todo cierta, toda vez que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 29 de julio de 2005¹⁴, manifestó que la prohibición del pacto comisorio existe hasta las etapas de formación y suscripción del contrato de prenda, quiere ello decir, que con posterioridad a la suscripción del contrato, acreedor y deudor pueden convenir libremente la forma de venta o adjudicación del bien pignorado. Ello obedece a una razón histórica que surgió en la época de Constantino, cuya finalidad era proteger a la parte más débil de la relación contractual, es decir al deudor, quién por su estado de necesidad o de urgencia en la obtención de un crédito, no está en posición de tomar una decisión objetiva, y de igual forma, para frenar un enriquecimiento injusto del acreedor. Posición débil que deja de existir cuando el

¹³ Artículo 2421 del Código Civil: “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”. Artículo 1203 del Código de Comercio: Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno”.

¹⁴ Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha julio 29 de 2005. Expediente 1100 13103018 1893 20302-02.

deudor ya ha obtenido la prestación que necesitaba, pudiendo disponer libremente del bien, pues la etapa de necesidad que podía nublar su juicio ha sido superada. Al respecto señala la Corte Suprema de Justicia: "El Emperador Constantino, guiado por las ideas tuitivas emergentes del cristianismo, quien prohibió esa particular expresión del pacto comisorio, justamente para proteger los *humillios*; pero al propio tiempo, consideró de la esencia de la prenda el derecho a vender la cosa, según el caso, en la hipótesis de falta de pago (*ius distrahendi*), de modo que no fuera necesaria convención al respecto, como tampoco posible acuerdo en contrario. Siglos después, en el marco del derecho medieval, a la prohibición de pactos comisorios así concebidos, se aparejó el rechazo a los llamados pactos pignoraticios, al punto que en las legislaciones civil y canónica se proscribió su procedencia". Continúa la Corte diciendo: "El legislador aspira a equilibrar los intereses de las partes, de modo que las mayores o menores presiones que pudiera tener el prestatario que sufre "la dura ley de la necesidad", y que se gestan en ciertos casos en atención a "la explotación de la miseria por la codicia" –a voces de la doctrina-, no puedan ser aprovechadas por el prestamista para obtener una ventaja que, en grado superior del que es pertinente, restrinja el libre ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes objeto de prenda. Con otras palabras, el apremio del deudor, sus carencias o limitaciones económicas, o, en el mejor de los casos, su falta de liquidez, son factores que no pueden incidir al momento de determinar el alcance de los derechos del acreedor sobre los bienes objeto de prenda o hipoteca. Por eso la ley cerró el paso a toda posibilidad de acuerdo que, al tiempo de materializarse la pignoración, pudiera privilegiar la posición jurídica y económica del acreedor, en desmedro de un deudor compelido por sus propias restricciones". Y también dice la Corte: "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". Examinados los argumentos de la Corte Suprema de Justicia para justificar la prohibición del Pacto Comisorio en la etapa de formación y suscripción contractual, difiero de tal posición, pues esa protección especial hacia el deudor se convierte en un obstáculo para acceder al crédito con tasas de interés bajas, pues no brinda seguridad jurídica al acreedor, porque luego de suscrito el contrato y de incumplida la obligación, ¿Cómo se logra asegurar que el deudor aceptará pactar a posteriori una venta extrajudicial de la cosa?, por tanto, la instancia judicial se convierte en el único camino posible para que el acreedor recupere su crédito con todas las vicisitudes que el proceso judicial conlleva, tal como ocurrió con la incertidumbre jurídica

generada en los procesos hipotecarios que debieron terminarse con la expedición de ley Marco de Vivienda (ley 546 de 1999), tema que se tratará mas a fondo cuando se aborde la crisis hipotecaria de los años 90. Más bien podría pensarse en permitir a los deudores pactar la venta extrajudicial o adjudicación del bien sólo con acreedores que se encuentren plenamente vigilados y regulados por el Estado, de tal manera, que pueda controlarse el abuso por parte de los acreedores, estableciendo un mecanismo ágil de indemnización por lo perjuicios que llegaren a causar en el abuso de su posición. Así por ejemplo, podría permitirse que se pacte con los bancos, tal como ocurre en Argentina, tema que se verá más adelante, y de ésta forma lograr la maximización de beneficios tanto para deudor como para acreedor.

Por otro lado, en material mercantil, se regula también la prenda con tenencia del acreedor en los artículos 1204 al 1206, y tiene a su vez como novedad frente a la legislación civil, la prenda sin tenencia del acreedor, la cual para que produzca efectos ante terceros deberá inscribirse en el registro mercantil. Afirma Rodríguez (2003) que estas modalidades de prenda confieren al acreedor prendario los derechos de persecución y preferencia sin importar en manos de quién se encuentre el bien gravado. En relación con el tema del registro mercantil, es de destacar que en Colombia no existe un registro único y centralizado, sino que existen registros mercantiles cuántas cámara de comercio existan en el país y en el cual deben registrarse toda clase de bienes necesarios para una explotación económica que sean objeto de gravamen prendario y si éstos permanecen en distintos sitios, la inscripción se hará en el registro correspondiente a cada uno de ellos, a criterio de Narváez (1995). No obstante, al no existir un registro único y centralizado, existen bienes muebles que en razón a que no son bienes destinados a una explotación económica o porque son regulados por norma especial, no son registrados en el registro mercantil, sino que son registrados ante entidades diferentes, tal es el caso, de los automotores que se registran ante la autoridad del tránsito, o como en el caso de la prenda sobre acciones, que deben registrarse para su perfeccionamiento ante la entidad emisora de las mismas. Finalmente, volviendo al tema del endoso, está el endoso en prenda, figura prevista en el artículo 659¹⁵ del Código de Comercio y consiste en una cláusula que anota el endosante sobre el título, a través de la cual,

¹⁵ Artículo 659 del Código de Comercio: "El endoso en garantía se otorgará con las cláusulas "en garantía", "en prenda" u otra equivalente. Constituirá un derecho prendario sobre el título y conferirá al endosatario, además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración. No podrán oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que se hubieran podido oponer a tenedores anteriores.

indica que el título se ha dado en garantía o prenda o utiliza cualquier otra frase materialmente similar. Señala Leal (1996), para que la prenda sobre título valor produzca plenos efectos jurídicos, debe ser entregado materialmente al acreedor, tal como lo señala el artículo 629 del Código de Comercio, de lo contrario será ineficaz.

1.2.3. Seguridades Mixtas: Son aquellas que no son consideradas como garantías personales o reales, puesto que a pesar de tener elementos de ambas categorías, no son suficientes para ser clasificadas dentro de ellas, tal es el caso, del derecho de retención y la anticresis. Por derecho de retención Peña (2006) entienden como: “la facultad del acreedor para conservar en su poder un bien de propiedad del deudor o de un tercero hasta que se le pague o se le asegure el pago de lo que se debe”. Explica Bonivento (2000) que generalmente el derecho de retención no se utiliza en forma autónoma o independiente, sino que se utiliza como un mecanismo complementario de un contrato de naturaleza real que otorga facultades al acreedor, para obligar al deudor al pago de crédito, así se contempla para el caso del contrato de prenda con tenencia del acreedor en el artículo 2421 del Código Civil y en el caso del contrato de anticresis, contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor, entre otros casos que existe alrededor legislación civil y comercial, como es el caso del contrato de arrendamiento, cuando el arrendador no le quiere reconocer al arrendatario el pago de las mejoras realizadas al bien. Recordando el concepto de anticresis (artículo 2458 del Código Civil) observa Rodríguez (2003) que se entiende como la entrega en administración de un inmueble para que con su producto se cancele una obligación principal a la cual se vincula. Igualmente, existe en la legislación comercial la anticresis, pero a diferencia de la legislación civil, puede constituirse sobre todo tipo de bienes, tanto muebles como inmuebles afirma Bonivento (2000). Cabe resaltar que el problema que presentan las Seguridades Mixtas es que carecen de las prerrogativas claves de la garantía real, pues no tiene derecho de preferencia y persecución sobre la cosa, por tanto, si un acreedor sólo tiene como respaldo del crédito el derecho de retención por tener en su poder el bien, puede ser desplazado en su derecho por otro acreedor que tenga una garantía prendaria o hipotecaria.

3. Régimen de garantía en otros países: Ahora bien, en materia de derecho comparado, varios países han iniciado cambios en sus sistemas de garantías, con el fin de hacerlas más atractivas para los bancos, de tal manera que éstos en términos de Anguita (2005), al sentirse más protegidos con un régimen legal que les brinde mayor seguridad, se conviertan en actores importantes en la democratización del crédito con tasas de interés más bajas.

En España, se está discutiendo la necesidad de replantear la noción de garantía hipotecaria, explica Anguita (2005), en el sentido que la misma no esté atada a un crédito en particular, perdiendo por ello su carácter accesorio, para convertirse en una garantía autónoma e independiente, que permita mayor versatilidad para la obtención de nuevos créditos, y que su constitución se haga más ágil, a un menor costo y evite trabas en la ejecución judicial. Lo anterior tiene su fundamento en que el régimen de garantías español, está influenciado desde sus orígenes por el derecho romano, el cual creó el sistema de garantías como un elemento accesorio al crédito, razón por la cual, un sector de la doctrina española no está de acuerdo en convertir la hipoteca en una figura autónoma e independiente del crédito, porque consideran que se desnaturalizaría el concepto de garantía. Sin embargo, la población española y los bancos están exigiendo una hipoteca más flexible que se adapte fácilmente a las necesidades económicas del mundo moderno, en virtud de que las transacciones económicas actuales requieren agilidad, facilidad y menores costos, debiendo por ello entonces, la hipoteca adaptarse a las necesidades de las personas y no lo contrario, lo que ha traído como consecuencia que los bancos utilicen nuevas modalidades de hipoteca que no se ajustan del todo a la ley y a la doctrina española, tal es el caso de la hipoteca revolving, en la cual el deudor inicialmente contrata créditos hipotecarios, y luego el dinero amortizado puede convertirse en un préstamo al consumo con una tasa de interés más baja, otras modalidades son: garantía hipotecarias de cuentas corrientes, títulos valores, rentas o prestaciones periódicas.

Es importante resaltar, que el sector de la doctrina que no está de acuerdo en convertir las hipotecas en garantías autónomas, argumentan que hay que respetar la trayectoria histórica de la hipoteca, en el sentido de que en otros momentos de la historia la hipoteca se ha enfrentado a estas dificultades coyunturales saliendo bien librada de ello, sin embargo, dicha argumentación no es del todo cierta, puesto que en la época romana era poca su utilización, ello obedecía a que la economía era prevalentemente estática y en la cual imperaba la garantía personal sobre la real, así mismo, en la edad media hubo poca utilización de la hipoteca por la escasa actividad económica de la época, en donde la economía giraba en torno a un sistema feudal. Afirma Anguita (2005) que, sólo con la llegada de la burguesía en la baja edad media, es que comenzó a desarrollarse una mayor actividad económica, y por ende, un mayor uso del régimen de garantía como ocurrió con la hipoteca.

Por el lado de Francia, con la Ordenanza 2006-346, se introdujeron importantes modificaciones en el régimen de garantías previstas en el Código Civil, entre los cambios

se estableció la hipoteca recargable, la cual mediante la suscripción de un documento privado entre acreedor y deudor llamado Convenio de Recarga, permite que la misma hipoteca respalde a varios acreedores sin necesidad de que cada acreedor deba contar con una escritura pública, la cual sólo se exige para el acto de constitución inicial de la hipoteca, lo que repercute en menores costos por concepto de derechos notariales y gastos de registro. Otra innovación es el préstamo vitalicio hipotecario, que tiene como mercado objetivo a los pensionados, para que sigan siendo parte activa de la sociedad, mediante el otorgamiento de créditos que serán pagados después de la muerte del pensionado con el producto de la venta del inmueble hipotecado. Estas garantías no son accesorias al crédito, por tanto, la extinción del crédito no conlleva necesariamente a la extinción de las garantías, siendo entonces garantías de carácter autónomas.¹⁶

Los cambios ocurridos para el tema de la hipoteca en España y Francia, evidencia la intención de algunos países para que se instaure en Europa una hipoteca comunitaria que han llamado eurohipoteca, cuyos elementos característicos sean los señalados para el caso de España y Francia, lo que no será una tarea fácil sostiene Anguita (2005), puesto que cada país tiene un régimen de hipoteca distinto en cuanto a su constitución y registro, pero que es una necesidad para el tráfico económico transnacional.

Ahora bien, por el lado latinoamericano, propiamente en el caso de Argentina, la hipoteca entre sus principales características está que debe constituirse por escritura pública, es accesorio al cumplimiento de una obligación, y es de tipo especial, puesto que sólo puede constituirse sobre cosas inmuebles especial y expresamente determinadas, en respaldo de una obligación también cierta y determinada. El incumplimiento de ello, genera un vicio de nulidad absoluta, pues perdería la garantía su condición de accesorio, desnaturalizando su función al convertirse en una garantía autónoma. En cuanto a su ejecución es diferente al caso colombiano, puesto que permite la venta extrajudicial cuando el acreedor es titular de letras hipotecarias o se trata de un banco hipotecario. Para el caso de acreedores con letras hipotecarias el proceso de ejecución es de tipo mixto (ley 24.441), pero además, el artículo 54 de la referida ley, permite que las partes de común acuerdo pacten la venta extrajudicial del inmueble aún en el caso que no se trate de obligaciones originadas en letras hipotecarias. El proceso para ejecución extrajudicial del inmueble consiste en que acaecida la mora en el pago del capital o de los intereses por un plazo de sesenta días, el

acreedor intimará al deudor para que pague en un plazo no mayor a quince días, en cuya comunicación deberá advertir que de no realizarse el pago íntegro será rematado el inmueble extrajudicialmente.

Éste proceso de ejecución es de tipo mixto porque no efectuado el pago en el plazo señalado, el acreedor podrá acudir ante un juez para que ordene verificar el estado del inmueble y así mismo, podrá pedirle al juez que le entregue la tenencia del bien, cumplido lo anterior, el acreedor podrá vender el bien mediante subasta. El deudor no podrá impedir el lanzamiento ni tampoco la subasta salvo: 1) que no esté en mora. 2) que no ha sido intimado de pago. 3) que no se hubiera pactado la venta extrajudicial y 4) que existieran vicios en la publicidad. Para el caso de bancos hipotecarios la carta orgánica del Banco Hipotecario Nacional en su artículo 45 establece "que en caso de mora en el servicio de la deuda el banco podrá ordenar por sí, sin forma alguna de juicio, la venta en remate público del bien afectado a la garantía". En este orden de ideas, los bancos no tienen que acudir ante un juez para verificar el estado del inmueble, ni para tomar posesión del mismo, y tampoco para proceder con la venta extrajudicial. Ahora bien, en este punto cabe preguntarse si es constitucional la venta extrajudicial, la doctrina opina que sí, porque como argumenta Casadio (2004), se trata de cláusulas libremente pactadas entre acreedor y deudor, y además, porque el deudor vulnerado en sus derechos, puede acudir después de la venta ante los tribunales y solicitar las indemnizaciones a que haya a lugar.

Por su parte Chile, ha introducido cambios para agilizar la constitución de garantías que respalden el pago de créditos tributarios, tal es el caso aclara Iglesias (2005), de la constitución de hipotecas unilaterales, es decir, aquellas que no requieren la aceptación de Hacienda Pública en su calidad de acreedor tributario.

En el tema de las garantías sobre bienes muebles, varios países de Europa y América Latina han introducido importantes reformas. En Francia mediante la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 se hicieron reformas a la prenda sobre bienes muebles, permitiendo pactar a la partes, la ejecución extrajudicial del bien en pública subasta, y si la misma resultare fallida, la adjudicación al acreedor del bien pignorado, como una herramienta eficaz que se le ofrece al acreedor para la recuperación rápida del crédito no pagado por el deudor.¹⁷ Para el caso de España, en el tema de la venta de bienes muebles con plazo para su pago, venta con reserva de dominio y prenda sobre cosas muebles, la normatividad vigente faculta al acreedor para

¹⁶ XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina, 2007 edición Pág. 342 y 343. El Nuevo Derecho de Garantías. Seminario Internacional. Universidad del Rosario. Bogotá D.C., 10 Y 11 de mayo de 2007.

¹⁷ El Nuevo Derecho de Garantías. Seminario Internacional. Universidad del Rosario. Bogotá D.C., 10 y 11 de mayo de 2007.

inscribir cualquiera de las citadas garantías en el Registro de Bienes Muebles, registro que le permite al acreedor hacer pública su garantía y otorgarle con ocasión del registro, una preferencia o mejor derecho en el pago del crédito frente a terceros.

Igualmente la legislación española, cuando el deudor incumplido entrega la cosa al acreedor, éste puede proceder con la venta extrajudicial del bien en pública subasta, por intermedio de notario público, siempre y cuando se haya pactado en el contrato el valor del bien; en este orden de ideas, y cumplido las anteriores condiciones, se hace una primera subasta, sino se enajena el bien podrá realizarse una segunda con el mismo precio de la primera, y si tampoco resulta la segunda, el acreedor podrá hacerse dueño de la cosa. Afirma Quicios (2005) que en caso contrario, es decir, si el deudor no entregare la posesión del bien al acreedor, éste deberá ejecutar la garantía ante las instancias judiciales. En el tema del leasing financiero mobiliario, al igual que ocurren en Colombia, es un contrato atípico que ha tenido desarrollo, gracias al principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo, a diferencia de Colombia, en España se permite que los contratos se inscriban en el Registro de Bienes, sin que tal inscripción sea un requisito para su constitución ni un presupuesto para su oponibilidad ante terceros, pero sin lugar a dudas según Parra (2005), su inscripción trae beneficios para la sociedad leasing, en el sentido que le permitirá: 1) ejercer una tercería registral para levantar el embargo trabado por otros acreedores sobre bien cedido en arrendamiento financiero. 2) podrá recuperar en forma sumaria el bien en caso de incumplimiento del contrato por parte del deudor. 3) La ley concursal de 2003 le otorga al leasing el tratamiento de una garantía, por lo que el acreedor tendrá un privilegio o un mejor derecho para el pago frente a otros acreedores quirografarios.

En Argentina, con miras a facilitar el acceso al crédito, un sector de la doctrina discute la posibilidad de constituir prenda e hipoteca sobre derechos intelectuales, entendiendo éstos en su sentido amplio, como la posibilidad de constituir garantía sobre obra científica, artística, literaria, de invención y marcas comerciales.¹⁸ También pretenden, la implementación de nuevas figuras jurídicas como la Indisponibilidad Voluntaria, que consiste en un “derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables en su totalidad o alícuotas, en virtud del cual el constituyente se inhibe, por un plazo que no exceda de cinco años, para tramitar o constituir a cualquier título derecho reales sobre ellas. El incumplimiento de la indisponibilidad

genera la invalidez del acto dispositivo”.¹⁹ Por otro lado, en relación con la prenda comercial sobre bienes muebles con tenencia del acreedor, así como la prenda con registro, además de su carácter accesorio al crédito y que requieren constar por escrito para su oponibilidad frente terceros, la ley argentina, faculta al acreedor por incumplimiento de pago al vencimiento de la obligación, salvo cuando se hubiera pactado una forma especial de enajenación, para que proceda a la venta extrajudicial del bien pignorado. Bajo la interpretación de Casadio (2004), la ley limita esta facultad a los siguientes acreedores: el Estado, los bancos y demás instituciones financieras autorizadas. Previo a la venta del bien, el juez deberá ordenar su secuestro y posterior entrega al acreedor, y también contempla la norma como medida de protección al deudor, que el acreedor que enajene los bienes sin la observancia de la ley, será condenado al pago de los perjuicios que le ocasione al deudor.

Siguiendo con otro país latinoamericano, en el caso del Perú hasta antes de su última reforma, adolecía de un caos imperante debido a que existían diferentes clases de prendas, unas previstas en el Código Civil y otras en el Código de Comercio, surgía igualmente, frecuentes problemas en torno a cuál era la legislación aplicable a un determinado bien, lo mismo sucedía para el registro, puesto que existía un registro público diferente según la clase de bien, y también adolecía de problemas de celeridad y eficacia para la ejecución de las garantías. Toda esta situación llevó a que se expidiera ley 28677 del 1 de marzo de 2006, que estableció entre otros cambios: 1) la inscripción de actos que antes no eran susceptibles de registro entre ellos: cesión de derechos, fideicomisos, arrendamiento, contratos preparatorios, contratos de opción, etc. 2) en caso de incumplimiento por parte del deudor en pago del crédito, el acreedor está autorizado para proceder a la venta extrajudicial, y así mismo, se estableció que en ningún caso podrá suspenderse la venta del bien salvo que el deudor cancele la deuda. 3) el código civil peruano de 1984 prohibió el pacto comisorio sancionándolo con nulidad. La nueva ley permite pactarlo, quiere esto decir, que las partes pueden estipular que el acreedor puede adjudicarse el bien gravado para satisfacer su derecho de crédito, si vencida la deuda, el deudor no ha cumplido su obligación.²⁰

Por otro lado, algunas organizaciones internacionales han empezado mostrar interés en este tema, tal es el caso de Organización de Estados Americanos (OEA), organismo que adoptó en la Sexta Conferencia Especia-

¹⁸ XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina, 2007 edición Pág. 335.

¹⁹ *Ibidem*. Pág. 362.

²⁰ El Nuevo Derecho de Garantías. Seminario Internacional. Universidad del Rosario. Bogotá D.C., 10 Y 11 de mayo de 2007.

lizada en Derecho Internacional Privado, reunida en la ciudad de Washington en febrero de 2002, la "Ley Modelo Interamericana", ley que ofrece a los países miembros un marco regulatorio general sobre garantía mobiliarias, con miras a que cada país considere adoptarla al interior de su legislación nacional. La ley Modelo Interamericana está directamente influenciada por el artículo 9 del Código de Comercio de Estados Unidos, el cual en realidad no es una disposición o norma concreta, sino que equivale a lo que se denomina en las legislaciones de influencia romana como un libro o título llamado "Garantías Reales sobre Bienes Muebles". La Ley Interamericana surgió como una alternativa que facilite a sus países miembros, reformar sus sistemas de garantías con el fin de adoptar un sistema más simple, moderno y armonizado que permita que los deudores obtengan créditos con tasas de interés más bajas, al asegurarle a los acreedores mayor certeza en la recuperación del crédito. Tiene como campo de aplicación regular la constitución, perfeccionamiento, prelación y ejecución de toda garantía sobre bienes muebles que garanticen obligaciones de crédito presente o futuras hasta una cuantía máxima que se debe estipular en el contrato de garantía. En cuanto a su constitución, ésta se hará mediante acuerdo contractual entre las partes, si la prenda es con desplazamiento del bien hacia el acreedor, se constituye con la entrega de la cosa al acreedor, y si es sin desplazamiento, deberá constituirse por escrito sin necesidad de trámite notarial. Ahora bien, los efectos contra terceros nacen al momento de darle publicidad a la garantía, mediante los siguientes modos de publicidad que dependen de la naturaleza del bien en garantía: 1) inscripción registral, la cual es viable para todo tipo de bien mueble. 2) entrega de la posesión del bien al acreedor o un tercero seleccionado de mutuo acuerdo y 3) control del bien por parte del acreedor garantizado o por un tercero designado por mutuo acuerdo por la partes. En cuanto a los bienes muebles objeto de garantía son susceptibles de ella tanto los corporales o físicos como los incorporales (créditos, derechos de propiedad intelectual, etc.), dicha norma consagra a su vez como novedad frente a muchas legislaciones latinoamericanas, que si bien es cierto, el bien puede describirse de manera específica, es decir, describiendo de manera detallada el bien, también puede hacerse de manera general, como sería a manera de ejemplo: "todas las máquinas que se encuentran en el taller ubicado en la calle., de la ciudad ", o "todos los vehículos automotores que pertenezcan a la empresa xxx". A través del registro se busca también ofrecerle a la acreedores prelación en el pago, el cual dependerá del orden en el tiempo en que conste los registros, es decir, se aplica el principio general de primero en el tiempo primero en el derecho.

Con respecto a la ejecución de la garantía, el acreedor podrá optar entre irse ante una instancia judicial o acudir ante un notario público, previo registro de la solicitud de ejecución de la garantía en el registro público y entregando al deudor el formulario registral de ejecución que emite la oficina de registro. Cumplido lo anterior, si el acreedor no tiene en su poder el bien, puede proceder a tomar posesión del mismo, pero si el deudor no lo entregare, el acreedor deberá acudir ante un juez para que por medio de un mandamiento judicial, se proceda al secuestro del bien, y como último paso, podrá el acreedor vender el bien privadamente o en pública subasta. Durante todo este proceso de ejecución, la única defensa del deudor que puede impedir la venta, es la acreditación del pago del crédito. En todo caso Afirma Garro (2007), si llegare a presentarse la ejecución por un mal proceder del acreedor, el deudor podrá solicitar los daños y perjuicios ocasionados por la no adecuada actuación del acreedor.

Finalmente, La Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional conocido con sus siglas UNIDROIT, se encuentra trabajando en la elaboración de una Guía Legislativa sobre garantías mobiliarias, de dicho proyecto es pertinente destacar los siguientes aspectos:

1. Con el fin de promover la eficacia de crédito garantizado, busca que las empresas saquen el mayor provecho de sus bienes muebles con la finalidad de obtener créditos.
2. El proyecto de Guía legislativa, adopta dos de los conceptos que estima necesarios para el éxito del régimen: el de la prelación y eficacia frente a terceros. En cuanto al primero, permite que el deudor obtenga el máximo provecho, dando el mismo bien en prenda a varios acreedores, mediante contratos de garantía independientes, y así mismo, los acreedores puedan conocer antes de otorgar el crédito, el grado de prevalencia que tendrán en torno al pago. En cuanto al tema de la eficacia, lo desarrolla con la implementación de un registro público sencillo, rápido y poco costoso, que tenga como finalidad, convertirse en el medio de publicidad frente a terceros, lo cual brindará mayor certeza jurídica al acreedor prendario.
3. Argumenta el modelo de Guía Legislativa, que el costo del crédito disminuirá, si se logra la constitución de garantías más eficientes, para ello propugnan porque se elimine todo trámite de constitución innecesario, y que se utilice un solo método de constitución y registro de garantías. En igual sentido, se pronuncia para efectos de la ejecución de las garantías, de tal manera que los acreedores puedan ejecutar en forma rápida y económica.

Conclusiones

Es importante reevaluar desde el punto de vista normativo, el tema del derecho accesorio que tienen las garantías, pues cómo ya se analizó, cuando se está frente a garantías abiertas e indeterminadas, las mismas pueden garantizar obligaciones futuras o que al momento de su constitución aún no existen, por lo que desde el punto de vista conceptual, no es cierto que la garantía se extingue con la obligación principal, ni siquiera por ministerio de ley, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 22 de octubre de 2008, toda vez que una garantía puede estar garantizando una pluralidad de obligaciones principales o puede que en un momento dado esté vigente la garantía y no esté respaldando obligaciones a cargo del constituyente y ello no la extingue *per se*. Se considera que hoy en día al constituirse una garantía abierta e indeterminada conforme está el ordenamiento jurídico, las

garantías tiene dos momentos: El primero de ellos ocurre al momento de su constitución, en el cual si las partes de común acuerdo lo pactan, la garantía no será de carácter accesorio, sino que servirá para respaldar un sinnúmero de obligaciones, perdiendo por ello su carácter accesorio y convirtiéndose en una garantía autónoma.

El segundo momento surge al momento de ejecutar la garantía por parte del acreedor, cuando el deudor ha incumplido alguna de las obligaciones respaldadas con la garantía, pues en ese momento el acreedor deberá probar ante la instancia judicial, el incumplimiento de las obligaciones respaldadas con la garantía, por tanto, en ese momento la garantía perderá su carácter autónomo para convertirse en una garantía accesorio, pues si el acreedor dentro del proceso judicial no demuestra la existencia de una obligación incumplida, la garantía no producirá efectos jurídicos.



Referencias

- Anguita, R. (2005). *Claves en la adaptación y evolución de la hipoteca inmobiliaria*. Sentencias de TSJ y otros tribunales núm. 7/2005-8/2005. . Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A
- Arrubla, J. (2002). *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos. Tomo II* Cuarta edición Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Baena, M. (2004). *De las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial*. Tercera Edición Bogotá: Editorial Legis.
- Bonivento, J. (2000). *Los Principales Contratos Civiles y Comerciales. Tomo II*. Séptima edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Bonivento, J. (2002). *Los Principales Contratos Civiles y Su Paralelo Con Los Comerciales Decimo Quinta edición*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Camacho, M. (2005). Régimen Jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revista e – Mercatoria*, Vol. 4, No.1.
- Casadío, A. (2004). *Créditos con garantía real en los concursos*. Bogotá: Editorial Astrea.
- Seminario Internacional (2007). *El Nuevo Derecho de Garantías*. Bogotá: Universidad del Rosario. 10 Y 11 de mayo de 2007.
- Garro, A. (2007). *El Marco Regulatorio de las Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional: la Ley Modelo de la OEA*. Estudio de Derecho Civil Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestroza. Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Panamericana, formas e impresos S.A.
- Hinestroza, F. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Iglesias, J. (2005). El régimen jurídico de las Garantías en el marco de las reclamaciones económico-administrativas. *Revista Jurídica de Universidad de Santiago de Compostela*, Vol. 14. N° 1 Santiago de Compostela: Servizo de publicaciones da Universidad de Santiago de Compostela.
- Leal, H. (1996). *Contratos Bancarios*. Quinta edición. Bogotá: Librería del Profesional.
- Leal, H. (1998) *Títulos Valores*. Quinta edición. Bogotá: Editorial Leyer.
- Martínez, H. (2004). *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano*. Segunda edición. Bogotá: Legis Editores.
- Narváez, J. (1995). *Introducción al Derecho Mercantil*. VII Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Ospina, G. (2001) *Régimen General de las Obligaciones*. Séptima edición actualizada. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Peña, E y Peña, G. (2006). *El Derecho de Bienes*. Segunda edición. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Pérez, Á (1984) *Garantías Civiles. Hipoteca, Prenda y Fianza*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Parra, M. (2005). *La función de garantía del leasing financiero mobiliario*. Publicación Aranzadi Civil núm 18-2005. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.
- Quicios, S. (2005) Efectos de las garantías reguladas por la ley de ventas a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores. *Cuadernos de Aranzadi Civil núm. 24* Parte Estudios. Pamplona Editorial Aranzadi S.A.
- Rodríguez, S. (2003) *Contratos Bancarios*. Quinta edición. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Rodríguez, S. (2005) *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Rubio, M. (2008). *Economía Jurídica. Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suescún, J. (2005). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Tomo II. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Tamayo, A.(2004). *Las principales Garantías del Crédito*. Bogotá: Edición Doctrina y Ley Ltda.
- Trujillo, B. (2001). *De Los Títulos Valores. Tomo I. Parte General*. Doceava edición. Bogotá: Editorial Leyer. 2001.
- Ustariz, L. (2004) La carta de crédito Stand By y su desarrollo internacional. *Revista de Derecho Privado*. Universidad de los Andes. Volumen XVII, junio de 2004, ISSN 0121-0696. Bogotá: Ediciones UNIANDES..
- Republica de Colombia (2009). *Código Civil Colombiano*. Editorial Leyer, Bogotá, 2009.
- Republica de Colombia (2009). *Código de Comercio Colombiano*. Bogotá Editorial Leyer.
- Republica de Colombia, Corte Suprema De Justicia. (2008) Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha octubre 22 de 2008. Expediente T-11001-02-03-000-2008-01429-00.
- Republica de Colombia, Corte Suprema De Justicia. (2006) Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha febrero 14/2006. Expediente 1999-1000-01.
- Republica de Colombia, Corte Suprema De Justicia. (2001) Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha julio 1 de 2008. Expediente 2001-00803-01.

Republica de Colombia, Corte Suprema De Justicia. (2005) Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha julio 29 de 2005. Expediente 1100 13103018 1893 20302-02.

Periódico “El Espectador”. Noviembre 23 de 2008.

Periódico “El Tiempo”. Noviembre 16 de 2008.

Superbancaria, Circular Básica Jurídica, título V, divulgada mediante Circular Externa 007 de 1996.

Semana Económica. Financiación de Vivienda y Titularización Hipotecaria: diferencias entre Colombia y Estados Unidos. Número 679. Noviembre 7 de 2008. Consultado el día 30 de Enero de 2011 disponible en www.asobancaria.com.

A/CN.9/631/add.1. Proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas, 29 de mayo de 2007. Consultado el día 3 de Enero de 2011 disponible en www.uncitral.org.