

LOS RIESGOS MORALES DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN DE CONTRATOS DE GARANTÍA MOBILIARIA EN EL EVENTO DE PROCESOS DE INSOLVENCIA EN COLOMBIA.

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes y aspirante al título de Maestría en Derecho Privado de esta misma Universidad. Director Jurídico en Leasing Corficolombiana S.A. Correo: jhonierngustavo@gmail.com

RESUMEN

Con la expedición y la posterior entrada en vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias, se pretendió permitir el acceso al crédito al crear un nuevo sistema de garantías basado en tres pilares fundamentales que son: el registro, la prelación y la ejecución, los cuales están basados en estándares internacionales. Esta novedosa regulación no solo impactó los contratos de garantía, sino que a su vez tuvo un enorme impacto sobre el régimen concursal y de insolvencia colombiano.

Palabras Claves: Garantías Mobiliarias, régimen de insolvencia, reorganización, liquidación.

ABSTRACT

The issuance and following entry into force of the Law on Secured Transactions sought to allow and facilitate the access to loan by creating a new system of collateral securities grounded on three main pillars, namely: registration, preference, and enforcement. These new changes also intended to meet international standards. This innovative regulation affected not only the collateral security agreements, but also had a huge effect on the Colombian Bankruptcy and Insolvency Regime.

Key Words: Secured transaction, insolvency regime, reorganization, liquidation.

SUMARIO

1. Introducción- I. LOS PRINCIPALES CAMBIOS DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS - 1. Características del contrato – 2. Bienes objeto de la garantía – 3. Estructura de las garantías mobiliarias – 3.1. El registro – 3.2. La prelación – 3.2.1. Por la fecha del registro – 3.2.2 Por la fecha de constitución – 3.2.3. Por la fecha de entrega y registro – 3.2.4. Protección del comprador de buena fe – 3.2.5. Excepción a la garantía prioritaria de adquisición 4. Ejecución y mecanismos de pago – 4.1 El pago directo – 4.2 Ejecución especial – II. EL IMPACTO DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA MOBILIARIA EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA – 1. Los procesos de insolvencia en Colombia – 2. La derogatoria de la prohibición del pacto pignoraticio 3. El riesgo Moral 4. El riesgo moral en los procesos de insolvencia con el nuevo régimen de garantías mobiliarias – 4.1 La aplicación de los beneficios otorgados a los gravámenes hipotecarios – 5. El riesgo moral por las partes – III – LA MITIGACION DEL RIESGO – 1. La Circular 038 de 2015, como fuente de la mitigación del riesgo. – 2. El delito concursal – 3. Las cláusulas de garantía negativa.

INTRODUCCION

Los Contratos de Garantía en Colombia, tenían la característica, entre otras, de ser contratos accesorios, teniendo entre sus principales los denominados clásicos; la hipoteca, la prenda y la fianza (Pérez A, 1999), estos contratos a su vez se clasificaban, de acuerdo a los derechos que otorgan, entre personales y reales pudiendo estos ser “derechos de crédito o frente a determinadas personas o derechos sobre los bienes objeto del contrato” (Rodríguez S. 2013), teniendo como las garantías personales más típicas la solidaridad y la fianza y en las reales la hipoteca y la prenda ahora conceptualizada como

garantía mobiliaria, la cual cambió de ser un contrato accesorio a un contrato principal.

Con la expedición de la Ley 1676 de 2013, reglamentada por el Decreto 1835 de 2015, se pretendió permitir el acceso al crédito, tal como se mencionó en la exposición de motivos de la ley en donde se manifestó que “por cuanto es a través del crédito que las empresas puedan invertir para ampliar su producción”. Para lograr el cumplimiento de este fin, el régimen de garantías mobiliarias se estructuró en tres pilares fundamentales que son; (i) el Registro; (ii) la prelación; y (iii) la ejecución.

Las modificaciones introducidas por la Ley de Garantías Mobiliarias LGM, se dieron en razón al rezago en el cual se encontraba nuestra legislación en cuanto a la regulación de garantías sobre bienes muebles y en especial en lo referente a su ejecución. La garantía más cercana a la garantía mobiliaria, se encuentra regulada en el Decreto 410 (1971) Código de Comercio en los Arts. 1200-1220 de nominada prenda, teniendo entre sus principales inconvenientes los siguientes: (i) su publicidad, ya que las citadas normas preceptuaban, que debería realizarse la inscripción del gravamen en el Registro Mercantil del lugar donde deberían permanecer los bienes, haciendo incurrir a las partes en trámites y costos adicionales cuando los bienes tuviesen que permanecer en diferentes lugares, (Correa; 2011) y (ii) por otra parte, las entidades financieras, solo podrían considerar garantías idóneas, aquellas que contaran con las siguientes características; (i) “que ofrezcan un respaldo jurídicamente eficaz al pago de la obligación garantizada” y (ii) “cuya posibilidad de realización sea razonablemente adecuada”, (Superintendencia Financiera de Colombia [Superfinanciera] 1995), estas exigencias limitaba el otorgamiento de cauciones por parte del deudor al no cumplir, en la mayoría de los casos, con los requisitos mencionados, impidiendo el acceso al crédito.

La normatividad existente implicaba gran problemática derivada de las engorrosas actuaciones judiciales que el acreedor debía adelantar para poder ejecutar las garantías otorgadas por el deudor. Para lograr la ejecución de las

garantías concedidas por el deudor se debería acudir a la justicia civil ordinaria, la cual, de acuerdo con el estudio para Colombia del Doing Business 2014, podría tardar hasta 1.346 días en resolver la ejecución, que terminaría siendo un promedio de tres años y medio (Doing Business (2014) Pag. 98). Lo mencionado afecta al acreedor al no poder pagarse su crédito, pudiendo afectar a su vez directamente al deudor pues los bienes muebles dados en garantía sujetos a depreciación con el paso del tiempo tienden a perder su valor, impidiendo que éstos cumplan con el fin para el cual fueron designados en caución, el pago de la obligación principal en caso de incumplimiento.

Aunque el fin de la norma fue, entre otros, ampliar el espectro de bienes que pudiesen ser dados en garantía por el deudor, para que le permitieran acceder al crédito, en especial el financiero, la norma a su vez dio cabida a la configuración de riesgos morales al crear incentivos adversos tanto a acreedores como a deudores, situación que se puede poner más en evidencia en el marco de procesos de insolvencia. Para los deudores en razón a los beneficios otorgados en los procesos de reorganización y liquidación, ya que, éstos pueden usar los beneficios de ejecución y exclusión sobre los bienes dados en garantía sin la contraprestación propia del negocio y respecto de los acreedores entidades financieras podrían otorgar créditos motivados solo por las garantías entregadas sin evaluar la capacidad de pago de los deudores.

De acuerdo con lo anterior se hace necesario mitigar estos riesgos, para lo cual propongo, la complementación de reglas de regulación prudencial a partir de la circular externa 032 de 2015, la configuración del delito concursal y la inclusión de cláusulas de garantía negativa en los contratos de crédito, estas últimas tendientes a pactar obligaciones de no hacer por parte del deudor y de esta forma evitar la descomposición del patrimonio del concursado en procesos de insolvencia (Pérez, A. 2011).

I. LOS PRINCIPALES CAMBIOS DE LA LEY DE GARANTIAS MOBILIARIAS

El nuevo régimen de garantías mobiliarias, como acertadamente lo menciona el Decreto 1835 (2015), está fundamentado en la libertad contractual, permitiendo a las partes definir gran cantidad de elementos del contrato, dejando el contenido en la norma, en muchos de sus apartes, con carácter supletivo a lo acordado por el acreedor y el garante.

1. Características del contrato

Previo al análisis de las características del contrato debemos mencionar que este nuevo concepto de garantía, dentro de sus principales particularidades cuenta con elementos de las garantías autónomas, como lo relativo a la oposición en caso de ejecución que se limitó a casos muy específicos, como lo estudiaremos más adelante, excluyendo de cualquier discusión la oposición que se origine por el negocio jurídico del que se derivaron las obligaciones (López L, 2014).

Las características son:

- a) **Contrato Principal:** Este es un contrato principal pues no es necesario otro contrato para que se dé su existencia¹.
- b) **Contrato Solemne:** En razón a que tiene que darse siempre por escrito y/o mediante mensaje de datos².
- c) **Contrato Bilateral:** En razón a que las prestaciones derivadas del contrato deben ser cumplidas por el deudor garante y el acreedor garantizado Ley 1676 (2013) Arts. 18 y 19.

¹ Artículo No. 3 de la Ley 1676 de 2013, “se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley”

² Artículo No. 14 de la Ley 1676 de 2013, “El contrato de garantía debe otorgarse por escrito”, Ley 527 de 1999

- d) Contrato Oneroso:** Al representar utilidad para ambas partes, el acreedor garantizado y para el deudor garante.
- e) Típico:** Se encuentra regulado por la Ley 1676 de 2013, el Decreto 400 de 2014, incluido dentro del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1835 de 2015.

2. Bienes objeto de la garantía.

Previo a la enunciación de los bienes que pueden ser objeto de garantía tenemos que, en resumen, esta norma amplió el espectro de los bienes que pueden llegar a ser considerados garantía, lo que tiene una directa relación con el objeto de la norma que propende por permitir e incrementar el acceso al crédito, encontrándose exceptuados de este régimen la constitución de gravámenes sobre; (i) Inmuebles, salvo los inmuebles por adhesión y destinación; (ii) bienes transados en bolsa; (iii) títulos valores y (iv) naves y aeronaves comprendidas dentro de la Ley 967 (2005)³. Dentro de los bienes que pueden ser objeto de la garantía de manera meramente enunciativa la norma menciona los siguientes (López L, 2014):

- a.** Derechos sobre bienes existentes y/o futuros.
- b.** Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual
- c.** Derecho de pago de depósitos de dineros.
- d.** Acciones, cuotas y/o partes de interés representativas de capital, siempre que éstas no estén representadas en anotaciones en cuenta.
- e.** Derecho a reclamar el cumplimiento de un contrato, siempre que éste no sea de carácter personalísimo.

³ Ley "Por medio de la cual se aprueban el "Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil" y su "Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil", firmados en Ciudad del Cabo el dieciséis (16) de noviembre de dos mil uno(2001)"

- f. Todo bien mueble con valor económico.

La norma no solo previó la constitución de garantías sobre los bienes tangibles como la maquinaria y equipos, permitió a su vez que los derechos de los acreedores sobre las garantías se hagan extensivos a todos los bienes derivados y atribuibles de los inicialmente gravados (Talero D, 2015), permitiendo con esto mayores financiaciones por el acreedor al gravar los bienes resultantes de la cadena productiva, lo que configura una garantía revolvente que permite que se respalden obligaciones sobre el bien originalmente gravado y los derivados y atribuibles de este (Gómez J, 2014). No obstante, contractualmente las partes podrán pactar que los bienes derivados y atribuibles no sean parte de la garantía o evitar que los bienes sean transformados durante la vigencia del gravamen.

3. Estructura de la ley de garantías mobiliarias

Las garantías mobiliarias se encuentran estructuradas en tres pilares fundamentales que son; (i) la oponibilidad ; (ii) la prelación y (iii) la ejecución, los cuales a su vez son la base de los principales cambios normativos que se dan dentro de la estructura de las garantías, por lo que se hace necesario realizar un análisis de los principales aspectos que modificaron estos preceptos.

3.1 La Oponibilidad.

La oponibilidad de las garantías mobiliarias y de los gravámenes, bien sean éstos judiciales o tributarios se encuentra determinada por; (i) la inscripción en el Registro Único de Garantías, respecto del cual se estudiará con sus implicaciones más adelante; (ii) por la entrega de la tenencia del bien, la cual podrá estar en cabeza del acreedor o de un tercero designado por éste, cabe aclarar que, de acuerdo al Art. 34 de la Ley 1676 (2013), tendrá que mediar previo a la entrega consentimiento expreso del garante y (iii) la constitución del

contrato de cuenta control, que recae sobre el derecho al pago de sumas de dinero depositadas en una entidad depositaria, garantía que tendrá oponibilidad con la adquisición del control por parte del acreedor garantizado.

3.2 El Registro:

Se crea un registro único el cual, como lo menciona la LGM, es un sistema de archivo, accesible al público, lo que sin lugar a dudas facilita la correcta identificación de los bienes y de las partes en caso de una posterior ejecución (Domínguez, J 2014), este registro es administrado por Confecamaras, pudiendo el acreedor garantizado registrar las garantías a través de internet mediante los siguientes formularios: de inscripción, de modificación, de prórroga, de transferencia, de cancelación, de ejecución o restitución de tenencia por mora de las garantías mobiliarias.

Como requisito previo al registro del formulario de inscripción de la garantía, se deberá contar con la previa autorización por parte del deudor garante, la cual podrá ser surtida por cualquier documento suscrito por éste en el que se manifieste la intención de constituir el gravamen, siendo válido para este efecto el mismo contrato de garantía, sin que el Registro valide la existencia de la autorización.

Adicional a los mencionados registros de formularios de inscripción de garantías de origen contractual, se creó una obligación de registro de garantías surgidas por ministerio de la ley, dentro de los cuales encontramos que se deberán inscribir los gravámenes judiciales como los embargos y los tributarios que provienen de autoridades fiscales, esto con el fin de determinar la prelación de acuerdo a la fecha del registro Art. 48 Ley 1676 (2013).

Este registro de inscripción de garantías actualmente convive con los denominados registros especiales, como el Registro Nacional de Tránsito respecto de vehículos automotores administrado por el Registro Único Nacional

de Transito RUNT y el Registro propiedad industrial administrado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Otorgando una prerrogativa especial al registro administrado por Confecamaras, pues será éste, quien determine la prelación, elemento fundamental de la ejecución de las garantías. (Villegas J, 2014).

El registro de garantías mobiliarias trajo especiales ventajas respecto de la inscripción de la prenda sin tenencia, en razón a que la prenda reglada en el Decreto 410 (1971) Arts. 1200-1220, estipulaba que las mismas deberían registrarse en la oficina de registro mercantil de la ubicación de los bienes, de tal suerte que si los mismos bienes debían desplazarse por diferentes sitios del país, el trámite se debía realizar en todos los lugares donde se deseara mantener los bienes objeto de la prenda, en igual dilema se encontraba el acreedor que deseara conocer si sobre los bienes existía algún gravamen.

Lo anteriormente mencionado generaba un gran desgaste en tiempo y a su vez aumentaba los costos de transacción (Villegas J, 2014), dificultad totalmente solucionada con el nuevo Registro que tiene cobertura en todo el territorio de nuestro país.

El Registro de garantías se puede consultar por el número de identificación del deudor garante, bien sea persona natural, jurídica o patrimonio autónomo, permitiendo verificar, por parte del posible acreedor beneficiario de la garantía, con antelación al otorgamiento del crédito, si los bienes objeto de garantía fueron entregados en garantía previamente a otros acreedores salvo que se trate de garantías que no sea necesario registrar como las que se hicieron oponibles por la tenencia o por el control.

Lo que obligará a las entidades financieras a realizar un estudio de crédito más profundo incluyendo la revisión de bienes dados en garantía por el deudor garante en garantía mobiliaria y hasta de las garantías hipotecarias, en razón a que la existencia de estas garantías, por el mejor derecho que otorgan al

acreedor, permitirán la ejecución de los bienes en procesos de reorganización y la exclusión en liquidaciones (Superintendencia de Sociedades, 2014).

Por otra parte, la LGM para la aplicación de la ley en el tiempo es importante resaltar, que la norma manifestó que sus disposiciones aplicarían a todas las garantías mobiliarias aun cuando se hubiesen constituido con antelación a la vigencia de la Ley, dando un término de seis meses a partir de su vigencia para realizar el registro, con el fin de mantener la prelación con la que contaba antes de que entrara en vigor la ley.

En este mismo sentido el Decreto 400 (2014), normas incluidas dentro del Decreto 1074 (2015) modificadas por el Decreto 1835 (2015), que reguló el registro en el Parágrafo 1º del Art. 2.2.2.4.1.41., manifestó que los acreedores que tuviesen garantías con anterioridad a la vigencia de la ley referida a:

- a) La fecha de registro en el Registro Mercantil o en otro registro;
- b) La fecha de constitución del contrato de garantía, en los casos en que no tenían la obligación de inscripción por no tratarse de una prenda sin tenencia;

Podían registrarse antes del 20 de Agosto de 2014 con el fin de mantener la prelación.

En pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades en procesos de reorganización ésta manifestó que el registro posterior de la garantía por fuera de lo que ha denominado la “ventana preclusiva” (20 de agosto de 2014), le impide al acreedor ejercer los beneficios de ejecución que trajo para estos procesos la Ley 1676 (2013). (Superintendencia de Sociedades 2016), lo cual como antes se anotó es dar un sentido a la norma que no tiene, por cuanto el acreedor bien podría haber efectuado la inscripción de la garantía con posterioridad, con la única diferencia de que ya no puede el acreedor incluir la

fecha de oponibilidad, sino que ésta le es asignada por el Registro de Garantías Mobiliarias cuando crea el folio electrónico de la garantía.

Por lo anterior podemos afirmar que el Registro cuenta con elementos que lo convierten en una interesante figura para el nuevo régimen de garantías mobiliarias, entre los cuales tenemos; (i) Es un Registro único, y respecto del Registro Nacional de Tránsito y el de Propiedad Industrial su prevalencia, pues será éste el que determine la prelación; (ii) la existencia de un sistema único de archivo de fácil acceso su consulta. En este punto vale la pena aclarar, que la función del registro no comprende una revisión legal de la información registrada ni de los eventuales documentos que se adjunten, ni los derechos en ellos contenidos, pues solo verificará el diligenciamiento de los campos obligatorios de los formularios.(Villegas J, 2014).

3.3 La Prelación:

Las reglas de prelación resuelven los conflictos generados cuando éstos se presentan respecto de derechos concurrentes sobre el mismo bien en garantía, en el momento que se desee hacer el cobro de las obligaciones garantizadas.

Respecto a la prelación cuando existe concurrencia de acreedores garantizados sobre un mismo bien, la Ley determina las reglas aplicables a partir del artículo 48 y siguientes, las que enunciaremos a continuación, teniendo como principio fundamental la regla de “primero en el tiempo primero en el derecho”:

3.3.1 Por la fecha de registro: Para el caso de las garantías sin tenencia, su prelación se determina por la fecha de la inscripción en el registro, la cual, de acuerdo a la norma, puede ser anterior al contrato de garantía.

3.3.2 Por la tenencia del bien o por el control sobre la cuenta de depósito bancario: “La prelación se determinará por el orden temporal de su oponibilidad a terceros” Art 48 Ley 1676 (2013).

3.3.3 Garantías no inscritas en el Registro: La prelación se determinará por la fecha en la que se celebró el contrato de garantía.

3.3.4 Por la oponibilidad: La prelación de garantías oponibles frente a terceros por la inscripción en el registro y por cualquier otra forma prevista en la ley, se determinará por la fecha de su constitución, que puede ser por la fecha de inscripción o por la fecha en que se hizo oponible a terceros, en el caso que sea anterior.

3.3.5 Garantías Mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de la LGM: La prelación de estas con acreedores concurrentes con garantías registradas en la vigencia de la ley, se determinará por la fecha de su inscripción en el registro mercantil cuando corresponda o por la fecha en que se hizo oponible a terceros. Las garantías constituidas antes de la entrada en vigencia de la ley que no se inscribieron en el registro mercantil o en el registro correspondiente, se podrán registrar y su prelación se determinará por la fecha de la inscripción.

Excepciones a la regla de prelación primero en el tiempo primero en el derecho:

3.3.6 Protección del comprador o adquiriente dentro del giro ordinario: Dentro de las demás prelaciones se otorgó, el privilegio para el comprador de recibir los bienes libres de gravámenes dentro del giro ordinario de los negocios. Esta protección encuentra su fundamento, como lo menciona el profesor Boris Kozolchyk, en la especial protección al consumidor Ley 1480 (2011) Art. 1.

3.3.7 Excepción de la Garantía Prioritaria de Adquisición: La ley 1676 de 2013, dentro de las reglas de oponibilidad, trajo la denominada “garantía especial” consistente en aquella garantía otorgada al acreedor que financió la adquisición de los bienes objeto del gravamen, lo que a la vez desarrolló el Decreto 1835 de 2015, otorgando prelación sobre cualquier otro tipo de garantía inscrita con antelación, que recaiga sobre bienes muebles del mismo tipo.

4. Ejecución y Mecanismos de Pago:

Es importante definir quién contará con la competencia para adelantar los procesos de ejecución, la cual quedó en cabeza del Juez Civil y a prevención la Superintendencia de Sociedades, cuando sean sociedades sometidas a su vigilancia.

En ciertos trámites que a continuación estudiaremos, con la participación de entidades que carecerán de competencia para dirimir conflictos propios de la ejecución como las notarías y cámaras de comercio. Por lo anterior en el evento de existir oposición ésta tendrá que ser resuelta por la autoridad jurisdiccional, la intervención de estas autoridades se deriva del pacto realizado por las partes en el contrato de garantía (Mejía R, 2014).

La norma prevé diferentes mecanismos de ejecución y de pago, entre los cuales encontramos los siguientes; el pago directo, la ejecución especial de la garantía y la ejecución judicial. A continuación nos referiremos a los mecanismos de pago directo y ejecución especial de la garantía ya que éstas son las figuras especiales que trajo la regulación de garantías mobiliarias.

4.1 El pago directo: El pago directo no se puede considerar como parte de la ejecución pues, como se mencionó con anterioridad, es un mecanismo de pago de surgimiento y desarrollo contractual, para

acceder a este mecanismo se debió haber pactado en el contrato de garantía o en sus modificaciones, o se puede dar adicionalmente por tener la tenencia de los bienes o el control sobre los depósitos en las cuentas bancarias del deudor. En este mecanismo el valor por el cual se recibirán los bienes dados en garantía será el determinado en el avalúo, el cual deberá ser realizado por el evaluador de la lista de la Superintendencia de Sociedades o por el que las partes designen para tal fin.

El Decreto 1835 (2015), aclaró que la apropiación por pago directo que trajo la LGM aplicaría en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas por parte del deudor garante o por la inscripción del formulario de ejecución por parte de algún o algunos acreedores garantizados sobre el mismo bien.

Para la ejecución por pago directo de los bienes otorgados en garantía, no será necesaria la inscripción del formulario de registro de ejecución en los casos en que la oponibilidad se dé por la entrega de la tenencia de los bienes, debiendo solo realizar el registro para las garantías donde su oponibilidad se originó de la inscripción del registro inicial.

El acreedor garantizado que inicie el proceso por pago directo y no cuente con el primer grado de prelación deberá pagar las obligaciones a los acreedores con mejor derecho, subrogándose en sus derechos.

Por otra parte, en el Decreto 1835 (2015) que reguló la ejecución impone la carga al acreedor de verificar la existencia de otros acreedores garantizados y su prelación, en caso de existir deberá enviar copia del formulario de registro de ejecución, para que éstos manifiesten el valor de sus obligaciones, dentro de los 5 días hábiles siguientes. Lo anterior genera los siguientes cuestionamientos, ¿Qué deberá enviar el acreedor garantizado que pretende el pago directo a los demás acreedores

cuando no tenga la obligación de inscribir el formulario de registro de ejecución? y ¿Ante quién deberán manifestar el valor de sus obligaciones los demás acreedores garantizados?, en este caso considero que aunque no de forma implícita, la norma carga al acreedor que inicie la ejecución con la obligación de inscribir el formulario de ejecución en caso de existir más acreedores garantizados, a su vez, debiendo mantener control sobre la existencia de acreedores garantizados en caso de que los bienes en garantía superen en valor sus obligaciones, ya que tendrá que constituir un depósito judicial por el mayor valor, a favor del siguiente acreedor garantizado.

En este mecanismo de ejecución no hay lugar a presentar oposición, a diferencia de la ejecución especial que estudiaremos a continuación, lo que puede generar un abuso sobre el garante, ya que no contará con medios de defensa en el trámite, quedándole solo una responsabilidad civil contractual por el incumplimiento. El equilibrio entre las partes se pretendió dar al incluir que los contratos deberán tener el debido respeto de las normas de protección al consumidor y consumidor financiero de la Ley 1480 (2011) y 1328 (2009).

Por último, debemos mencionar que para proceder con el trámite de pago directo es necesaria la aprehensión material de los bienes, por lo que la norma dispuso que en ausencia de pacto contractual de trámite de captura, se desarrollará un procedimiento sumario ante la autoridad jurisdiccional competente de aprehensión y entrega del bien sin necesidad de trámites adicionales. Una vez aprehendido el bien se procederá a realizar el avalúo y el valor que este arroje será con el que obligatoriamente se realizará el pago directo.

4.2 Ejecución Especial de la garantía: La ejecución especial de la garantía es otro de los mecanismos de ejecución previstos en la LGM y su decreto de ejecución, la cual será conocida por los notarios y las

cámaras de comercio, de acuerdo a lo convenido en el contrato o a elección del ejecutante en ausencia de pacto contractual.

Cuando se pacte esta ejecución en los contratos, las partes tendrán la facultad de definir contractualmente lo relacionado con la forma en que se realizará la enajenación o la apropiación de los bienes en garantía, claro está, con el debido respeto de las normas relativas a contratos de adhesión y cláusulas abusivas del estatuto del consumidor Ley 1480 (2011) y protección del consumidor financiero Ley 1328 (2009).

En el evento de incumplimiento de las obligaciones garantizadas o por la inscripción por parte de algún acreedor garantizado del formulario de registro de ejecución, podrá el acreedor garantizado dar inicio a la ejecución especial siempre y cuando; (i) se hubiese estipulado el mecanismo en el contrato de garantía o sus modificaciones, (ii) cuando la tenencia de los bienes se encuentre en cabeza del acreedor, (iii) por el derecho legal de retención, (iv) cuando el valor del bien sea inferior a 20 SMLMV, (v) por el cumplimiento del plazo o de una condición resolutoria, siempre que se hubiese pactado en el contrato este tipo de ejecución, y (vi) cuando se trate de un bien perecedero.

Al igual que en el pago directo la norma preceptuó que solo será necesaria la inscripción del formulario de registro de ejecución, cuando su oponibilidad se deba al registro de la garantía mobiliaria, lo que merece idéntico comentario, respecto al traslado a los demás acreedores garantizados cuando la oponibilidad se da por la entrega de la tenencia de los bienes, pues tácitamente la norma preceptúa el envío a estos de copia del formulario de ejecución.

La ejecución tendrá inicio cuando el acreedor garantizado solicite la ejecución especial ante la entidad autorizada, los notarios y las cámaras de comercio, con la respectiva inscripción del formulario, y en caso de

no existir oposición por parte del deudor garante el trámite de ejecución continuará. En el evento de existir oposición, las entidades autorizadas no podrán pronunciarse sobre ésta, debiendo remitir el expediente, en un término de tres días ante la autoridad judicial competente, pudiendo ser esta el juez civil o la Superintendencia de Sociedades a prevención sobre las sociedades sobre las cuales ejerce vigilancia, en lo que influirá a su vez lo pactado en el contrato respecto a la autoridad que conocerá de la oposición pudiendo, si se pactó, remitirse a un árbitro o tribunal de arbitraje.

Cabe aclarar, que la autoridad competente de conocer las oposiciones presentadas dentro del proceso deberán limitar su actuación a resolver este punto, quedándole restringido el pronunciamiento sobre cualquier otro tema objeto de la ejecución. En el evento en que se declaren probadas las causales de oposición se terminará el proceso, salvo que se trate de la causal establecida en el numeral 4 del Artículo 66 de la Ley 1676 (2013), esto es por “error en la determinación de la cantidad exigible”, evento en el que se reliquidará la obligación y se enviará el expediente a la entidad autorizada para continuar con el trámite de ejecución.

Como conclusión tenemos que el principal beneficio que se espera de la presente ejecución se encuentra en que al ser un trámite híbrido expedito, logrará una descongestión de los despachos judiciales.

II. EL IMPACTO DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA MOBILIARIA EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

1. Los procesos de insolvencia en Colombia.

Los procesos de insolvencia en nuestra legislación son el producto de diferentes hechos y etapas, que han permitido la evolución de estas normas

con un amplio desarrollo legal y jurisprudencial. Desde sus inicios estos procesos han pretendido la protección a la economía de nuestro país, cambiando su enfoque desde la principal protección al crédito hasta incluir como una finalidad la preservación de la empresa como parte fundamental de la economía al ser una unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.

Los procesos de insolvencia en nuestra legislación tuvieron su inicio con el Decreto 750 de 1940, denominado “Ley sobre quiebras”, el cual contenía un enfoque coercitivo, que pretendía que los comerciantes se sustrajeran de cometer hechos que afectaran el patrimonio social, llevándolos al estado de quiebra (Revista del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario), este proceso eminentemente liquidatorio podría tener repercusiones penales en el evento que se demostrara la mala fe del comerciante (Vélez L, 2011). No obstante es de advertir que este decreto fue declarado inconstitucional por considerar que el ejecutivo excedió sus facultades en su expedición (Sarmiento, L 1969).

En razón a la declaratoria de inconstitucionalidad y a la supresión del régimen de quiebras, se expidió el Decreto 2264 de 1969, con un cambio de enfoque trascendental pues, además de las regulaciones propias de la quiebra, trajo consigo dos nuevas figuras conocidas como el concordato obligatorio y el concordato preventivo, que sin lugar a dudas favorecía a los comerciantes en afujías económicas al permitir acudir ante el juez en caso del concordato preventivo y a la Superintendencia de Sociedades o Bancaria en caso del obligatorio, estableciendo que iniciado el trámite los acreedores no podían solicitar la quiebra del deudor, ni tampoco iniciar y continuar procesos ejecutivos contra de éste. Esta norma mantuvo el régimen penal de la quiebra, (Sotomonte, D 2005), sin tener en cuenta que no implicaba que cada vez que se diera una quiebra necesariamente existían conductas dolosas por parte del deudor.

Una vez se diera la homologación del concordato este “será obligatorio para todos los acreedores y el deudor, pero los acreedores prendarios o hipotecarios no serán perjudicados si se hubieren abstenido de votar”, de tal suerte que los acreedores prendarios hoy acreedores con garantías mobiliarias, no serían afectados en sus derechos en el evento que no se diese el voto positivo al concordato y para el caso de las quiebras los acreedores garantizados podrían ejercitar sus derechos hasta antes de la sentencia, en caso de no hacerlo el juez debería provisionar los recursos de la subasta para el pago de los créditos.

Aunque bastante innovadora, esta norma tuvo una duración bastante corta ya que fue derogada por el Decreto 410 de 1971, que, en el libro sexto, reglamentó el concordato y la quiebra, y como uno de los mayores cambios normativos se encuentra la ampliación de las facultades de la Superintendencia de Sociedades (Vélez, L 2011), así como la exclusión de los concordatos para las sociedad de carácter financiero.

La norma cambió el enfoque de lo que serían los presupuestos de admisión, al incluir el concepto de cesación de pagos llevando a un estudio por parte de la Doctrina de los conceptos de “*insolvencia*”, entendida como desbalance entre activos y pasivos, lo procedente era la quiebra, en tanto que si el origen era la “*iliquidez*”, la solución sería el trámite de un concordato” (Cuberos, G), en este decreto se mantuvo el régimen penal de la quiebra.

Este decreto, respecto a las obligaciones respaldadas con garantía real, estableció que los acreedores podrían tomar cualquiera de las siguientes decisiones;

- “1. Abstenerse de concurrir a las deliberaciones, o intervenir en ellas, pero sin votar las decisiones, para ejercitar sus acciones reales en forma legal y ante el mismo juez que esté tramitando el concordato, o
2. Intervenir, con voz y voto, sin menoscabo de la prelación legal que les corresponda para el pago del total de sus créditos hasta donde lo

permita el valor que se fije en el concordato para los bienes gravados, concurriendo a prorrata por el déficit con los acreedores quirografarios”.

Así las cosas, conforme a esta norma el acreedor garantizado podía abstenerse de participar en el concordato y podía ejecutar su garantía ante el juez que conoce del trámite y en las liquidaciones se mantuvo las normas existentes en el Decreto 2264 (1969). El Decreto 410, en este aparte, de fue derogado por el Decreto 350 de 1989.

Este nuevo Decreto 350 (1989) solo modificó lo concerniente a los concordatos quedando vigente las normas sobre la quiebra y entre los avances más importantes que trajo esta nueva regulación, se encontraba la ampliación del objeto de los concordatos, que se circunscribía a la protección del crédito, a como lo menciona el Artículo 2, la recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente de empleo.

Un tema de amplia discusión sobre estas normas fue el cambio de la cesación de pagos por la *“imposibilidad de cumplir”*, que fue considerada como un concepto “mucho más etéreo y de imposible prueba objetiva” (Cuberos, G). Por otra parte de la doctrina fue considerado como un criterio unificador que permite incorporar los conceptos manejados de cesación y suspensión de pagos (Sotomonte, D 2005).

Como lo mencioné anteriormente, esta regulación modificó de forma abismal los privilegios con los que contaba los acreedores con garantías reales, al estipular, en su Artículo 21, que éstos deberían hacer valer sus derechos dentro del proceso de concordato, con solo un privilegio al pago dentro del trámite concursal, impidiendo la ejecución de las garantías otorgadas; hecho que sin lugar a dudas afectaba a los acreedores, además de que era viable que los gravámenes pudieran ser levantados conforme a lo estipulado en el acuerdo.

En un corto tiempo y por cuenta de la necesaria reforma al código de comercio se expidió la Ley 222 de 1995, que a su vez modificó los procesos concursales, especificándolos en dos trámites fundamentales; (i) Un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y (ii) Una liquidación obligatoria respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor.

Adicionalmente se otorgaron facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades, quien conocería de los procesos de esta clase que adelantaran las sociedades mercantiles, mientras que los jueces civiles del circuito tendrían competencia respecto de los procesos de personas naturales. (Pereira, R 2006).

En la Ley 222 de 1995, al igual que en el Decreto 350 de 1989, se mantuvo la regulación respecto a los acreedores con garantía real, pues se afirma que estos continuarían con preferencia y orden de prelación al pago, pero la garantía se tenía que hacer valer dentro del concordato y una vez aprobado el acuerdo este podría establecer la cancelación o reforma de los gravámenes, pudiendo el acreedor ejercer sus derechos solo en el evento de un incumplimiento del concordato Ley 222 (1995) Art. 120 y 138. Esta nueva regulación derogó a su vez el Decreto 410 de 1971, en lo concerniente a las garantías reales en los procesos de quiebra, con la denominada liquidación obligatoria, en la que se estipuló que se levantarían los gravámenes y estos acreedores garantizados conservarían prelación al pago hasta el valor de la enajenación.

Esta norma estuvo en vigencia aun con la expedición de la Ley 550 de 1999, ya que esta última tendría una vigencia temporal en aras de afrontar la crisis financiera por la que atravesaba el país. Este nuevo régimen se circunscribió a los concordados ahora denominados acuerdos de reestructuración, creando, a la luz de la doctrina, criterios más objetivos para la solicitud de promoción, lo que facilitaría de forma innegable la iniciación de estos trámites junto con la ampliación del espectro de las sociedades que podrían beneficiarse del acuerdo de reestructuración.

Respecto al tratamiento de los acreedores con garantía real, se elevó a la misma categoría a quienes celebraron contratos de fiducia en garantía teniendo prelación sobre las acreencias distintas de las de primera clase. Cabe aclarar, que a partir de esta norma con un voto favorable de por lo menos el 60% de los créditos internos y externos válidos, se podía modificar la prelación para el pago de los acreedores de las obligaciones causadas antes del aviso de inicio del trámite concursal.

Por último, la Ley 1116 de 2006, respecto a los acreedores con garantías reales, hizo especial énfasis en la prelación de los créditos consagrada en nuestro código civil y es así como en el Art. 19 manifiesta que los acreedores externos son aquellos *“titulares de créditos ciertos que pertenezcan a una cualquiera de las cinco clases de créditos previstas en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil”*; aunado a esto tenemos que al igual que en la Ley 550 (1999) se faculta a modificar la prelación de créditos dentro del acuerdo de reorganización para fines de pago, pudiendo afectar a los acreedores, lo que sin lugar a dudas terminó afectando la posición de los acreedores con garantías reales, quienes además de no poder ejecutar sus garantías por ser vinculante el acuerdo, no podían hacer efectivos sus derechos sin atender la prelación de créditos conforme a nuestra legislación civil.

Como se pudo evidenciar, a lo largo de más de dos décadas desde la reforma del Decreto 350 de 1989, nuestra regulación de procesos de insolvencia limitó el ejercicio de los derechos de los acreedores con garantías reales, regulación que se mantuvo en el régimen de insolvencia empresarial de nuestro país, hecho que fue cambiado por la Ley 1676 de 2013, como estudiaremos más adelante, pues le otorgó beneficios a los acreedores con garantías reales que afectarán el desarrollo de los procesos de insolvencia.

2. La derogatoria de la prohibición del pacto pignoraticio.

Se debe recordar que en el Derecho Romano existía la “lex comisoría”, que permitía a las partes la inclusión de una cláusula dentro del contrato que facultaba a la resolución del mismo en caso de incumplimiento (Rubio, T 1961),

esta posteriormente se amplió a los denominados contratos de garantía y, en virtud de la “lex comisoría”, las partes podían estipular que en caso de incumplimiento en el pago de las obligaciones el acreedor tendría la facultad de hacerse propietario de la cosa dada en prenda (Petit, E 1910).

La normatividad no regulaba qué sucedía si la obligación había sido amortizada, lo que comenzó a generar abusos del derecho por parte del acreedor garantizado al apropiarse por valores inferiores al comercial de los bienes dados en prenda, lo que terminó “justamente prohibido por Constantino” (Petit, E 1910). En nuestra legislación civil esta misma prohibición se consagró así “*Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados*” Ley 57 (1887) Art. 2422, del mismo modo en nuestra legislación comercial en el Art. 1203 “*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*” Decreto 410 (1971).

Durante la vigencia de estas normas la Corte Suprema de Justicia, se refirió a los pactos que permiten la apropiación por parte del acreedor de los bienes dados en garantía de la siguiente forma;

“En virtud de esa restricción, se encuentran prohibidos aquéllos pactos que, ajustados al momento de la pignoración y para la hipótesis de incumplimiento, autoricen al acreedor a conservar o enajenar en forma amigable-y extrajuicio-la cosa prendada, en orden a satisfacer el derecho de crédito con esa atribución del dominio, o con el producto de la enajenación”

Dejando claridad que estos pactos si bien es cierto están prohibidos al momento de la pignoración, es viable su estipulación cuando los mismos se dan con posterioridad al incumplimiento y durante la ejecución del contrato de garantía, lo que permite resolver y pagar las obligaciones de forma celera, como sucede con las daciones en pago, mecanismo extrajudicial que permite al

deudor pagar con los bienes dados en prenda o hipoteca (C. S. J., Exp: 110013103018 1893 20302, Jaramillo, C).

La derogatoria del pacto pignoraticio, debía ser regulada de tal forma que evitara el abuso por parte de los acreedores garantizados. Por esta razón la LGM y el Decreto 1835 (2015), enfatizó que en los eventos de apropiación por pago directo y ejecución, la determinación del valor de los bienes deberían ser sometido al dictamen de un evaluador que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley 1673 (2013).

Tanto para el pago directo como para la ejecución especial, el avalúo, en caso de ser obligatorio, será conclusivo para las partes. Este dictamen solo podrá ser objetado por el garante y/o el acreedor garantizado cuando el motivo de la ejecución sea por la disminución del valor de los bienes dados en garantía por debajo del 60% respecto al valor para la fecha de constitución del gravamen.

Por lo anterior podemos afirmar que, además de la nueva estructura de las garantías mobiliarias, el principal cambio sin el cual esto no hubiese podido estructurarse, es la eliminación de la prohibición del pacto pignoraticio.

3. El riesgo moral

Previo al estudio del impacto de las garantías mobiliaria en los procesos de insolvencia, procederé a realizar un breve análisis del riesgo moral, del que podemos afirmar que es un concepto propiamente económico, el cual nace, entre otros, del cambio de la conducta de un individuo al sentirse protegido cuando asume riesgos mucho más altos (Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaria de Desarrollo Económico 2007, p. 12). “El concepto es simple: si compensas a las personas cuando les sucede algo malo, quizá se vuelvan menos cuidadosas” (Harford, T. 2013, p. 203), problema en el que pueden incurrir los acreedores al sentirse demasiado seguros con las garantías otorgadas.

En los mercados financieros se ha planteado como situaciones de “información asimétrica, el riesgo moral y la selección adversa, los cuales son inherentes al sistema” (Departamento Nacional de Planeación [DNP] 2005 No. 1), afectan las negociaciones que se desarrollan en los mismos, debiendo desarrollarse mecanismo que los mitiguen, como es un regulador más especializado y fuerte.

La presencia del riesgo moral es inherente a la ejecución de las diferentes operaciones realizadas por los actores del mercado, quizás motivados por la asunción de riesgos más altos en búsqueda de mayores rentabilidades o por tener la posibilidad de acudir a los gobiernos en búsqueda de respaldos por las pérdidas generadas (International Monetary Found 2008), lo cual ha quedado en evidencia en las diferentes crisis financieras que se han vivido a lo largo de la historia donde el riesgo ha estado presente.

En todo caso vale la pena anotar que, en la mayoría de los casos, esas crisis no fueron atribuibles a falta de regulación prudencial o a falta de controles por parte de los reguladores de las entidades financieras, sino que, se reitera, normalmente se desencadenaron por la necesidad de generar negocios con utilidades más altas.

Este riesgo, no solo se predica de las operaciones realizadas en mercados bursátiles, derivados o capitales, ya que se ha estudiado que al otorgar seguridades a las entidades financieras respecto de los recursos depositados por los ahorradores, como en nuestra regulación el seguro de depósito, puede generar riesgo moral en las entidades y sus administradores (Victoria, E 2008), al sentirse protegidos, por los gobiernos que responderán en un porcentaje o en su totalidad por las obligaciones adquiridas por el establecimiento para con los ahorradores.

El ejemplo más utilizado por la doctrina respecto al riesgo moral derivado de las asimetrías de la información, se encuentra en los contratos de seguro en los cuales el agente, en algunos casos, realiza los mínimos esfuerzos para evitar la materialización del riesgo, pues será el asegurador quien internalice el costo del siniestro. (Posner, R (2013).

Por otra parte, al analizar el riesgo moral en operaciones activas de crédito, se ha mencionado cómo en la crisis de los créditos hipotecarios de la década de los noventa en nuestro país, “la trayectoria de las entidades demostraba que existía un riesgo moral elevado en el otorgamiento de crédito y en el manejo de la cartera” (Ordoñez, 2003, p. 7), ya que se consideraba que al tener una garantía como la hipoteca se encontraba asegurado el pago de las obligaciones aún sin el cumplimiento del pago por parte del deudor, y tan solo bastaría la ejecución de la garantía, reduciendo las entidades los esfuerzos para la materialización del riesgo (Park, I. U. 2004).

Respecto al presente estudio en concreto, tenemos que los beneficios de exclusión y pago prevalente de las obligaciones garantizadas con garantía mobiliaria en procesos de insolvencia Ley 1676 (2013) y el [D. 1835/2015 (Art)s. 2.2.2.4.2.31- 2.2.2.4.2.52], puede generar en los acreedores, en especial las entidades financieras, fallas en el proceso de otorgamiento de crédito al sentirse demasiado confiados con el colateral, descuidando el cumplimiento de las normas del sistema de administración de riesgo de crédito SARC, esto por contar con garantías con beneficios que los protegerán en procesos de insolvencia, más aun teniendo en cuenta que los recursos con los que se otorgan los créditos a los consumidores son captados del público (Ochoa, Galeano y Agudelo 2010, p. 194).

4. El riesgo moral en los procesos de insolvencia con el nuevo régimen de garantías mobiliarias.

Los procesos de insolvencia en la actualidad se encuentran regulados por la Ley 1116 (2006), denominado régimen de insolvencia empresarial, la cual se edificó en los siguientes principios; universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad, los cuales han tenido un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Los principios como los de igualdad y universalidad se pueden ver afectados por los cambios de la LGM y su Decreto 1835 (2015), por lo que es necesario

realizar la revisión del régimen existente y los cambios suscitados por esta nueva norma.

Los acreedores con garantías reales dentro de los procesos de reorganización antes de la Ley 1676 (2013), se encontraban sin la posibilidad de poder hacer efectivas sus garantías ni iniciar procesos de ejecución, gozando solo con una prelación al pago, debiendo acogerse al principio de “par conditio creditorum”, alocución latina que significa “igual condición de crédito” (Barrero, A 2013 Pág. 53), salvo por la prelación establecida en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil.

Dentro de los beneficios otorgados por el Art. 50 de la LGM en los procesos de reorganización, a diferencia de lo que se venía manejando en estos procesos concursales podemos contar con;

- a) **Continuación e Inicio de ejecuciones:** Una vez se da el inicio del proceso de reorganización no se puede iniciar ni continuar procesos de ejecución contra el deudor Ley 1116 (2006) Art. 20, no obstante esto fue modificado por la Ley 1676 (2013) Art. 50 Inc. 1, al permitir iniciar⁴ la ejecución dentro del proceso, ante el juez del concurso siempre que esta recaiga sobre bienes “no necesarios para la actividad económica del deudor” Ley 1676 (2013) Art. 50.

La norma en cita fue desarrollada por el Decreto 1835 (2015) en su Art. 2.2.2.4.2.37, que permite el inicio del proceso de ejecución de la garantía sobre bienes necesarios para la actividad económica, esto una vez confirmado el acuerdo, cuando el acreedor no votó o votó negativamente el acuerdo. En este mismo sentido se podrá iniciar la ejecución de los bienes no necesarios. Desde el inicio del proceso, el juez del concurso permitirá la ejecución una vez en firme la calificación y graduación de créditos.

⁴ “**Artículo 2.2.2.4.2.33. Solicitud de ejecución de los bienes en garantía.** El acreedor garantizado, a partir de la apertura del proceso de reorganización, podrá solicitar al juez del concurso la autorización para la iniciación o continuación de la ejecución de las garantías sobre bienes muebles o inmuebles no necesarios...”

- b) Bienes Depreciables:** El acreedor que cuente con garantía mobiliaria sobre bienes de alta depreciación (Ejm: computadores), podrá solicitar al promotor y al juez del concurso una de las siguientes posibilidades; (i) sustitución de la garantía, (ii) la dotación de reservas y (iii) pagos anticipados para compensar la pérdida de valor por la depreciación.
- c) Intereses Reconocidos y Pago de las Obligaciones:** El régimen de insolvencia preceptúa que a partir de la presentación de la solicitud le está prohibido al deudor realizar pagos, solo estando autorizado para cancelar obligaciones propias del giro de los negocios como lo son “laborales, fiscales y proveedores”. Ahora bien, la LGM prevé que el promotor deberá reconocer las obligaciones garantizadas junto con sus intereses.

Por otra parte, para el caso de las obligaciones garantizadas pactadas a plazos o pagos por instalamentos que se encuentren al día, por el inicio del proceso de reorganización no se harán exigibles, pudiendo restituirse el plazo de las obligaciones que se encuentran incumplidas, si se cancelan los valores adeudados causados antes del inicio del trámite de reorganización, de tal forma que se le concederá el pago de las obligaciones a diferencia de los acreedores que participan en el acuerdo.

Adicionalmente el decreto reglamentario de ejecución otorgó el beneficio con el que contaban los contratos leasing⁵ al considerar que las obligaciones que se generen con posterioridad al inicio del proceso se consideraran gastos de administración Decreto 1835 (2015) Art. 2.2.2.4.2.39.

- d) Cambio de la Clasificación de las Obligaciones no Garantizadas:** El acreedor garantizado que vote el acuerdo positivamente, en caso de tener obligaciones sin garantía podrá solicitar que estas se reconozcan

⁵ “El incumplimiento en el pago de los cánones causados con posterioridad al inicio del proceso podrá dar lugar a la terminación de los contratos y facultará al acreedor para iniciar procesos ejecutivos y de restitución, procesos estos en los cuales no puede oponerse como excepción el hecho de estar tramitándose el proceso de reorganización”

como crédito garantizado obteniendo la prelación al pago, esto claro, hasta el tope de la obligación realmente garantizada.

Por otra parte, en el evento de una liquidación la LGM en su Art. 52, preceptuó que el acreedor garantizado con una garantía real inscrita en registro o con prelación producto de la tenencia de los bienes, tendrá el derecho de solicitar la exclusión de los mismos, la cual, según el Decreto 1835 (2005), se consolidará bien sea producto de la entrega de los bienes o con el pago con el producto de la venta de los bienes.

Este decreto, de igual modo, permite que el acreedor garantizado se haga parte dentro del proceso liquidatorio, aun habiéndose hecho presente fuera del término para la presentación de los créditos⁶, entendiéndose que pierde el beneficio de exclusión, de tal forma que el bien es tratado como parte de la masa del patrimonio a liquidar, pero el liquidador tiene la obligación de constituir un depósito judicial a favor de dicho acreedor por el valor de la venta del bien, este derecho al pago solo se dará cuando exista suficiencia del activo para cancelar los créditos legalmente postergados.

Estas estipulaciones regulatorias no son ajenas a otras legislaciones, por ejemplo en Argentina en los procesos liquidatorios, si bien es cierto no se produce como en nuestra regulación una exclusión inmediata, sí se aparta el bien del proceso y, con el producto de la enajenación, se cancelan las obligaciones garantizadas. Cabe aclarar, que esta facultad no es absoluta pues con la reforma de la Ley 26.648 (2011) a la Ley 24.522 (1995), se limitó en la quiebra el ejercicio de estos derechos cuando los bienes sean necesarios para la continuidad de la explotación económica (Ángel, M 2014). Por otro lado en la legislación española, en el Artículo 56 de la Ley 22 (2003), se estipula que los acreedores con garantía real sobre bienes “necesarios para la continuidad de

⁶ Decreto 1835 de 2015, Art. 2.2.2.4.2.47 Parágrafo 1 “Sin perjuicio de la obligación de comparecencia al proceso de liquidación judicial, la no concurrencia o la concurrencia por fuera del término dispuesto en el artículo 56 de la Ley 1116 de 2006 del acreedor garantizado, se entenderá en el sentido de que accede a que su bien se trate como parte del patrimonio a liquidar y sea enajenado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la mencionada ley, siendo obligación del liquidador constituir un depósito judicial a favor del acreedor garantizado por el valor del bien en garantía o adjudicarlo al acreedor garantizado”

su actividad profesional” del concursado deberán suspender y no podrán iniciar ejecuciones, esto a pesar de que estas normas siempre propendieron por permitir la ejecución de los acreedores hipotecarios y pignoratícios con privilegio a los demás acreedores (Carrasco, Á 2015).

En la regulación Argentina, previendo estas situaciones, se establece un periodo de sospecha más largo que el previsto en nuestra legislación, comprende los dos años anteriores desde el momento que se cuenta con el auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo Ley 24.522 (1995) Art. 116.

Otra de las diferencias con nuestra legislación, es la declaración de ineficacia de pleno derecho de ciertos actos realizados en el citado periodo de sospecha dentro de los cuales tenemos;

“1) Actos a título gratuito; 2) Pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; 3) Constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía.” (Ley 24.522 de 1995 Art. 18)

Si bien la ineficacia de pleno derecho para la constitución de gravámenes y en un periodo de sospecha extendido, pueden mitigar el riesgo moral, no es menos cierto, que puede terminar aumentando los costos de transacción, por el riesgo y la inseguridad jurídica que generan este tipo de estipulaciones legales.

En este punto es importante analizar si las citadas modificaciones a nuestro régimen de garantías, se adecuan a los principios de la Ley 1116 (2006), en especial los siguientes; primero la universalidad, la cual preceptúa que la totalidad de acreedores y a su vez la totalidad de bienes del deudor, quedaran vinculados a los procesos de insolvencia. Cabe aclarar, que la exclusión planteada por la LGM no es absoluta, ésta se encuentra limitada por el valor de los bienes respecto al valor de las obligaciones y por la obligatoria participación por los interesados en el proceso concursal y segundo la igualdad, que no es

otra cosa que el trato igualitario a los acreedores en procesos de insolvencia salvo las reglas de prelación. (Barrero, A. 2013, p. 21).

Lo anterior debemos estudiarlo en concordancia con los amplios pronunciamientos de las altas cortes que han considerado que “Los principios más importantes de los procesos concursales son el de universalidad e igualdad entre acreedores, también conocido como par *conditio omnium creditorum* (C. Const, T-079/2010, Vargas, L)”.

En lo que respecta al principio de universalidad ⁷, de acuerdo al pronunciamiento de la sentencia (C. Const, T-316/2009, Vargas, L) la corte sostuvo que en nuestra regulación no se podrán realizar ejecuciones “extraconcursoales”, por cuanto, conforme a este principio, el proceso atrae la totalidad de los bienes del deudor y como acertadamente lo mencionó “no sería posible si a cualquier acreedor se le permitiera sustraerse del trámite liquidatorio para buscar el pago por fuera de dicho proceso”. Conforme a esto la LGM obliga que las ejecuciones y exclusiones se deban hacer dentro de los procesos concursales.

Por otra parte, el principio de igualdad, otro de los pilares fundamentales que gobierna los procesos de insolvencia, del cual mediante sentencia (C. Const, T-079/2010, Vargas, L) la corte manifestó que la igualdad es el “nervio del debido proceso en un trámite concursal”, afirmando que el cumplimiento del mismo persigue los siguientes principios constitucionales; (i) vigencia de la igualdad formal; (ii) protección del debido proceso sustancial y el cumplimiento del objeto del proceso concursal y (iii) la manifestación del principio democrático. Cabe aclarar que, adicionalmente el pronunciamiento hace referencia a la igualdad material propia del estado social de derecho, la que se encuentra regulada en nuestra regulación civil a través de la prelación de créditos, que da especial protección a los derechos laborales y pensionales, impuestos y por último a los acreedores garantizados, los cuales, a pesar de ser acreedores con garantía mobiliaria, éstos no podrán hacer uso de los

⁷ CConst, T-316-2009, L Vargas, Principio de Universalidad.

derechos y preferencias otorgados por la LGM por fuera del concurso, debiendo presentarse junto con los demás acreedores.

Por último y para el caso en concreto, debemos observar como la corte constitucional, respecto a la exclusión de los bienes dados en garantía en procesos de liquidación, expresó “es posible advertir que la ley no pretende cambiar la calificación de los créditos de los acreedores con garantía mobiliaria” (C. Const, C-447/2015, M. González). .

Si bien es cierto que las modificaciones al régimen de garantías, propende por el cumplimiento del propósito con el cual se constituyen estas cauciones que no es otro que una pronta y segura recuperación de los créditos en caso de incumplimiento, con lo que no cuenta nuestra regulación es la forma de evitar que se configurara el riesgo moral de las partes, que podría afectar los procesos de insolvencia.

4.1. La aplicación de los beneficios otorgados a los gravámenes hipotecarios.

Por último es momento de hacer una importante mención sobre los créditos garantizados con hipoteca que, como se mencionó en anterioridad, es una de las denominadas garantías reales. Al realizar la revisión de los artículos del 50 al 52 de la LGM, tenemos que se menciona que estos privilegios en los procesos de reorganización y liquidación se aplican a las garantías reales, motivo por el cual se encuentra incluida la hipoteca.

Sobre este tema la Superintendencia de Sociedades manifestó que se había generado una nueva especie de acreedor garantizado, por los beneficios que obtuvo dentro de los procesos de insolvencia este concepto ampliado a las hipotecas. Por otra parte en este pronunciamiento se manifiesta que los privilegios a acreedores beneficiarios con hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley no serían aplicables los beneficios por no contar con las características de oponibilidad y registro; en este punto si bien es cierto que no le son aplicables estos conceptos a las

garantías inmobiliarias no es por el mero capricho del legislador, ya que las hipotecas cuentan con su propia regulación en el Art. 2435 del Código Civil, el cual preceptúa la oponibilidad frente a terceros a través de la inscripción del gravamen en las oficinas de registro de instrumentos públicos, quedando en entredicho la no aplicabilidad de estos beneficios para las garantías hipotecarias otorgadas previamente a la entrada en vigencia de la ley.

5. El riesgo moral por las partes.

Los acreedores financieros cuyos deudores eventualmente puedan verse avocados a un procesos de liquidación o reorganización se pueden ver motivados, en razón a los beneficios otorgados, a no tener la debida diligencia en la evaluación de la capacidad de pago del acreedor, olvidando la conocida premisa de las áreas de riesgo de las entidades financieras de que “la garantía no hace al crédito”.

La circular básica contable y financiera establece que el otorgamiento de crédito se deberá basar en el conocimiento del cliente y la capacidad de pago, teniendo en cuenta aspectos de la operación del deudor como son las condiciones financieras, fuentes de pago y condiciones macroeconómicas. Del concepto anterior podemos afirmar que las garantías son tan solo un elemento del riesgo de crédito, sin poder los establecimientos de crédito otorgar préstamos tan solo en razón a las mismas (Superintendencia Financiera de Colombia [Superfinanciera] 1995). Lo anterior se deriva de la naturaleza propia de los contratos de garantía, pues los mismos son, como se ha denominado, un respaldo excepcional, que permite el pago privilegiado frente a otras acreencias (Rincón, E. 2005, p. 5).

Por otra parte, los deudores se pueden ver avocados a realizar operaciones con garantías mobiliarias, sin una contraprestación real, en búsqueda de los beneficios otorgados por la ley, al poder excluir bienes de considerable valor de la masa objeto de la reorganización o liquidación.

Ahora bien, para castigar las actuaciones fraudulentas que el deudor haya realizado previo al inicio del proceso de reorganización o liquidación, nuestra legislación contempla las acciones de revocatoria y simulación de la Ley 1116 de 2006, que son procedentes contra la constitución de gravámenes cuando estos afecten a los acreedores y si esto se ha realizado, entre otras, dentro del denominado periodo de sospecha, que comprende un término de 18 meses anteriores a la solicitud del trámite concursal (C. Const, C-527/2013, J. Palacio). Este término puede quedarse corto y limitar de esta forma el ejercicio de los derechos de los acreedores, más aun si se tiene en cuenta que para la prosperidad de la acción se deben probar requisitos como; la mala fe, insuficiencia de bienes, que exista nexo causal directo entre la negociación y el detrimento y por último que se afecte la prelación de pagos, (Barrero, A. 2013, p. 82). Además se presentan limitaciones propias de los tipos penales con los que cuenta hoy nuestra regulación.

En los procesos concursales el riesgo moral, entendido como una de las formas de asimetría de la información, se puede presentar pues el deudor es quien cuenta con el conocimiento real de la situación financiera de la sociedad. En consecuencia, como lo menciona Juan Goldenberg, tiende a postergarse el inicio del proceso de insolvencia, como quiera que por cuenta de sus pasivos “saldrán con las manos vacías”. Motivación que los podría llevar a sacar los bienes de la sociedad y trasladar estos riesgos a los acreedores, “generando un problema de riesgo moral.” (Goldenberg, J (2012)

III. LA MITIGACION DEL RIESGO.

1. La Circular Externa 032 de 2015, como fuente de la mitigación del riesgo.

Como se mencionó anteriormente los establecimientos de crédito en los procesos de otorgamiento de crédito deben revisar ciertos factores del cliente y su entorno económico. Es así como la Superintendencia

Financiera, en la circular básica contable y financiera, establece que como mínimo la entidad deberá valorar los siguientes parámetros;

- a. Información previa al otorgamiento del crédito;** Entendida como aquella que comprende todas las condiciones del contrato de crédito, como lo son la tasa de interés corriente y moratorio, el capital de la obligación, comisiones, derechos de la entidad acreedora y derechos del deudor.

- b. Selección de variables y segmentación de portafolios;** De acuerdo al portafolio de la entidad ésta deberá realizar la selección de variables que busca homogenizar los sujetos de crédito por el perfil de riesgo de la entidad, con lo cual se permitirá diversificar y evitar concentraciones, por deudor, sector económico, grupo económico, factor de riesgo, etc.

- c. Capacidad de pago del deudor;** Es la evaluación realizada al deudor y todo aquel obligado al pago de los créditos, en la que se debe analizar, el flujo de caja, la solvencia patrimonial, el endeudamiento, comportamiento de pago junto con la evaluación de riesgo; financieros, de mercado, de tasa de cambio y de interés y los riesgos de contagio.

Por último y como tema relevante para el presente estudio, la norma pide se observe un parámetro adicional que son las garantías, sobre las cuales señala que las garantías idóneas son aquellas; (i) “que ofrezcan un respaldo jurídicamente eficaz al pago de la obligación garantizada” y (ii) “cuya posibilidad de realización sea razonablemente adecuada”, esto en búsqueda de que el establecimiento de crédito al estudiar los colaterales otorgados por el deudor, siempre establezca la capacidad de recuperación dado el incumplimiento vía ejecución de los bienes.

La expedición de la LGM, al ampliar el espectro de los bienes que pueden ser otorgados en garantía, hizo necesaria una armonización de la

regulación comercial y financiera, por lo que modificó parte de las normas que regulan a los establecimientos de crédito, en especial sobre admisibilidad e idoneidad de las garantías, con el recientemente expedido Decreto 466 de 2016 que modificó el Decreto 2555 de 2010 y en la Circular 029 de 2014 y la Circular Externa 032 de 2015.

La Circular Externa 032 de 2015, modificó el Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera en materia de valoración de garantías y elevó a la categoría de garantía idónea a las garantías mobiliarias, buscando dar pautas generales sobre el tratamiento de estos colaterales, lo que puede ayudar a mitigar el riesgo moral del acreedor.

La clasificación de las garantías mobiliarias como garantías idóneas, no puede ser entendida por los establecimientos de crédito de forma absoluta para todos los colaterales que se adecuen a los presupuestos de la LGM, como quiera que este carácter solo podrá otorgarse a aquellas que ofrezcan respaldo jurídicamente eficaz al pago de la obligación y que la realización sea razonable.

El análisis no se debe limitar a las características con las que deben contar las garantías, debiendo realizar la valoración de los bienes, resaltando los siguientes aspectos; para el caso de bienes nuevos, su valoración se determina por el valor de la factura de venta y cuando sean usados deberán contar con un avalúo técnico. Adicional se debe realizar la actualización del valor de los bienes dados en garantía, que en la mayoría de los casos se realizará mediante la metodología de depreciación línea recta directa.

Existen bienes que pueden ser entregados en garantía mobiliaria junto con su bienes derivados o atribuibles, como en el caso de algunos intangibles, en los que esta metodología de depreciación para obtener la valoración de las garantías no sería aplicable, caso en el cual se pide que la entidad desarrolle una metodología técnica de valoración, la cual deberá estar a disposición de la Superintendencia Financiera.

Las entidades vigiladas deberán estructurar una metodología técnica que tenga en cuenta la naturaleza de los bienes, el mercado, el valor presente de la garantía y la liquidez al momento de la realización, pues no es suficiente contar con la garantía sobre los bienes y un expedito mecanismo de ejecución, es necesario medir el riesgo por el incumplimiento versus la recuperación por vía de ejecución. Esta medida dentro de las buenas prácticas debería estar acompañada con la estructuración al interior de los establecimientos de crédito de áreas especializadas en activos que permitan hacer el estudio de los mismos.

La implementación de todas estas medidas de regulación prudencial reducirá el riesgo moral, en la que a la constitución de garantías mobiliarias se refiere, pues no será suficiente con tener la garantía y sus beneficios, de ejecución y exclusión en procesos de insolvencia, ya que la entidad deberá tener un control del valor de los bienes en garantía, lo cual tiene todo el sustento a la luz de lo regulado en la Circular Externa 038 de 2008, que trajo el Sistema de Control Interno, que busca entre otros objetivos mejorar la eficiencia y eficacia en las operaciones de las entidades vigiladas y realizar la gestión adecuada del riesgo.

2. El delito concursal.

Es necesario en este punto hacer claridad entre la diferencia existente en las dos actuaciones que puede incurrir un deudor en su ánimo de defraudar a sus acreedores con la constitución de garantías.

La acción revocatoria, esta figura tiene su germen en la legislación civil con la denominada acción pauliana, la cual se da cuando el deudor comete actos en perjuicio de los acreedores. Los actos ejecutados antes de la apertura del concurso, dentro de los cuales tenemos el otorgamiento de hipotecas, prendas y anticresis, estas dos últimas hoy denominadas garantías mobiliarias. Los acreedores podrán solicitar se rescindan, cuando en estos se evidencie la mala fe del adquirente y el otorgante, por el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor (Código Civil, Art. 2491), es evidente en este punto que el

Art. 74 de la Ley 1116 de 2006, es una norma de similares características a la mencionada, en ambas estipulaciones debe estar presente el conocimiento de la mala fe de las partes del contrato.

Por otra parte la acción pauliana, es aquella en la cual las estipulaciones privadas son contrarias a las negociaciones públicamente realizadas, hecho por el cual no producen efecto frente a los terceros (Código Civil, Art. 1766), para poder afirmar la existencia del fraude pauliano es necesaria la existencia de los siguientes elementos; (i) eventos damni, que es el perjuicio de los derechos de los acreedores y el (ii) consillium fraudis, en el cual el acto o negocio es realizado de mala fe como lo menciona la sala civil de la Corte (C. S. J., Exp: , 11001 02 03 000 2003 00129 01 Munar, P).

En los albores de los procesos concordatarios, como se mencionó anteriormente, estaba consagrado un régimen penal de la quiebra, el cual presuponía la mala fe por parte del deudor, con un enfoque coercitivo en el cual por la sola condición de ser un deudor en problemas económicos se entendía el dolo en sus actuaciones. Es así como desde el Decreto 750 de 1940 hasta el Decreto 410 de 1971, se mantuvieron las consecuencias penales las cuales vinieron a cambiar con la expedición de la Ley 222 de 1995 que suprimió el régimen penal en estos procesos.

Aunque fue un gran avance el cambio de enfoque que se dio con la expedición de la Ley 222, nos queda un cuestionamiento y es; ¿Qué consecuencias debe afrontar el deudor que con anterioridad al proceso de insolvencia cometa actos dolosos como son los simulados y/o fraudulentos, como la constitución de garantías sin la contraprestación del giro de los negocios?, a pesar de no existir un régimen penal de los procesos de insolvencia o como lo ha denominado la doctrina internacional “el delito concursal”, nos lleva a cuestionarnos ¿estas actuaciones quedarían en la impunidad, tan solo con las consecuencias civiles y las derivadas de la inhabilidad del ejercicio del comercio cuando se acrediten las conductas mencionadas en el Art. 83 de la Ley 1116 (2006), o por el contrario deberían tener consecuencias penales?

En la búsqueda de tipos penales con los que cuente hoy nuestra legislación que se pudiesen adecuar a las conductas realizadas por los deudores podría pensarse en la aplicación del Art. 17 de la Ley 1474 (2011), denominado el Estatuto Anticorrupción, el cual incluyó medidas penales para afrontar la corrupción tanto pública como privada en el cual se consagró que;

“El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad ... causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios” Ley 1474 (2011) Art. 17.

En este tipo penal, si bien es cierto se castiga la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad y el sujeto activo de la conducta vienen siendo los administradores, socios o vinculados con la sociedad, no es predicable de las actuaciones de un deudor previo al inicio de un proceso concursal, pues cuenta con un sujeto pasivo específico que son los socios que se vean perjudicados económicamente, impidiendo que sea una acción que pudiese beneficiar a los acreedores dentro del proceso de insolvencia, lo que se reafirma al estudiar la exposición de motivos del proyecto de ley, que preceptuó dos elementos esenciales de este tipo penal que son; (i) “la existencia de un acto desviado... y (ii) un perjuicio al ente al cual se representa o en el cual se labora”. Por lo anterior podemos concluir que intentar el inicio de esta acción por la disposición realizada dentro del proceso de insolvencia a través de la constitución de garantías mobiliarias, sería una acción fallida por la atipicidad objetiva de la conducta.

Si bien es cierto podría pensarse en adecuar conductas a delitos como el alzamiento de bienes en el entendido que hay actuaciones fraudulentas, tipo penal que difícilmente podría prosperar en razón a que el negocio causal tendría origen en una negociación contractual civil y el derecho penal es considerado la última ratio, impidiendo resolver de esta forma las discusiones

de contenido civil en el ámbito penal, se puede afirmar que hoy en día nuestra legislación no cuenta con delitos concursales que sancionen conductas como las que se han analizado anteriormente.

Por ejemplo, en legislaciones como la Española aun cuentan con las denominadas “insolvencias punibles”, las cuales se dividen en dos tipos penales, el primero son las actuaciones que pueden desencadenar u ocultar el estado de insolvencia (Código Penal Español Art. 259.1) y por otra parte aquellas actuaciones tendientes a que previo al inicio del concurso se dé la disposición de los bienes para el pago de créditos no exigibles y la facilitación de garantías sin la debida contraprestación económica (Código Penal Español Art. 260 No. 1), siendo este último el objeto del presente estudio al contar con elementos como sea la existencia del concurso y el otorgamiento de la garantía.

Este tipo penal en sus inicios era una norma muy parecida a la contenida en las normas concursales de nuestra legislación en la denominada época peligrosista⁸, al considerar casi de forma objetiva que quien fuese declarado en concurso será acreedor de una sanción privativa, normas sustancialmente modificadas por la Ley Orgánica 1/2015, que terminaron reformulando el tipo penal al que actualmente cuenta la legislación española.

Este tipo penal cuenta con elementos interesantes, el primero de estos es que el deudor como sujeto activo deberá contar con una característica especial y es estar en un estado de insolvencia actual o inminente (Barja, J 2015) y por otra parte tenemos que la norma no limitó el pago de las obligaciones o el otorgamiento de la garantía siempre que estas operaciones se realicen con la debida justificación económica o empresarial.

En este punto considero que la adopción de un tipo penal con estas características sería muy favorable a nuestra legislación, bajo la consideración de carecer de una responsabilidad objetiva para el deudor en el marco de un

⁸ “la *etapa peligrosista* que se inicia en 1940 y culmina en 1969 donde se criminaliza de manera objetiva la insolvencia empresarial”

proceso de insolvencia, permitiendo a su vez el cumplimiento de los fines preventivos de la pena, más aun con los grandes riesgos de insolvencia vía el otorgamiento de garantías mobiliarias.

3. Cláusulas de garantía negativa

Llegando a este punto se hace necesario apreciar si el riesgo moral se puede mitigar con la inclusión de las denominadas cláusulas de Garantías Negativas (“Negatives Pledges”) en los contratos de crédito, figura muy desarrollada en contratos financieros sindicados como el Loan Master Agreement, que en su clausulado se refiere a éstas como la imposibilidad de otorgar garantías a terceros⁹.

Sobre estas cláusulas de garantía negativa podemos afirmar que son estipulaciones en las que se pacta obligaciones de no hacer que se traducen en abstenerse de realizar un acto determinado en el contrato (Pérez, A. 2011).

La cláusula debe configurarse de tal forma que permita establecer límites a los bienes muebles e inmuebles que puede otorgar el deudor en garantía, lo cual debe a su vez atarse a las cláusulas de incumplimiento contractual y aceleración de la exigibilidad de las obligaciones dinerarias.

El fundamento de estas cláusulas no es la mera limitación de la disposición en garantía de los bienes del deudor, sino por el contrario, asegurarse de mantener una buena situación patrimonial y financiera de éste (Gipster M, 1999), ya que en parte a la solidez patrimonial con la que contaba al momento en que se otorgaron los créditos, los acreedores entregaron sus recursos que se pueden ver afectados en un proceso de insolvencia.

Como se mencionó anteriormente esta cláusula tiene un contenido de obligaciones de no hacer, en el evento que el deudor desconozca esta

⁹ “a) No obligor shall (and the Company shall ensure that no other member of the Group will) create or permit to subsist any Security over any of its assets”.

estipulación el acreedor que se vea afectado podrá iniciar las acciones derivadas del actuar fraudulento (Código Civil, Art. 2491) y la acción pauliana (Código Civil, Art. 1766) si en el actuar del garante se demuestran los elementos para iniciar estas acciones, no obstante el acreedor a su vez podrá aplicar la cláusula aceleratoria de las obligaciones en el evento de que se encuentre pactada por las partes, por el incumplimiento de las estipulaciones del contrato de crédito, permitiéndose cobrar anticipadamente la totalidad de las obligaciones por el vencimiento anticipado del plazo.

No obstante lo anterior se debe analizar que las mencionadas garantías negativas, al pretender impedir o limitar la constitución de garantías mobiliarias se puede considerar como cláusulas abusivas [L. 1328/2009 (Art.) 11], ya que podría llegar a ser fuente de la limitación de los derechos de los consumidores.

Se ha mencionado que una cláusula tendrá la condición de ser abusiva cuando “se den tres condiciones: que no se negocie individualmente, vulnere el principio de buena fe y cause un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes” (ADICAE, 2014), de tal suerte que se podría identificar que no sea negociada al tratarse de contratos de adhesión y que cause un desequilibrio, pues impediría al consumidor financiero otorgar garantía a otros acreedores, pudiendo limitar a su vez el desarrollo de las operaciones propias del negocio.

Por lo anterior y en aras de poder brindar una seguridad a las entidades financieras que les permita mitigar el riesgo moral derivado de la constitución de garantías mobiliarias por el acreedor previo al inicio de procesos de insolvencia, estas cláusulas de garantía negativa, deben ser revisadas a la luz de los principios que rigen las normas del consumidor financiero, en especial la debida diligencia, pues al armonizar estas cláusulas con este principio, facultará la constitución de estos gravámenes sin que lleguen a limitar los derechos de los consumidores financieros.

IV. CONCLUSIONES

La ley de garantías mobiliarias tiene como objeto permitir el acceso al crédito, al ampliar el espectro de los bienes que puede otorgar en garantía un deudor a sus acreedores, para dar cumplimiento a lo anterior hizo uso de tres herramientas fundamentales que son: el registro, la prelación y la ejecución.

Dentro de las modificaciones que trajo consigo la norma encontramos que se creó un registro único y económico de fácil acceso que disminuye los costos de transacción del otorgamiento de las garantías mobiliarias, creando a su vez novedosos mecanismos para realizar las garantías a través de la ejecución especial y el pago directo, figuras que propenden por la descongestión judicial y por el cumplimiento de los fines por los cuales un deudor entrega en prenda sus bienes a un determinado acreedor y es el pago de sus obligaciones insolutas en caso de un incumplimiento.

Esta norma no solo modificó el régimen de garantías existente, a su vez trajo consigo importantes cambios al régimen concursal y de insolvencia de nuestro país, esto al otorgar beneficios consagrados en los Arts. 50, 51 y 52 de la LGM, lo que podrá acarrear riesgos morales para los deudores al poder excluir bienes de los procesos concursales y para los acreedores al sentirse demasiado seguros por las garantías otorgadas sin evaluar la capacidad de pago del prestatario.

La LGM, produjo un cambio a la regulación existente sobre garantías admisibles e idóneas, lo que propenderá por la mitigación de los riesgos morales de las entidades vigiladas, pues deberán tener un adecuado control de sus garantías y su valoración.

Por último aunque en su época fue un gran avance la supresión del régimen penal de la quiebra, no podemos olvidar los fines preventivos de la pena cuando el deudor en afugias económicas comete actuaciones dolosas que

perjudiquen a sus acreedores, por lo que se debería reincorporar el delito concursal en nuestra legislación.

Referencias.

Normas.

1. Proyecto de Ley 200 de 2012 (14 de Marzo de 2012), por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.
2. Ley 1676 de 2013 (Agosto 20), por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias, Diario Oficial No. 48.888.
3. Ley 1116 de 2006, (Diciembre 27), por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 46.494.
4. Decreto 1835 de 2015, (Septiembre 16), por el cual se modifican y adicionan normas en materia de Garantías Mobiliarias.
5. Ley 1328 de 2009
6. Ley 1480 de 2011
7. Decreto 410 de 1971, (Marzo 27), por el cual se expide el código de comercio.
8. C.C. Art. 2495.
9. Decreto 750 de 1940
10. Decreto 2264 de 1969
11. Decreto 350 de 1989
12. Ley 222 de 1995
13. Ley 550 de 1999
14. Ley 1474 de 2011

Jurisprudencia.

1. C. Const, T-079-2010, L Vargas, Principio de Igualdad

2. C. Const, T-316-2009, L Vargas, Principio de Universalidad.
3. C. Const, C-383-2007. F Moron. Garantías Personales.
4. C. Const., C-882/2014, M. Calle.
5. C. Const, C-447/2015, M. González.
6. C. S.J, del 29 de Mayo de 1969 M.P. Sarmiento L.
7. C. S. J., Exp: 110013103018 1893 20302, Jaramillo, C.
8. C. Const, C-527 de 2013, J Palacio, Acción de Revocatoria.
9. C. S. J., Exp: 11001 02 03 000 2003 00129 01 Munar, P.

Doctrina.

1. Rodríguez, S. (2013) Contratos Bancarios, Legis, 2013.
2. Pérez, A. (1984) Garantías Civiles, Bogotá, Temis, 1984.
3. Correa, A (2011) Estudio Económico “Las Garantías Mobiliarias en la Promoción de la Competencia y el Acceso al Crédito en Colombia”.
4. Dubovec, M (2013), Régimen de Garantías Mobiliarias en el Acceso al Crédito, recuperado en http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Eventos/eventos/XII_CO_NGRESO_DE_DERECHO/Tab5/Marek_Dubovek.pdf
5. Doing Bussines Colombia 2014, No. 9 Resolución de Conflictos, No. 9.2 Duración Promedio de un proceso.
6. Alcaldía Mayor de Bogotá, Sobre la Crisis Hipotecaria Subprime: Lecciones Mínimas sobre Solidaridad y Riesgo Moral en el Sistema Financiero.
7. Harford, T (2013). El Economista Camuflado. Barcelona: Ediciones Planeta Madrid, pp 203.
8. Departamento Nacional de Planeación, Mercados Financieros - Regulación y Supervisión.
9. International Monetary Found 2008.
10. Victoria, O (2008) H.R. 1424 Y el cambio de paradigmas.
11. Posner, R (2013) El análisis económico del derecho, S.L. Fondo de la Cultura de España.

12. Ordoñez, S (2003). La Superintendencia Bancaria en la Crisis de los Noventa.
13. Park, I. U. (2004). Moral hazard contracting and private credit markets. *Econometrica*, 72(3), 701-746.
14. Ochoa, Galeano y Agudelo (2010). Construcción de un Modelo de Scoring para el Otorgamiento de Crédito en una Entidad Financiera.
15. [Superintendencia de Sociedades, Algunos Aspectos Relacionados con Garantías Mobiliarias Dentro de los Procesos de Liquidación Judicial, Oficio 220-226554 del 12 de Diciembre de 2014.](#)
16. Barrero, A (2013). Manual de Procedimientos Concursales, Librería Ediciones del Profesional Ltda, Tercera Edición 2013.
17. Superintendencia Financiera, Circular Básica Contable y Financiera Capítulo II (Circular Externa 100 de 1995).
18. Superintendencia Financiera, Circular Básica Contable y Financiera Capítulo II (Circular Externa 100 de 1995).
19. Superintendencia Financiera, Circular Externa 038 de 2009.
20. Superintendencia Financiera, Circular Externa 032 de 2015.
21. López L (2014), Garantías Mobiliarias Ley 1676 de 2013, Comité Jurídico Confecámaras.
22. Talero D (2015), Régimen de Garantías Mobiliarias.
23. Gómez J (2014), Asobancaria.
24. (Domínguez, J 2014), Desafíos de la implementación del régimen de Garantías Mobiliarias en Colombia.
25. (Villegas J, 2014), Régimen de Garantías Mobiliarias Una Mirada desde el Registro
26. (Zapata A, 2014), Prelación de las obligaciones en la estructura del régimen de Garantías Mobiliarias.
27. (Mejía R, 2014), La Ejecución Especial y el Martillo Electrónico, Nuevos Servicios para las Cámaras de Comercio.
28. Pérez, A, (2011) Teoría General de las obligaciones, Volumen III, Parte Segunda, Cuarta Edición, Ediciones Doctrina y ley, Bogota D.C. 2011
29. Catálogo de Cláusulas Abusivas, Deposito Legal Z 1791-2014.

30. Vélez L, 2011, Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiana Pag. 22 – 23.
31. Sotomente, D (2005), Los Presupuestos del Concurso en la Legislación Colombiana.
32. Pereira, R (2006), Manual de Derecho Concursal de los Concordatos y los Acuerdos de Reestructuración, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia 2006.
33. Rubio, T (1969), El Pacto Comisorio, extracto tesis doctoral, leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.
34. Cantillo I y Mojica M, (2004), Disolución y liquidación de sociedades comerciales, Legis, Segunda Edición 2004.
35. Superintendencia de Sociedades 2016, Acta No. 400-000359.
36. Superintendencia de Sociedades 2016, Auto No. 400-004422.
37. Superintendencia de Sociedades, No es viable el desistimiento de una acción revocatoria o simulación concursal, oficio 220-021408.
38. Arias, L (2012). Generalidades del régimen del crédito sindicado: mención especial al derecho inglés.
39. Loan Master Agreement, Recuperado de; <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1578526/000091205713000352/filename3.htm>
40. Catálogo de Cláusulas Abusivas, Deposito Legal Z 1791-2014.
41. Barja, J (2015), La reforma de los delitos económicos, Aranzadi S.A., Primera Edición 2015.
42. Gipster M, Instrumentos mercantiles para la financiación de infraestructuras públicas. En particular el Leasing, 1999.
43. Gipster M, Los créditos sindicados, J.M. Bosch Editor, 2006.