



Estudio de la garantía real de prenda dentro de los procesos de insolvencia con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, que regula las garantías mobiliarias en Colombia.

María Camila Benavides Gómez

Especialización en Derecho Comercial

Bogotá D.C.

Julio de 2019

Tabla de Contenido

- I. **Introducción**
- II. **Planteamiento del problema e hipótesis.**
- III. **Marco Teórico**
- IV. **Concepto de prenda.**
 - A. Concepto de prenda del Código Civil.
 - B. Concepto de prenda en el Código de Comercio.
 - C. Características de la prenda:
- V. **Garantías Mobiliarias.**
 - A. Definición de las garantías mobiliarias
 - B. Bienes sobre los que recae la garantía.
 - C. Constitución de la garantía
 - D. Contenido del acto de constitución de la garantía.
 - E. Registro de las garantías mobiliarias.
 - F. Oponibilidad y prelación de las garantías.
 - G. Ejecución de las garantías
- VI. **Garantías mobiliarias dentro de los procesos de insolvencia y providencias judiciales de la Superintendencia de Sociedades**
 - A. Jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades respecto a las garantías mobiliarias en procesos de insolvencia.
 - B. ¿Qué se entiende como acreedor garantizado?
 - C. Análisis de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades respecto a las garantías mobiliarias y la ejecución de las mismas en procesos de insolvencia.
 1. Posición de los créditos respaldados con garantías mobiliarias y garantías hipotecarias.
 2. Pago Preferente
 3. Bienes necesarios o innecesarios dentro de la actividad del deudor.
 4. Formas de ejecutar las garantías mobiliarias.
 5. Aplicación de la Ley 1676 de 2013 antes y después de su entrada en vigencia.
 6. Garantías mobiliarias dentro del contrato de fiducia.
- VII. **Posición actual de la Corte Constitucional respecto a la ejecución de las garantías mobiliarias dentro de los procesos de insolvencia.**
- VIII. **Conclusiones.**

I. Introducción

La Constitución Política de Colombia incluyó en su artículo 64 como un deber del Estado el de promover el acceso al crédito con el fin de mejorar los ingresos y la calidad de vida de los campesinos. Pese a que el texto constitucional hace énfasis en las comunidades campesinas, su interpretación debe estar ligada a las disposiciones del artículo 13 del mismo texto constitucional, por lo que resulta correcto interpretar que el deber estatal se extiende a todos los ciudadanos, y que por consiguiente tanto el legislador como el gobierno nacional deben procurar por otorgar los medios y las herramientas necesarias para que el deber de promover el acceso al crédito prospere. (Bonilla Sanabria, 2014)

Por consiguiente, la Ley de Garantías Mobiliarias, fue creada para subsanar la deficiencia que se presentaba respecto al acceso al crédito, buscando que esta norma pudiera ampliar dicho acceso a un mayor número de personas que lo requirieran, flexibilizando los requisitos y condiciones requeridos por las entidades financieras. Ahora bien, la búsqueda de la Ley 1676 de 2013 para promover el acceso al crédito, no puede desconocer los riesgos que esta trae al sector financiero, en especial proteger a los ahorradores, por lo que identificó la importancia en implementar un sistema de garantías para el cumplimiento de las obligaciones. (Bonilla Sanabria, 2014, págs. 136 - 137)

Para que el sistema de garantías realmente pudiera cumplir con las expectativas que tenía el gobierno, y por consiguiente cubriría todos los riesgos, la ley de garantías mobiliarias contempló un aumento en el tipo de bienes sobre los que pueden recaer las garantías, ampliando las posibilidades a todos aquellos que necesiten capital, y buscando así, el crecimiento empresarial, generación de empleo y a la reducción de los costos de financiamiento. (Bonilla Sanabria, 2014, págs. 133 - 136)

A simple vista, las intenciones y objetivos de la ley tienen como finalidad el desarrollo económico, fomentando el crecimiento empresarial y la generación de empleo, además de catapultar al país como un futuro target de inversión. Sin embargo, la ley tuvo que ponerse tareas más exigentes, pues más allá de incrementar los bienes sobre los que recae las garantías, debía abolir otras figuras jurídicas ancestrales como el pacto comisorio, la constitución y registro de las garantías, y finalmente la ejecución de las mismas, haciendo más fácil y ágil para los acreedores garantizados.

Estas inclusiones mencionadas, no solo se regularon para el plano contractual y financiero, es decir no solo son problemas para el acreedor prendario y el deudor garante y/o para las entidades financieras que usen estas garantías para otorgar créditos, sino que elevó su grado de complejidad a los procesos de insolvencia, en especial frente a las garantías reales de prenda.

Atendiendo a lo anterior, por medio del presente escrito se hace un estudio de cómo ha sido la evolución de la garantía real de prenda dentro de los procesos de insolvencia

(reorganización empresarial, validación judicial y liquidación judicial) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013.

El presente estudio se basará única y exclusivamente en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, entre los años 2014 y 2018, sin desconocer que la justicia ordinaria también tiene competencia para adelantar estos procesos y que tiene una posición al respecto, por motivos de delimitar la extensión del estudio y darle un reconocimiento al trabajo que ha venido adelantando la Superintendencia de Sociedades en creación relevante jurisprudencial, solo se analizará jurisprudencia de esta entidad.

II. Planteamiento del problema e hipótesis.

Como se mencionó anteriormente, la Ley 1676 de 2013 conocida como la ley de garantías mobiliarias, logró permear en los procesos de insolvencia, tales como la reorganización empresarial, la validación judicial y la liquidación judicial. A pesar que el cuerpo normativo citado, haga referencia a dichos procesos en solo tres (3) de sus artículos, su impacto fue importante, en especial respecto a la figura de ejecución de las garantías en caso de incumplimiento del deudor, replanteándose si la figura de la garantía real de prenda podría quedar en desuso, e incluso en un futuro llegar a desaparecer dentro de los procesos mencionados.

La Ley 1116 de 2006, norma que regula los procesos de insolvencia mencionados, con el paso del tiempo ha tenido una serie de reformas que recaen sobre término del proceso, documentos que deben entregarse al juez del concurso, e incluso formas de interpretar la ley, sin embargo desde la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, lo referente a la prelación de créditos. La ley de garantías mobiliarias, y su introducción a las nuevas formas de ejecución de la garantía, en principio parece debilitar la figura de prelación de créditos, ya que la aparición de nuevas figuras como las garantías mobiliarias entran a convivir con figuras como como la garantía real de prenda. Hoy en día, ambas figuras conviven en el sistema jurídico colombiano, sin generar derogaciones entre sí, cada una conservando su proceso de ejecución y constitución.

Haciendo una lectura de la regulación de las figuras mencionadas, en la práctica pareciera que en los procesos de insolvencia, estas no pueden convivir dentro de dichos procesos, pues a pesar que en la prelación de créditos ambas compartan la misma clase, es su ejecución, constitución y registro, dicha prelación de créditos no es aplicada de la misma manera, y por consiguiente, vale la pena hacerse la siguiente pregunta: ¿Cómo se ha visto afectada la garantía real de prenda dentro de los procesos de insolvencia (reorganización empresarial, validación judicial y liquidación judicial) después de la entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013 que regula las garantías mobiliarias y si esta norma abolió la figura de prenda en dichos procesos?

Como respuesta a este cuestionamiento, lo que intenta buscar este estudio, es identificar como en la práctica ha desaparecido la figura de garantía real de prenda, como ha sido

desplazada por las garantías mobiliarias, como se ha interpretado en algunos pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades respecto a la ejecución, registro y constitución de estas garantías mobiliarias dentro de los procesos de reorganización empresarial, validación judicial, y liquidación judicial.

III. Marco Teórico

La investigación parte del problema planteado y pretende hacer una revisión y análisis de las normas, la jurisprudencia y la doctrina que desarrollan la materia, se usaron principalmente las siguientes fuentes:

- a. Código de Comercio y Código Civil.
- b. Normas que regulan las garantías mobiliarias, tales como la Ley 1676 de 2013, Decreto 400 de 2014, y el Decreto 1835 de 2015.
- c. Jurisprudencia de la Corte Constitucional
 - i. Sentencia C- 447 de 2015
 - ii. Sentencia C148 de 2018
- d. Doctrina y providencias judiciales de la Superintendencia de Sociedades referentes a garantías mobiliarias.
 - i. Auto No. 430-004714 de abril de 2014 – Campollo S.A.
 - ii. Auto No. 400-017527 de diciembre de 2015 –Data Point S.A.S.
 - iii. Auto No. Rad. 2016-01070195 diciembre de 2015 y febrero de 2016 – Daniel Fernando Arenas León.
 - iv. Auto No. 400-000897 de enero de 2016 – Panthers Machinery Colombia S.A.S.
 - v. Auto No. 400-004422 marzo de 2016 - Panthers Machinery Colombia S.A.S.
 - vi. Auto No. 400-005775 de diciembre de 2016 –Data Point S.A.S.
 - vii. Auto No. 400-006617 de abril de 2016 – Productos Químicos Panamericanos S.A.
 - viii. Auto No. 400-010668 de julio de 2016 – China Automotriz S.A.
 - ix. Auto Rad. 2017-01-214739 marzo de 2017 – Ssangyong Motor Colombia S.A.

IV. Concepto de prenda.

A continuación se definirá que se entiende por prenda en los cuerpos normativos del Código de Comercio y Código Civil

A. Concepto de prenda del Código Civil.

El título treinta y cinco (35) del Código Civil, desde el artículo 2409 y siguientes, define la prenda como *“un contrato de empeño o prenda donde se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito”*. Lo que supone: (i) que la prenda es un contrato, (ii) que el objeto de la prenda es que esta recaiga exclusivamente sobre bienes muebles, (iii) que el contrato de prenda se constituye para respaldar una obligación o crédito de una deudor, (iv) que existe la prohibición del pacto comisorio, ya que en caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor deberá solicitar el embargo y remate del bien entregado, donde con el fruto de la venta se pueda pagar la obligación, se indemnice el daño y excepcionalmente en algunos casos se permita la conservación del bien.

B. Concepto de prenda en el Código de Comercio.

Por el contrario, este compendio no prevé la figura de la prenda en sí, a pesar de dedicarle un capítulo entero, por lo que es conveniente remitirse a la posición de la Superintendencia de Sociedades, la cual ha aceptado la definición tradicional de la prenda como: *“un derecho real accesorio que tiene como propósito garantizar el cumplimiento de una obligación propia o de un tercero”*. (Prenda de acciones - Derechos del acreedor prendario, 2018)

Ahora habiendo definido lo que es la prenda comercial, es pertinente resaltar que además de las características descritas e identificadas en los artículos del Código Civil, en los artículos del Código de Comercio se observa la posibilidad que la prenda pueda ser con tenencia o sin tenencia, encontrando su razón de ser en la agilidad que caracteriza al derecho comercial.

C. Características de la prenda:

Viendo superficialmente las definiciones de prenda contenidas tanto en la normatividad civil como comercial y haciendo una lectura integral de los artículos que la reglamentan, resulta indispensable para el desarrollo del presente escrito describir las características de estos contratos así:

- a. Contrato real, consensual y solemne: por regla general los contratos pueden ser reales, consensuales o solemnes, siendo categorías excluyentes entre sí. Sin perjuicio de lo anterior, están presentes en los contratos de prenda así: (i) En materia civil el contrato de prenda se entiende como real es decir que se perfecciona con la entrega del bien al acreedor; (ii) Mientras que en materia comercial según el artículo 1204, se entiende que el contrato de prenda con tenencia se perfecciona con el mero acuerdo entre las partes y el privilegio del gravamen solo nace desde el momento de la entrega de la cosa, entendiéndolo entonces como un contrato consensual; (iii) Finalmente, cuando se trata de un contrato de prenda sin tenencia, el Código de Comercio en su artículo 1208 establece que debe cumplir con unas solemnidades, sin embargo este artículo fue derogado por la nueva Ley de Garantías Mobiliarias, a través de los artículos

14. 15. 16 y 21, que indican única y exclusivamente el proceso de elaboración y registro de las mismas, no obstante sigue conservando la característica que la prenda sin tenencia es un contrato solemne que debe constar por escrito, y reunir los requisitos mínimos. (Buendía Grigoriu, 2004, págs. 6-13)

- b. Exclusivo para bienes muebles: tanto el Código Civil como el Código de Comercio reconocen que la prenda solo recae sobre bienes muebles, incluyendo en esta categoría los bienes corporales y la prenda crediticia, aun así, los dos cuerpos normativos se quedan cortos al definir qué se entiende como bien mueble, por lo que se infiere que el espectro de constitución de la prenda es muy reducido y limitado.
- c. Indivisible: esto quiere decir que el bien sobre el cual se haya constituido la prenda garantiza una deuda, sin importar que hayan varios deudores y/o herederos. En otras palabras, si una deuda está en cabeza de una pluralidad de deudores y/o herederos, y uno de estos paga su porción, este no puede pretender que el acreedor prendario le devuelva una parte del bien prendado a ese deudor que pagó, pues el bien en su totalidad garantiza la acreencia, lo que implica que, hasta que no sea pagada en su totalidad el bien no puede ser liberado. (Buendía Grigoriu, 2004, págs. 6-13)
- d. Unilateral: esto quiere decir que solo nacen obligaciones para una de las partes, en la figura de la prenda la obligación es del acreedor, quien tiene que restituir el bien una vez se haya cumplido con su obligación de crédito. Sin perjuicio de lo anterior, esta característica parece patinar en materia del contrato de prenda sin tenencia, pues el acreedor al nunca tener el bien no está en la obligación de devolverlo. Por lo que el Código de Comercio no se queda corto al precisar si el contrato de prenda en general es o no un contrato unilateral. (Medina Pabón, Juan Enrique, 2016)
- e. Accesorio: quiere decir que es un contrato que nace a la vida para respaldar una obligación principal, por lo que se constituye para garantizar el pago de un crédito a un acreedor.
- f. Tracto sucesivo: es un contrato que se prologa en el tiempo, ya que su duración dependerá que el deudor pague su crédito. (Medina Pabón, Juan Enrique, 2016)
- g. Gratuito: por regla general, excepcionalmente se permite que un tercero cobre alguna remuneración, situación que suele presentarse cuando la prenda no es otorgada por el deudor. (Medina Pabón, Juan Enrique, 2016)

V. Garantías Mobiliarias

La Ley 1676 de 2013, conocida como la Ley de Garantías Mobiliarias en su artículo 2 describe que este compilado normativo fue creado con el objeto de *“incrementar el acceso al crédito”* con las siguientes estrategias: (i) ampliar los bienes, derechos y acciones sobre los cuales pueden recaer dichas garantías mobiliarias, (ii) simplificar la constitución, (iii) simplificar la oponibilidad y la prelación de las garantías, y (iv) facilitar la ejecución de dichas garantías. (Ley 1676 de 2013, 2014).

Sin perjuicio de lo anterior, lo que el gobierno y la rama legislativa buscaban desde el Plan Nacional de Desarrollo del 2010 – 2014, fue el crecimiento económico sostenible, y el posicionamiento del país en materia de competitividad empresarial. Teniendo en cuenta que el valor de los créditos o los conocidos gastos financieros influyen en ese crecimiento, se requería la creación de una Ley para fijar objetivos de política pública, esto es, facilitar el acceso al crédito; permitir un mayor flujo de recursos; buscar el incremento de las inversiones y, generar modelos financieros diferentes para las pequeñas y grandes empresas. Lo anterior finalmente, logra una inclusión financiera de diferentes sectores, económicos y capacidades de los consumidores financieros, conservando los principios rectores financieros de poner límites para el préstamo del dinero evitando poner en riesgo el ahorro público, pero que a su vez mejore los canales de información, donde los bancos conozcan a quién le ofrece sus productos, cómo facilitar el préstamo, y garantizar un mínimo riesgo. (Ministerio de Comercio, 2014)

A. Definición de las garantías mobiliarias

Las garantías mobiliarias son un sistema que se constituye por medio de operaciones como contratos, pactos, o cláusulas que recaen o regulan uno o varios bienes otorgados en aval. Las garantías mobiliarias entonces, pueden recaer sobre *“bienes específicos, activos circulantes, sobre la totalidad o sobre una parte del patrimonio del acreedor garante, sobre bienes futuros o presentes, corporales o incorporales, o sobre bienes que son derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posterior a esta”*. (Ley 1676 de 2013, 2014) por lo que su finalidad, es la de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas del deudor, sin importar quién sea el titular del bien otorgado en garantía.

B. Bienes sobre los que recae la garantía.

Una vez indicada la definición de garantías mobiliarias consagrada en la ley, comparada con la de prenda del Código Civil y del Código de Comercio, se puede establecer que la de la Ley citada es mucho más amplia, y a pesar que el artículo 6 de la Ley 1676 de 2013 mencione todos los bienes que pueden ser entregados en garantías, esta lista no es taxativa, sino meramente enunciativa, permitiendo sintetizar que las garantías mobiliarias recaen sobre todo tipo de activos que tenga el deudor, los cuales permiten instrumentalizar el crédito o la obligación.

Los bienes sobre los que recae la garantía, para proteger el pago de un crédito, o las obligaciones presentes o futuras, son todos aquellos que se contemplan en la Ley, además de: *(i) derechos sobre bienes existentes y futuros sobre los que el garante adquiera derechos con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria; (ii) derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual; (iii) derecho al pago de depósitos de dinero; (iv) acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales, siempre que no estén representadas por anotaciones en cuenta; (v) derechos a reclamar el cumplimiento de un contrato que no sea personalísimo por el obligado o por un tercero designado por las partes como cumplidor sustituto; y (vi) en general todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporeales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico.* (Ley 1676 de 2013, 2014)

Además de la lista enunciativa del artículo citado con anterioridad, la ley de garantías mobiliarias también hace referencia a las obligaciones que pueden ser garantizadas en su artículo 7: *(i) El capital, los intereses corrientes y moratorios que genere la suma principal de la obligación garantizada, (ii) las comisiones que deban ser pagadas al acreedor garantizado; (iii) Los gastos en que incurra el acreedor garantizado para la guarda y custodia de los bienes en garantía, pactados previamente en el contrato; (iv) los gastos en que incurra el acreedor garantizado con motivo de los actos necesarios para llevar a cabo la ejecución de la garantía; (v) los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación garantizada, que sean cuantificados judicialmente, o en virtud de un laudo arbitral o mediante un contrato de transacción; (vi) la liquidación convencional de daños y perjuicios cuando hubiere sido pactada; y (vii) las diferencias de tasas de interés o de cambio, cuando hubiere sido pactado.* (Ley 1676 de 2013, 2014)

C. Constitución de la garantía

Esta es la primera etapa en el proceso, y aunque parezca lógico es importante hacer la aclaración. La Ley 1676 de 2013 reconoce en su articulado, que una cosa es la creación o constitución de la garantía, la cual se efectúa por medio de un acto jurídico entre el garante y el acreedor garantizado o por ministerio de la ley a través de gravámenes judiciales o tributarios. Y otra cosa es el registro y oponibilidad de la garantía, entendiéndose que desde la suscripción del contrato o desde que la sentencia judicial queda en firme, la garantía queda constituida y es plenamente válida entre las partes, y la etapa de registro es solo para que dicho contrato tenga efectos frente a terceros siendo oponible.

La naturaleza del negocio de las garantías mobiliarias ya no se considera como un acto accesorio, sino que como uno principal. La garantía puede que se extinga una vez se pague el crédito, pero puede que no, sino que se transforme. Unos ejemplos de dicha transformación es cuando se presentan las famosas “líneas de crédito” o cuando el bien garantizado sea la materia prima o el inventario de una empresa, y una vez usado o vendido, las facturas producto de la venta, son las que pasan a ser los bienes garantizados.

En cuando a la capacidad para constituir la garantía, solo es de aquellos que tienen el derecho o la facultad para disponer o gravar el bien entregado en garantía, esto incluye a aquellos que adquieran dicha capacidad con posterioridad a la suscripción del acto o contrato de constitución de la garantía, sin embargo, se entenderá constituida una vez se adquiera la capacidad. Además de la capacidad para la constitución, hay garantías que requieren de un registro especial, de ahí la importancia que quien haga el registro sea quien aparezca como el titular del bien entregado en garantía. (Ley 1676 de 2013, 2014).

D. Contenido del acto de constitución de la garantía.

Parte del éxito de la constitución de las garantías, está en el detalle de la descripción de los bienes entregados en garantía, y la importancia de esta descripción es, evitar que cuando se presenta la circunstancia que el bien dado en garantía es susceptible de extinguirse, la descripción detallada salvaguarda la pérdida de la garantía, y por consiguiente el acreedor no pierde esa calidad especial de acreedor garantizado. (Ley 1676 de 2013, 2014)

El artículo 14 de la Ley 1676 de 2013 enumera los requisitos mínimos que debe contener el acto de constitución: (i) nombres de las partes, identificación de estas, y la firma que indique el nacimiento del contrato, (ii) el monto máximo que cubriría la garantía, esto entendiendo que el bien muchas veces puede tener un mayor valor que el monto adeudado al acreedor garantizado, (iii) descripción genérica o precisa del bien entregado en garantía, esto quiere decir que se identifique peso, color, cantidad, lote, número de identificación, y todos aquellos detalles que permitan identificar el bien entregado en garantía, ya que entre más detallado más seguridad, y (iv) la descripción de las obligaciones o el crédito que se está garantizando, es decir que quien conozca del acto de constitución, debe también conocer el motivo o la razón de ser de su constitución. Además de los requisitos mencionados, las partes en caso que quieran dejar por fuera los bienes derivados o atribuibles al bien principal entregado en garantía, deben dejarlo expresamente estipulado dentro del acto de constitución, al igual que cualquier modificación o adenda al contrato, situación que no afectará la prelación del registro inicial, tal y como se explicará más adelante. (León Robayo & González Umbarila, 2015)

E. Registro de las garantías mobiliarias.

Como ya se estableció que habían dos momentos diferentes: la constitución de la garantía y el registro de la misma, es importante hacer referencia al segundo momento. El artículo 38 de la Ley 1676 de 2013, define el registro como *“un sistema de archivo, de acceso público, de carácter nacional, y que tiene por objeto dar publicidad por internet”* de los bienes que han sido gravados con garantías mobiliarias, además de publicar los formularios, la forma y las certificaciones que correspondan a los datos de las garantías. (Ley 1676 de 2013, 2014)

El registro se caracteriza por: (i) realizarse a través de formularios que pueden ser obtenidos por internet; (ii) la forma o método de ubicar al deudor garante es introduciendo en el sistema el número del documento de identidad, el cual tendrá un folio electrónico donde

aparecerán los bienes a su nombre otorgados en garantía, y señalará las fechas y horas exactas en las que se realice el registro de dichas garantías; (iii) el registro es de carácter nacional, por lo que se hace únicamente ante la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio – Confecamaras y, (iv) los formularios deben estar debidamente diligenciados, ya que el portal no permite adjuntar el acto de constitución en su totalidad. (Auto 28 de febrero de 2017 - Andean Pacific Iron Corp, 2017)

El garante *siempre* debe autorizar para que el bien que haya entregado sea registrado en el sistema, al igual que debe autorizar cuando su garantía sea modificada, prorrogada, transferida o ejecutada. Esta autorización es importante, para determinar que quien realiza la inscripción, sea el acreedor garantizado, y no el deudor garante.

El registro tendrá la duración que se haya estipulado por las partes, y en caso de guardar silencio será de máximo cinco (5) años. En cuanto al valor, sin importar la cuantía de los negocios que dieron origen a la entrega de la garantía, el gobierno es el encargado de establecer los costos de registro, el cual es el mismo sin importar el valor del bien garantizado. (Ley 1676 de 2013, 2014)

F. Oponibilidad y prelación de las garantías.

El registro como ya se mencionó, no es la constitución de la garantía, sino es un momento posterior a esta, por lo que es la segunda etapa, y por consiguiente tiene sus propios efectos, a saber:

Que las garantías mobiliarias son oponibles ante terceros una vez se ha realizado el registro o se ha entregado la tenencia o control de los bienes al acreedor garantizado o al tercero designado por el acto de constitución. El efecto de la oponibilidad, evitaría todo tipo de oposición o retención respecto de la ejecución de la garantía, bien se entrega, subasta o cualquier acto de ejecución de la misma. Además de las ventajas de la oponibilidad, esta se da solo con el registro ante Confecamaras, y no requiere un registro adicional ante el registro mercantil. (Ley 1676 de 2013, 2014)

La Ley 1676 de 2013 contempla unas reglas adicionales en materia de oponibilidad: (i) la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición se hace oponible cuando se opera la correspondiente publicidad por medio de la inscripción de un formulario que haga referencia al carácter especial de dicha garantía, (ii) cuando la garantía recae sobre bienes corporales o incorporales, presente o futuros, derivados o atribuibles que hayan sido específicamente regulados por algún artículo de la Ley 1676 de 2013, son oponibles por medio de la inscripción en el registro, y (iii) cuando la garantía recae sobre derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual, son oponibles cuando se haya hecho el registro especial en caso que así se necesite. (Ley 1676 de 2013, 2014)

El segundo efecto al que se debe hacer referencia es la prelación, la cual tiene unas reglas específicas que hay que mencionar.

- a. Prelación entre garantías constituidas sobre un mismo bien: cuando la garantía se constituye sin tenencia, su prelación se determina por el momento de inscripción en el registro, por lo que si un acto constitutivo no es registrado, no gozará de prelación independientemente de la fecha del acto de constitución.
- Si la constitución incluye la tenencia del bien, entonces el orden de prelación es primero para quien posea el bien y después será para quien lo registre.
 - Si ningún acreedor realiza el registro, entonces la prelación se determina por la fecha de constitución del acto de la garantía.
- b. Prelación y otros derechos: la Ley 1676 de 2013, permite que sus disposiciones sean aplicadas a situaciones anteriores a su entrada en vigencia. En materia de prelación, cuando la garantía se haya constituido antes de la entrada en vigencia de la ley, se entiende que su inscripción en el registro mercantil es la que permitirá establecer la prelación, y en caso que estas no se hubiesen registrado, podrían realizarlo en el sistema de Confecamaras para poder establecer la prelación.
- c. Protección al comprador o adquirente del bien sobre el que está constituida la garantía: cuando un tercero adquiere un bien que fue otorgado en garantía por motivo del giro ordinario de sus negocios, recibirá dicho mueble sin sujeción a la garantía. Lo anterior procede, sin perjuicio que el acreedor garantizado vaya a perder su ventaja, solo que no podrá ejecutar ese bien vendido, sino que ejecutará el fruto de dicha venta o el bien que le haya entregado el deudor garante para reemplazar el bien vendido.

G. Ejecución de las garantías

Cuando la Ley 1676 de 2013, hace referencia a la ejecución de la garantía, significa que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado puede buscar el pago obligatorio por los siguientes medios: (i) apropiándose del bien, considerándolo como un pago de la deuda o (ii) enajenando el bien, y lo ganado de la venta se considera el pago. De lo dicho con anterioridad, se puede determinar que uno de los cambios más significativos que trajo esta nueva ley, fue la abolición del pacto comisorio, ya que permite que el acreedor garantizado pueda ejecutar su garantía quedándose con el bien, sin necesidad que ese sea adjudicado por un juez, y evitándose los procesos dispendiosos y poco ágiles que debían adelantarse ante la justicia ordinaria. Como consecuencia de este gran cambio, la ley reguló diferentes formas de ejecutar la garantía agilizando y renovando los métodos para hacerlo. (Ley 1676 de 2013, 2014)

- a. Pago directo.

Procede cuando el acreedor garantizado puede satisfacer su crédito directamente con los bienes otorgados en garantía, siempre sobre el valor del avalúo cuando así se haya pactado o cuando el acreedor sea el tenedor del bien. Respecto esta forma de ejecución habrá que tenerse en cuenta lo siguiente: (i) si el bien otorgado en garantía tiene un valor superior al monto garantizado, el saldo debe ser retornado al deudor, y (ii) si el acreedor no tiene el bien, y el deudor se niega a entregarlo, el acreedor podrá solicitar a un juez o a quien corresponda, que libere una orden de aprehensión o entrega del bien al acreedor.

b. Ejecución judicial.

Se trata de hacer efectiva la garantía por medio de un proceso de adjudicación tal y como se regula en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012, 2012), además de las previsiones indicadas en el artículo 61 de la Ley 1676 de 2013 y que en términos generales son las siguientes: (i) inscribirse en el formulario registral de ejecución en el registro de Confecamaras, (ii) los mecanismos de defensa y excepciones son taxativas, y se describen en el artículo 61 de la Ley 1676 de 2013, (iii) las pruebas que desee hacer valer, (iv) si el deudor no propone ningún mecanismo de defensa, el acreedor podrá pedir que se le transfiera el bien, (v) los recursos judiciales se concederán en el efecto devolutivo, y (vi) si el valor del bien entregado en garantía es inferior al 60% de su valor indicado en la constitución de la garantía, las partes podrán solicitar el remanente o venta del bien.

c. Ejecución especial de la garantía.

Por último, este tipo de ejecución solo procede sobre casos taxativos: (i) por mutuo acuerdo entre las partes, y dicha ejecución podrá ser regulada en la forma y tiempo que las partes acuerden, (ii) cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien, (iii) cuando el acreedor tenga el derecho legal de retener el bien, (iv) cuando el bien tenga un valor inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, (v) cuando se cumple un plazo o condición resolutoria de una obligación y las partes hayan pactado la posibilidad de la ejecución especial, y (vi) cuando el bien sea perecedero. (Ley 1676 de 2013, 2014)

Esta forma de ejecución se caracteriza porque las partes deben pactar en el acto de constitución la posibilidad de ejecutar especialmente la garantía y adicionalmente establecer la forma como esta se va a realizar. En caso de guardar silencio con el proceso, la ley lo suple, pero lo especial es que se pueda pactar algo diferente a lo que regula la ley. Ahora bien esta ejecución se hace ante la Cámara de Comercio, virtualmente o ante notarios, por lo que resulta un proceso rápido y ágil. (Ley 1676 de 2013, 2014)expedito.

VI. Garantías mobiliarias dentro de los procesos de insolvencia y providencias judiciales de la Superintendencia de Sociedades

La Ley 1676 de 2013, solo dedicó tres de sus artículos para hacer referencia a las garantías mobiliarias dentro de los procesos de insolvencia¹, por lo que se hace necesario analizar que ha dicho al respecto la Superintendencia de Sociedades, y cómo aplica esta nueva normatividad en dichos procesos a la fecha. (Ley 1676 de 2013, 2014)

La ley hace referencia a las garantías reales en los procesos de insolvencia, dando a entender que los tres artículos (artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013) que regulan las garantías mobiliarias en la insolvencia, incluye tanto garantías mobiliarias como inmobiliarias, sin perjuicio del hecho que a la final la ley no define que se entiende por garantías reales. Además de no definir las, los artículos que regulan el tema, sin ser contextualizados con la Ley 1116 de 2006 y los decretos que la modifican, no tienen mucho sentido, motivo por el cual a continuación se describirán cómo proceden las garantías mobiliarias dentro de los procesos de insolvencia y como se ve permeada la teoría de las garantías reales en especial la de prenda por la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, (Hidvegi Arango, 2017)

A. Jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades respecto a las garantías mobiliarias en procesos de insolvencia .

La expedición de la Ley 1676 de 2013, modificó el concepto de acreedor prendario, dentro de los procesos de insolvencia, convirtiéndolos en *acreedores garantizados*, un grupo selecto y con un trato prioritario dentro de dichos procesos (reorganización, liquidación judicial, reorganización transfronteriza). Antes de la expedición de la Ley 1676 de 2013, los procesos de insolvencia funcionaban de la siguiente manera:

Inicialmente el deudor hacía la solicitud ante el juez del concurso para ser admitido dentro de un proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006, solicitud que según los requisitos establecidos en el artículo 13 de la citada ley (Ley 1116 de 2006, 2006), debe incluir un Proyecto de Graduación y Calificación de Créditos, el cual como su nombre lo indica, es un documentos que discrimina todos los créditos a cargo del deudor, detallando la información de cada uno de estos, e incluyendo datos como: el nombre del acreedor, monto adeudado, intereses, fecha de vencimiento de la obligación, y por supuesto si dicho crédito se encontraba garantizado por una prenda o hipoteca. Una vez admitido al proceso de reorganización, habiendo actualizado los documentos entregados al momento de la solicitud, y estando en firme la resolución y/o conciliación de las objeciones, dicho Proyecto de Graduación y Calificación quedaba en firme, y entonces era viable la elaboración del acuerdo de reorganización. Este acuerdo, establecía las fechas y monto que se pagarían en

¹ En este texto los procesos de insolvencia hacen referencia exclusivamente a la reorganización empresarial, validación judicial y liquidación judicial.

el transcurso del tiempo, y donde los acreedores prendarios, debían esperar su turno de pago una vez el deudor hubiese reconocido los créditos de los acreedores con créditos por conceptos laborales, pensionales, y al fisco por concepto de tributos nacionales y departamentales.

En razón a la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, hubo un cambio radical dentro de los procesos de insolvencia, los acreedores prendarios entraron a tener un tratamiento completamente diferente a los acreedores garantizados con garantías mobiliarias. Los términos y tiempos del proceso de insolvencia sigue siendo el mismo, y el Proyecto de Graduación y Calificación de Créditos contempla tanto acreedores prendarios como acreedores garantizados con garantías mobiliarias y los cuales serán clasificados como bienes necesarios o innecesarios para la operación del deudor. La diferencia surge en que los acreedores garantizados con garantías mobiliarias a diferencia de los acreedores prendarios, podrán ejecutar su garantía preferencialmente desde la audiencia que resuelve objeciones cuando los bienes no sean necesarios para para el desarrollo del giro ordinario o hasta la audiencia de confirmación del acuerdo cuando recae sobre bienes necesarios. Como se puede verificar, en principio los acreedores garantizados con bienes necesarios o no necesarios en ambos escenarios pueden ejecutar su garantía sin ceñirse a la prelación de créditos señalada en Código Civil.

La Ley de garantías mobiliarias definió expresamente en su artículo 8° qué se entiende por acreedor garantizado, como *“aquel en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin tenencia”*. Definición que debe interpretarse conjunto a lo indicado en el artículo 3 de la Ley ibídem, donde se señala que *“las operaciones que tengan como efecto garantizar una obligación con los bienes del garante”*. (Ley 1676 de 2013, 2014) De lo anterior, se puede concluir, que un acreedor garantizado ostenta dicho título solo cuando se constituye una garantía mobiliaria sobre bien mueble teniendo en cuenta el procedimiento descrito en la Ley 1676 de 2013, y no puede confundirse con el acreedor con garantía inmobiliaria, y mucho menos con un acreedor con garantía real de prenda, sin perjuicio que todas estas clases puedan tener derechos similares en el proceso de insolvencia.

Haciendo una disección de la definición de la Ley 1676 de 2013, y comparándola con las definiciones contempladas en el Código Civil y en el Código de Comercio, se podría llegar a contemplar que el concepto de la prenda quedó absorbido, ya que la definición de garantía mobiliarias contempla garantizar una obligación con un bien mueble del deudor que puede ser con o sin tenencia, concepto que básicamente reúne los mismos elementos que conforman las definiciones o conceptos de prenda en los códigos citados. Es por ello que, la Superintendencia de Sociedades plantea que los acreedores garantizados incluye todas las categorías de acreedores respaldados por todo tipo de cauciones sobre bienes muebles (Auto audiencia 30 de diciembre de 2015 - Daniel Arenas León, 2016), sin embargo sostiene que, esto no quiere decir que haya una extinción como tal de la prenda sino una simple absorción de la misma, dando a entender que las garantías mobiliarias son el género y la

prenda es la especie, teoría soportada en el capítulo II del título I, como el sistema unitario de garantías sobre bienes muebles. Así las cosas, el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013 (Ley 1676 de 2013, 2014)derogó tácitamente algunos artículos de los códigos civil y de comercio, pero esta no incluyó la figura de la prenda en el sistema jurídico colombiano, conservando esta figura. (Auto audiencia 30 de diciembre de 2015 - Daniel Arenas León, 2016)

B. Análisis de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades respecto las garantías mobiliarias y la ejecución de las mismas en procesos de insolvencia.

1. Posición de los créditos respaldados con garantías mobiliarias y garantías hipotecarias.

a. Créditos respaldados con Garantías Mobiliarias.

La Ley 1116 de 2006 acoge la prelación de crédito que establece el Código Civil descritos en el título XL, siendo un sistema por medio del cual se ordenan las acreencias de un deudor teniendo en cuenta las condiciones objetivas y subjetivas del crédito. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 (Ley 1116 de 2006, 2006) reconoce que existe cinco (5) categorías de créditos, las cuales enuncian por medio de literales, por consiguiente uniendo ambos cuerpos normativos se puede concluir que la prelación de créditos se componen de dos subdivisiones: categorías y clases. (Auto audiencia 30 de diciembre de 2015 - Daniel Arenas León, 2016)

Las categorías están compuestas de la siguiente manera: (i) titulares de acreencias laborales; (ii) entidades públicas; (iii) Instituciones financieras nacionales e internacionales, y aquellas inspeccionadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia; (iv) acreedores internos; y (v) demás acreedores externos.

En cuando a las clases, estas se componen así: (i) primera clase, la cual incluye costas judiciales, expensas funerales, gastos de enfermedad, salarios, sueldos, artículos necesarios de subsistencia, créditos del fisco y de las municipalidades; (ii) segunda clase, que vienen siendo los créditos afectados por la prenda, los del acarreador o empresario de transporte, y el posadero; (iii) tercera clase, compuesta por los créditos hipotecarios; (iv) cuarta clase, los del fisco contra los recaudadores, los de establecimientos de caridad o de educación, lo de los hijos de familia por los bienes de su propiedad, los de las personas que está bajo tutela y curaduría y en razón a la inclusión del artículo 124 de la Ley 1116 de 2006, los proveedores de materias primas e insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios; (v) quinta clase, todos aquellos remanentes respecto la masa concursada. (Ley 84 de 1873, 1873)

Hoy en día, con la expedición de la Ley de garantías mobiliarias, teniendo en cuenta el abanico de acreedores que suelen tener los procesos de insolvencia, y sus normas, en la primera clase se ubican los créditos laborales, pensionales, parafiscales y fiscales, en la segunda clase están los prendario y las garantías mobiliarias, la tercera clase está conformada por los créditos hipotecarios, la cuarta clase son los proveedores, y finalmente la quinta clase son los créditos quirografarios. Con base en lo anterior, podemos identificar que en la segunda clase hay una nueva subclase que son las garantías mobiliarias, y por consiguiente son créditos que tienen el mismo nivel de la prenda pero no el mismo tratamiento.

b. Crédito garantizado con hipoteca.

Los acreedores que tienen garantías sobre bienes inmuebles no se consideran como acreedores garantizados, por lo que siguen perteneciendo a la tercera clase que son los acreedores hipotecarios. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 1676 de 2013, le otorga esta calidad de garantizados a los acreedores hipotecarios dentro de los procesos de insolvencia, ya que los artículos 50, 51, 52 de la citada ley hacen referencia a las garantías reales, las cuales según el Código Civil abarcan la prenda y la hipoteca. En consecuencia, hoy en día los acreedores garantizados con hipoteca entran a ser beneficiarios de la ejecución de la garantía, sirviéndose del bien que les fue otorgado para el pago de la deuda. (Hidvegi Arango, 2017, pág. 81)

2. Pago Preferente

El régimen de los procesos de insolvencia prevé que, la clase del acreedor garantizado por una garantía mobiliaria tenga un tratamiento especial que en principio no debería hacer parte de la prelación de créditos, y dicha figura es conocida como el pago preferente. Esta clase, según el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, reconoce que los créditos que tienen este trato especial son aquellos que nacen después de ser admitidos dentro del proceso de insolvencia que se haya solicitado iniciar, y son los gastos de administración que se irán atendiendo una vez estos sean causados. (Auto audiencia 30 de diciembre de 2015 - Daniel Arenas León, 2016)

En cuanto lo dispuesto por la Ley 1676 de 2013, esta clase también está compuesta por los acreedores garantizados con garantías mobiliarias y acreedores hipotecarios. Estos acreedores, tienen derecho a que se le pague preferentemente sus acreencias con el resultado de la ejecución de los bienes otorgados en garantía, pero solamente hasta el valor que se haya garantizado, es decir que si el bien ejecutado tiene un valor de 1000, y está destinado para garantizar 300, el resto del dinero debe regresar a la masa de los bienes que conforman el patrimonio del deudor, y debe ser usado en el orden estipulado en el Proyecto de Graduación y Calificación de Créditos en firme dentro del proceso de insolvencia.

Como consecuencia de lo anterior, la nueva ley citada lo que buscó, fue una fórmula para sacar de la masa de acreedores del concurso a aquellos acreedores garantizados,

permitiéndoles pagar sus acreencias sin acogerse a los términos consagrados en el acuerdo de reorganización o de liquidación, accediendo por primera vez, una especie de abolición parcial de la prelación de créditos establecida por el Código Civil y acogida en el paso del tiempo por las legislaciones de restructuración, reorganización y liquidación judicial, y convirtiéndolo esta figura del pago preferente en una diferencia abismal con la garantía real de prenda dentro de los procesos mencionados. (Auto 21 de enero de 2016 - Panthers Machinery Colombia S.A.S., 2016)

3. Bienes necesarios o innecesarios dentro de la actividad del deudor.

Partiendo de la base que los bienes otorgados en garantía y que gozan de los privilegios de la Ley 1676 de 2013, pueden ser extraídos de la masa de acreedores para la ejecución de la garantía, había que establecer cuál es la posición de la Superintendencia de Sociedades respecto de cómo debe proceder dicha exclusión, o en realidad como se ejecuta la garantía. (Auto 4 de abril de 2017 - Everfit S.A. , 2017)

Como se mencionó en líneas pasadas, el Proyecto de Graduación y Calificación de Créditos dentro del proceso, es un documento de presentación obligatoria dentro de cualquier proceso de insolvencia, y este requiere indicar la información de los créditos lo más detalladamente posible, información que debe incluir si el bien entregado en garantía es o no necesario para la actividad principal del deudor. La importancia de señalar la necesidad del bien dentro del giro ordinario de los negocios del deudor, es relevante al momento de la ejecución de la garantía.

Antes de entrar a determinar cómo procede la ejecución de la garantía para bienes necesarios o innecesarios, hay que detenerse a determinar que se entiende por “giro ordinario de los negocios” del deudor. Las sociedades y las personas naturales que realizan actividades comerciales tienen sus actividades bien definidas, sea por el objeto social de la sociedad, o por lo que suelen hacer permanentemente. Esa habitualidad y profesionalismo en la ejecución de las actividades, jurídicamente es conocido por el giro ordinario de los negocios, pero hoy en día con la apertura económica y con la aparición de las sociedades por acciones simplificada, el objeto social es muy amplio y se dificulta establecer cuál es el giro ordinario de los negocios. (Auto 4 de abril de 2017 - Everfit S.A. , 2017) Por ello, la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades ha establecido que, es el juez del concurso quien determina que se entiende por el giro ordinario de los negocios respecto los deudores concursados, convirtiéndolo en un criterio subjetivo, particular de estudio del juez de conocimiento. (Auto 17 de marzo de 2016 - Panthers Machinery Colombia S.A.S., 2016)

Una vez establecido si una actividad es o no del giro ordinario de los negocios, se puede identificar cuando es el momento para la ejecución de la garantía. Si el bien otorgado en garantía no es necesario para el deudor, entonces la ejecución se puede hacer una vez quede en firme las objeciones elevadas dentro del proceso, es decir después de la audiencia

de resolución de objeciones o cuando quede en firme el auto que así lo indique. En cuanto a la circunstancia donde el bien entregado en garantía es necesario para el deudor, la ejecución de este solo podrá darse una vez quede confirmado el acuerdo de reorganización, es decir posterior a la audiencia de confirmación del acuerdo. (Auto 4 de abril de 2017 - Everfit S.A. , 2017)

De lo anterior se puede sistematizar, que la ejecución de una garantía mobiliaria siempre puede darse, sin importar la necesidad o no del bien, lo que varía es el momento en el que opera, y esto es en razón que hay que permitirle al deudor que no pierda la opción de la explotación de sus bienes necesarios, ya que el objeto de los procesos de insolvencia, sigue siendo la conservación de la empresa como fuente de ingresos y empleo.

Situación completamente diferente a lo que sucede con las garantías reales de prenda, ya que estas por ningún motivo pueden ser ejecutadas dentro del proceso de insolvencia, y los acreedores protegidos por estas se deben atener a la prelación de créditos, es decir esperar que a los acreedores laborales y al fisco se les pague la totalidad de la deuda para proseguir con los acreedores prendarios.

4. Formas de ejecutar las garantías mobiliarias.

La Ley 1676 de 2013 contempla tres formas de ejecutar las garantías:

- a. Pago directo: Es cuando el pago de la obligación o del crédito se puede realizar directamente con el bien en garantía, y este procede una vez se haya hecho el avalúo del bien teniendo en cuenta lo establecido por el parágrafo del artículo 60 de la ley mencionada. Es importante destacar que, este procede siempre y cuando las partes lo hayan pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea el tenedor del bien entregado en garantía.
- b. Ejecución judicial: hace referencia cuando la garantía se hace efectiva en razón a un mandato judicial por medio de un proceso de adjudicación, tal y como se describe en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso.
- c. Ejecución especial: es una ejecución que puede realizarse en situaciones especiales tales como: (i) por mutuo acuerdo entre el garante y el garantizado; (ii) cuando el acreedor sea quien tenga en su poder el bien entregado en garantía; (iii) cuando el acreedor tenga derecho legal de retención, (iv) cuando el bien tenga un valor inferior a 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes; o (v) cuando se cumpla un plazo o condiciones resolutoria de una obligación o cuando el bien sea perecedero. (Auto 4 de abril de 2017 - Everfit S.A. , 2017)

Tal y como se describió en el título anterior, los límites de la ejecución en los procesos de insolvencia dependen de la necesidad o no del bien, y por consiguiente su apropiación

dependerá de su tenencia. Las limitaciones en los procesos de insolvencia, se basan en la importancia del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, que indica los efectos de la solicitud y la aceptación de una reorganización, y velar porque se cumpla a cabalidad el principio de universalidad, el cual hace referencia que el patrimonio es prenda general de los acreedores, todo el patrimonio sin excepción, y por ello la ejecución solo se puede hacer en tiempos determinados. (Auto 1 de abril de 2014 - Campollo S.A., 2014)

5. Aplicación de la Ley 1676 de 2013 antes y después de su entrada en vigencia.

Los artículos 84 y 85 de la citada ley establecen que una vez esta haya entrado en vigencia, las garantías mobiliarias deben cumplir las disposiciones y requisitos exigidos legalmente, y de igual manera contempla la posibilidad de su aplicación para garantías constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley. Estos dos artículos se encargan de conservar los negocios jurídicos, y permitir que los acreedores prendarios no pierdan su garantía con la entrada en vigencia de esta norma. (Ley 1676 de 2013, 2014)

Dentro de la normatividad de la insolvencia el marco de aplicación de esta norma es la siguiente: (i) el ámbito objetivo hace referencia a la aplicación de la norma en su totalidad desde su constitución hasta su ejecución, y (ii) el ámbito temporal, dependerá del momento en que se constituya la garantía, es decir que si esta nace después de la entrada en vigencia de la norma, la garantía debe ceñirse a las disposiciones de la ley, pero si la garantía nace antes de la vigencia de la ley, habrá que distinguir si se formalizó o no el registro de esta en el sistema unitario de registro de garantías mobiliarias. (Auto audiencia 30 de diciembre de 2015 - Daniel Arenas León, 2016)

Sin perjuicio de lo anterior, hay que distinguir dos cosas: la Ley 1676 de 2013 establece que la norma cubre aquellas garantías mobiliarias constituidas y eficaces con la normativa anterior incluyendo el respeto de la prelación, sin embargo en materia de ejecución de la garantía, el acreedor garantizado debe cumplir con los requisitos de registro y oponibilidad. Para lograr que haya aplicación de la norma de garantías mobiliarias frente a la ejecución, los acreedores garantizados han debido registrar ante Confecamaras su garantía entre el 21 de febrero de 2014, fecha de entrada en vigencia de la norma, y el 21 de agosto del mismo año. (Auto audiencia 30 de diciembre de 2015 - Daniel Arenas León, 2016)

En cuando a las garantías inmobiliarias, es decir las acreencias respaldadas con una hipoteca, la Superintendencia de Sociedades en su jurisprudencia ha establecido que esta regla no se hace extensiva, y que por tanto el aspecto de ejecución no es aplicada a este tipo de garantías, ya que de interpretarse esta manera, sería un desconocimiento del artículo 58 de la Constitución Política, que regula la irretroactividad de la Ley, pues se entiende que las nuevas leyes solo aplican a futuro.

6. Garantías mobiliarias dentro del contrato de fiducia.

Las sociedades comerciales y las personas naturales comerciantes por temas operativos y administrativos, constituyen contratos de fiducia para convertir su actividad eficiente y organizada. Este contrato está compuesto por tres partes: la fiducia que es la entidad financiera, el fideicomitente que es quien entrega los bienes para que sean administrados por la fiduciaria, y el beneficiario que puede ser el mismo fideicomitente o unos acreedores garantizados que tienen derechos a los bienes inmuebles aportados a el patrimonio autónomo que se crea en cabeza de la fiduciaria, o los derechos económicos de esta fiducia. Estos contratos pueden ser fideicomisos de fuente de pago y administración, y como los bienes salen del patrimonio del fideicomitente, no pueden ser perseguidos por sus acreedores. (Auto 21 de enero de 2016 - PanthersMachinery Colombia S.A.S., 2016)

Esta particularidad de los contratos de fiducia descrita anteriormente, dentro de un proceso de insolvencia, podría ser el modelo perfecto para los acreedores garantizados por este, pues si los derechos económicos, dinero, muebles e inmuebles que hacen parte de fideicomiso no son del patrimonio del deudor, podrían interpretarse que no hacen parte de la masa que entraría al concurso. Es por esto que la Superintendencia de Sociedades ha desarrollado los siguientes puntos en su jurisprudencia:

- a. Inoperancia del contrato de fiducia en los procesos de insolvencia.

Teniendo en cuenta que el efecto más importante del contrato de fiducia mercantil es la creación de un patrimonio autónomo, en los procesos de insolvencia las normas del Código de Comercio y Civil, deben ceder la norma que regula la insolvencia por tratarse de norma especial, además de ser un proceso de naturaleza transitoria, prevalente y provisional. (Ley 1116 de 2006, 2006). Por consiguiente los contratos de fiducias en dentro de esos procesos pierden su eficacia cuando el fideicomitente entra en algún proceso de insolvencia, significando que el pago a los beneficiarios es violentar los principios de universalidad y de igualdad que consagra la Ley 1116 de 2006.

- b. La suerte de los recursos que constituye el patrimonio autónomo en caso de inscripción en el registro de garantías mobiliarias.

Cuando una sociedad que entra en un proceso de reorganización constituye un patrimonio autónomo y lo registra como una garantía mobiliaria, es importante determinar la suerte de los recursos y los bienes aportados a este.

La ley de garantías mobiliarias amplió el espectro de los bienes que pueden ser material de garantía, y este abanico de posibilidades incluye la fiducia, ya que la ley reconoce que todo bien material o inmaterial, fungible, derechos o contratos que tengan un valor económico pueden considerarse como una posible garantía. De lo anterior se puede determinar que por medio de cualquiera de estas opciones se

constituye una garantía mobiliaria, pero la ley también contempló otro requisito importante, el cual hace referencia al registro de la misma. (Auto 17 de marzo de 2016 - Panthers Machinery Colombia S.A.S., 2016)

Haciendo un análisis de la normativa aplicable en los procesos de insolvencia, muchas situaciones y efectos se dan al mismo tiempo. Para iniciar, hay dos tiempos importantes de resaltar para las garantías mobiliarias, su constitución tal y como se describió en un capítulo anterior y su registro, solo partiendo de la base que este se hizo en tiempo, y solo cumpliéndose ambos requisitos, el acreedor garantizado puede solicitar la ejecución de la garantía. A su vez, el artículo 50 de la ley de 1676 de 2013, indica que toda demanda o proceso de ejecución una vez iniciada la reorganización, debe remitirse al juez del concurso impidiendo su continuación. Finalmente, el inventario de bienes del deudor que debe entregarse detallado al juez del concurso, debe categorizar los bienes garantizados, entre necesarios o no para la operación del concursado, calificación imperativa para determinar el tiempo de ejecución de esas garantías. (Auto 1 de abril de 2014 - Campollo S.A., 2014)

Aterrizando estos efectos en el contrato de fiducia se puede establecer que, el contrato de fiducia per se, es la garantía mobiliaria y el cual debe registrarse ante Confecamaras, aceptado el deudor en la reorganización el contrato de fiducia este deja de ser eficaz, por el fuero de atracción que caracteriza la reorganización a atraer los bienes que componen dicho patrimonio autónomo, y siendo parte del patrimonio del deudor de nuevo, esos bienes deben ser catalogados como necesario o no para para que proceda la ejecución de la garantía.

VII. Posición actual de la Corte Constitucional respecto a la ejecución de las garantías mobiliarias dentro de los procesos de insolvencia.

Habiendo expuesto a grandes rasgos la posición de la Superintendencia de Sociedades respecto las diferentes temáticas que se desprenden de las garantías mobiliarias dentro de los procesos de insolvencia estudiados en el capítulo anterior, surge el interrogante de como hemos visto que es posible ejecutar las garantías por fuera del proceso, es importante determinar si esto contraria normas vigentes como la de la prelación de créditos, ya que cuando solo habían garantías reales de prenda esto no era posible.

El texto de la Ley 1676 de 2013, solo hace referencia a los procesos de insolvencia en los artículos 50, 51 y 52, cuyo texto despiertan muchas cuestiones como su armonía con la Ley 1116 de 2006, con artículos del Código Civil, normas constitucionales que se ven confrontadas por esta nueva ley. Como se mencionó con anterioridad, el objetivo de esta ley fue el de incrementar el acceso al crédito, finalidad que a simple vista protege derechos constitucionales económicos, sin detenerse a analizar otros derechos fundamentales de mayor importancia.

La Corte Constitucional en el 2018, por medio de la sentencia C-145-2018, tuvo la oportunidad de analizar a profundidad el alcance de los artículos 50, 51, 52 de la Ley 1676 de 2013, no solo trayendo a colación intervenciones anteriores respecto estos artículos, sino aclarando como debería ser la interpretación de las normas citadas en la actualidad. Los problemas con estos artículos son los siguientes: (Sentencia C-145 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera , 2018)

- a. Cuando un deudor es admitido en un proceso de reorganización, no puede admitirse o continuarse demanda de ejecución, ningún proceso de cobro en su contra, sobre bienes o inmuebles necesarios para su actividad cotidiana que esté dentro del giro ordinario de los negocios.
- b. De lo anterior, puede establecerse entonces que los demás procesos de ejecución sobre garantías reales sobre bienes no necesarios, si podrían continuarse o iniciarse por decisión de acreedor garantizado.
- c. Estas normas también señalan que cuando los bienes corren riesgo de depreciación, se puede solicitar al promotor o al juez del concurso que se adapten medidas para proteger su posición de acreedor garantizado sobre los bienes que corren ese riesgo.
- d. Sin perjuicio de lo descrito, las normas también permiten que una vez el acuerdo de reorganización sea confirmado, los bienes que fueron categorizados como necesarios, igualmente podrán ser ejecutados, y se les pague preferentemente a los demás acreedores que conforman el acuerdo de reorganización.
- e. Finalmente, si el proceso de reorganización no prosperaba por falta de confirmación del acuerdo o por incumplimiento de este, la liquidación judicial subsiguiente a este proceso, los acreedores garantizados no pierden sus ventajas, y sus créditos conservan la posibilidad de ejecutarse hasta por el tope que estos fueron garantizados.

Estos problemas enumerados, consiguieron establecer prerrogativas a los acreedores garantizados, ya que interpretando la nueva ley de garantías en contraste con las demás normas, no hay armonía y da lugar a interpretaciones equivocadas. Es por ello que a continuación se mencionan algunas diferencias de interpretación.

- a. El artículo 20 de la ley 1116 de 2006, contempla que desde el inicio del proceso de reorganización no podía admitirse ni continuarse ninguna demanda de ejecución o proceso de cobro, so pena de la declaración de nulidad de dicha actividad. Pero la Ley 1676 de 2013, indica que cuando la ejecución es sobre bienes no necesarios para la actividad del deudor o cuando los bienes corran riesgo de deterioro: (i) podrán continuarse los procesos de ejecución con autorización del juez; (ii) solicitar medidas

para proteger la posición privilegiada de estos acreedores; (iii) solicitar se le pague su acreencia preferencialmente; y (iv) en caso que la acreencia sea a plazo, pues se pagaran solo lo plazo vencidos, incluso si el bien otorgado en garantía tuvo que ser vendido para realizar este pago.

- b. Desconocimiento de la prelación de créditos contemplada por el Código Civil, ya que al permitir que los acreedores garantizados ejecuten sus garantías por fuera del acuerdo de reorganización o de liquidación, otorgándole protecciones especiales sobre los derechos de los trabajadores y de los menores de edad.

De lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia citada, reiterado en sentencia C-447 de 2015 (Sentencia C-447 de 2015 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo, 2015), ha sostenido que la prelación de créditos no se ha derogado en lo más mínimo, ya que el legislador es quien debe derogarlas expresamente, y tampoco hay una derogatoria tácita, al introducir la capacidad de la ejecución de las garantías mobiliarias por fuera del proceso de insolvencia. Por consiguiente, el problema se debe atribuir al razonamiento lógico, respecto la identificación del alcance de cada una de las normas.

En el 2015, bajo el supuesto de la liquidación judicial, la Corte analizó cómo opera la ejecución de los bienes otorgados en garantía según las reglas establecidas en el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013 que permite la posibilidad de excluir y adjudicar un bien dado en garantía al acreedor siempre y cuando su valor no supere o sea menor al crédito que tengan las partes, y esto solo procede cuando los demás bienes que tenga el deudor sean suficientes para cubrir los créditos de primera clase. Por consiguiente, se puede concluir que no hay una desaparición de la prelación de créditos, ya que esta no ha sido variada, y la obligación de velar por proteger a los acreedores de la primera clase, continúa. (Sentencia C-447 de 2015 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo, 2015)

El fundamento de la interpretación de la Corte, se basó en el carácter constitucional de los créditos alimentarios de los menores de edad y los derechos de los trabajadores, derecho que sobrepasan en importancia según el test de proporcionalidad a los derechos económicos que soportan la existencia de las empresas como base del desarrollo económico del país. La prelación de créditos aparece para proteger a aquellos que requieren mayor protección, ya que a pesar que el patrimonio es prenda general de los acreedores, muchas veces no es suficiente, y unos requieren ser atendidos primero.

Los créditos de primera clase protegen derechos fundamentales, pues así lo ha dicho la Corte en reiteradas ocasiones al hacer referencia a todas las prestaciones que se desprenden del contrato de trabajo y obligaciones de alimentos, y por consiguiente no pueden ser “degradados” por normas civiles. Sin perjuicio de lo anterior, esa superioridad de los principios constitucionales son solo para los mencionados, por lo que no se extiende a todos los acreedores de esta primera clase, dejando por fuera entonces, los créditos con el fisco.

En consecuencia, en materia constitucional no se puede ponderar derechos económicos sobre los fundamentales, y en materia de insolvencia esta no puede ser una excepción, sin embargo se pueden desprender dos interpretaciones. (Sentencia C-145 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera , 2018)

La primera se desprende de la lectura del artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, dispone que todo crédito reconocido y admitido debe respetar la prelación, privilegios y preferencias establecidas por la ley, respetando de esta forma la prelación de crédito contemplada por el Código Civil, pero esto fue modificado por la Ley 1676 de 2013, permitiendo la ejecución de las garantías mobiliarias fuera del proceso de insolvencia. Este cambio merece una mención de inconstitucional, pues establece que prevalecen los créditos de segunda clase sobre los de la primera.

Mientras que la segunda está basada en el artículo 2498 del Código Civil, el cual dispone que *“afectando a una misma especie crédito de la primera y créditos de la segunda, excluirán éstos a aquéllos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán éstos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie, en el orden y forma que se expresan en el inciso primero del artículo 2495”* (Ley 84 de 1873, 1873). Significando”. Lo que supone, que la ejecución de los bienes dados como garantía mobiliaria puede realizarse *siempre y cuando* haya suficientes activos para responder a los créditos de primera clase. Por lo que esta segunda interpretación es la que acoge en la actualidad la Corte.

Una vez analizados los argumentos de la Corte, es correcto concluir que: (i) establece que las disposiciones y regulaciones de la Ley 1676 de 2013, no son inconstitucionales y por consiguiente armonizan a la perfección con las demás normas de sistema jurídico; (ii) la entrada en vigencia de la ley de garantías mobiliarias en ningún momento desconoce y elimina la prelación de créditos que dispone el Código Civil; (iii) que los derechos fundamentales prevalecen sobre los económicos, por lo que los derecho de niños y de los trabajadores importan más que los de la conservación de la empresa; (iv) la primera clase de la prelación de créditos debe protegerse sobre los acreedores garantizados, es decir que no puede verse afectada por estos; y (v) las normas analizadas por la Corte solo adolecen de diferentes formas de interpretación, por lo que unas podrían considerarse inconstitucionales y otras son perfectamente válidas y armónicas con el sistema jurídico.

VIII. Conclusiones

La ley de garantías mobiliarias tal y como se mencionó en el desarrollo de la investigación, no reguló a profundidad esta figura jurídica en los procesos de insolvencia ya que solo dedicó tres (3) de sus artículos para ello, pero como se pudo determinar tuvo un impacto gigante en dichos procesos, según el análisis jurisprudencial de los casos estudiados que se adelantaron ante la Superintendencia de Sociedades como los pronunciamientos de la

Corte Constitucional referentes a la prelación de créditos y la ejecución de las garantías mobiliarias.

La tesis planteada se puede diseccionar de la siguiente manera: (i) como se ha visto afectada la garantía real de prenda en los procesos de insolvencia después de la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013 – Ley de garantías mobiliarias, y (ii) estudiar la posibilidad de si esta Ley de garantías mobiliarias abolió o no la figura de la prenda dentro de los procesos de insolvencia.

Respecto al primero cuestionamiento, el estudio permite responder lo siguiente:

- a. La figura de la garantía real de prenda no sufrió cambios teóricos dentro de los procesos de insolvencia, ya que dentro de las derogaciones que trajo consigo la nueva Ley de garantías mobiliarias no incluye la definición, funcionamiento y procedencia de la prenda. Sin embargo en la práctica, dentro de los procesos de insolvencia la prenda pasó a ser una figura en desuso en razón a que no genera la misma seguridad que las garantías mobiliarias.

Lo anterior se basa en que, en principio la regulación de las garantías mobiliarias buscó la agilidad y la eficacia de la ejecución de los bienes entregados en garantía, entendió que los acreedores garantizados con prenda estarían interesados en acogerse a las nuevas disposiciones. Esta posibilidad de implementar la nueva ley retroactivamente, se extendió a los proceso de insolvencia, permitiendo que las acreencias protegidas con figuras como la prenda, pasaran a entenderse como garantías mobiliarias, y por consiguiente verse beneficiadas por las formas de ejecución. Así las cosas, implícitamente se reconoce que la figura de prenda es obsoleta y poco segura al lado de las garantías mobiliarias en el ámbito de la insolvencia.

En razón a lo anterior, es preciso concluir como se mencionó, que la afectación a la garantía real de prenda no se generó teóricamente, sino que en la práctica no es conveniente usarla, ya que como se puede identificar en el estudio realizado, la constitución, el registro y la ejecución de la prenda se quedan cortos para la agilidad y seguridad que exigen los negocios hoy en día.

Ahora bien, el estudio también permitió permear el ámbito de la prelación de crédito dentro de los procesos de insolvencia, y permitir aclarar que esta no dejó de existir en razón de la entrada en vigencia de la Ley de garantía mobiliarias, ya que: (i) Los acreedores prendarios siguen cobijados por esta prelación, y esta sigue funcionando tal cual lo indica el Código Civil y el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006, y (ii) La ejecución especial o el pago preferente solo procede en los procesos concursales cuando los acreedores de primera clase (acreencias laborales,

pensionales y de alimentos) pueden ser atendidos con posterioridad a la ejecución del bien entregado en garantía. Por consiguiente, las garantías mobiliarias en materia de insolvencia no desconoce los derechos de los acreedores mencionados, no desconoce la prelación de créditos, y por consiguiente es completamente armónica con las normas del Código Civil, Código de Comercio y la normatividad que regula la insolvencia en Colombia.

b. En cuanto al segundo cuestionamiento se puede concluir lo siguiente:

1. Que la figura de la prenda tal y como la regula el Código Civil y el Código de Comercio bajo ninguna circunstancia fue abolida o derogada con la entrada en vigencia de la Ley de garantías mobiliarias, ya que como explicó la Superintendencia de Sociedades, la prenda entró a ser parte del sistema unitarios de garantías sobre bienes muebles, convirtiéndola en una especie de garantía sobre bienes muebles, y dejando de ser la única.
2. Que una vez resuelto el interrogante que la figura de prenda no desapareció del sistema jurídico, vale la pena resaltar tres cambios importantes que generó la entrada en vigencia de la ley de garantías mobiliarias que recalcan lo dicho en el anterior literal, y es la pérdida de fuerza de la prenda en la práctica.
 - 2.1. La constitución de las garantías mobiliarias, al igual que la prenda, surge por medio de actos jurídicos privados, pero la gran diferencia está que las garantías mobiliarias son un acto principal, perdiendo la característica de ser accesorio, queriendo decir que este no muere una vez el bien dado en garantía se extinga. Volviendo así esta figura mucho más proteccionista del acreedor garantizado, además de permitir entonces que los bienes disponibles para garantizar una deuda sean muchos más de los que permitía la figura de la prenda.
 - 2.2. El registro de la garantía mobiliaria, es obligatorio para garantizar la prevalencia a la hora de la ejecución del bien, por consiguiente su proceso de registro es mucho más sencillo, ya que se hace por medio de formularios por internet, el registro es de carácter nacional, significando que ya no se debe registrar en todas las Cámaras de Comercios, y el precio del registro es económico además de que solo se debe pagar una sola vez.
 - 2.3. Finalmente, está el tema de la ejecución, dentro de los procesos de insolvencia este aspecto es el que marca la mayor diferencia con la garantía real de la prenda, ya que como se estudió, las garantías mobiliarias recayendo en bienes necesarios o innecesarios para el giro ordinario del

deudor, es plenamente posible ejecutarla permitiéndole al acreedor garantizado no tenga que respetar los tiempos otorgados para los demás acreedores. Como consecuencia, esta posibilidad de ejecutar las garantías en los procesos de insolvencia salvaguardan a los acreedores garantizados, a tal nivel que de cierta manera los saca del acuerdo de reorganización o de liquidación, y les permite satisfacer su deuda como primera medida.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena resaltar que para ampliar el estudio, se podría profundizar la normatividad internacional, identificando las ventajas que le trae a la economía y a los procesos de insolvencia, la posibilidad de ejecutar las garantías mobiliarias dentro de estos procesos sin tener en cuenta la prelación de créditos. Lo anterior, considerando que dicho estudio de normatividad internacional, podría facilitar comprender mejor si la figura de la prenda es arcaica y obsoleta, si la ejecución de las garantías mobiliarias realmente afectan la prelación de créditos, y si en la práctica en los procesos de insolvencia deberían seguir existiendo acreedores prendarios.

Referencias

- Ley 1676 de 2013. (2014). Garantías mobiliarias. *Garantías mobiliarias*.
- Auto 1 de abril de 2014 - Campollo S.A., 430-004714 (Superintendencia de Sociedades 1 de abril de 2014).
- Auto 17 de marzo de 2016 - Panthers Machinery Colombia S.A.S., 400-004422 (Superintendencia de Sociedades 17 de marzo de 2016).
- Auto 21 de enero de 2016 - PanthersMachinery Colombia S.A.S., No. 400-000897 (Superintendencia de Sociedades 21 de enero de 2016).
- Auto 28 de febrero de 2017 - Andean Pacific Iron Corp, 400-005267 (Superintendencia de Sociedades 28 de febrero de 2017).
- Auto 4 de abril de 2017 - Everfit S.A. , Rad. 2017-01-180861 (Superintendencia de Sociedades 4 de abril de 2017).
- Auto audiencia 30 de diciembre de 2015 - Daniel Arenas León, Rad. 2016-01-070195 (Superintendencia de Sociedades 18 de febrero de 2016).
- Bonilla Sanabria, F. A. (12 de Julio de 2014). El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013. *E- Mercatoria*, 135.
- Buendía Grigoriu, L. (marzo de 2004). Contrato de prenda comercial. *Trabajo de grado*. Bogotá.
- Hidvegi Arango, S. (2017). *La jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades sobre aplicación de la Ley 1676 de 2013*. Bogotá: Instituto colombiano de Derecho Concursal.
- León Robayo, É. I., & González Umbarila, É. G. (2015). La prenda sin apoderamiento en Colombia:. *Revista de derecho Universidad del Norte*, 101.
- Ley 1116 de 2006. (2006). Regimen de insolvencia empresarial.
- Ley 1564 de 2012. (2012). Código General del Proceso.
- Ley 84 de 1873. (1873). Código Civil.
- Medina Pabón, Juan Enrique. (2016). *Bienes: Derecho reales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Ministerio de Comercio, I. y. (2014). Ley de garantías mobiliarias. *Ley de garantías mobiliarias*, 1-24.
- Prenda de acciones - Derechos del acreedor prendario, Oficio 220-039198 (Superintendencia de Sociedades 13 de Marzo de 2018).

Sentencia C-145 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera , C-145 de 2018 (Corte Constitucional 5 de diciembre de 2018).

Sentencia C-447 de 2015 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo, C-447 de 2015 (Corte Contitucional 15 de julio de 2015).