

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL*
CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT**

*Límites a la autonomía privada en la constitución
de garantías mobiliarias. Algunas antinomias
entre la Ley de Garantías Mobiliarias y los principios
de derecho privado que rigen la contratación*

Sumario: I. Premisa. II. La lectura de la Ley de Garantías Mobiliarias a la luz de los principios evita la violación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. III. Las antinomias entre la Ley de Garantías Mobiliarias y los principios de buena fe y autonomía contractual. A. La extensión ilimitada de las garantías mobiliarias tornaría la garantía en excesiva, lo cual transgrede la buena fe. B. La exoneración de la responsabilidad por cuidado y preservación de los bienes objeto de la garantía violaría las obligaciones de lealtad y preservación de los intereses de la contraparte. C. La oponibilidad de las garantías se construye a partir de la publicidad del registro de las mismas en garantía de la transparencia del sistema, lo cual no es promovido por la Ley de Garantías Mobiliarias. D. La garantía mobiliaria prioritaria de adquisición transgrede la autonomía contractual y la buena fe en cuanto se desconocen los derechos de los acreedores con garantías inscritas precedentemente. E. En materia de garantías constituidas sobre créditos son múltiples las violaciones de los principios de buena fe y autonomía contractual. F. La prohibición del abuso del derecho, un postulado meramente formal, carente de efectos prácticos dentro del régimen de garantías. IV. Las antinomias entre la Ley de Garantías Mobiliarias y el principio de equidad. A. La exclusión de la prelación de las obligaciones fiscales y tributarias en materia de garantías mobiliarias contraría el principio de equidad en cuanto afecta los derechos colectivos, el interés público, el régimen económico y de hacienda pública. B. El pacto comisorio pone inequitativamente al deudor en situación de inferioridad frente al acreedor. A modo de conclusión. Referencias.

I. PREMISA

En el contexto de la particular preocupación del legislador sobre el acceso al crédito y la limitada utilidad práctica que ha tenido el derecho de garantías en Colombia, se expide la llamada “Ley de Garantías Mobiliarias”, Ley 1676 de 2013 (“Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas

* Profesora titular de Derecho Privado y Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho y magíster en Derecho Privado de la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Contacto: martha.neme@uexternado.edu.co

** Profesor de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad de Génova (Italia), magíster en Sistema Jurídico Romanista, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Contacto: carlos.chinchilla@uexternado.edu.co

sobre garantías mobiliarias”), la cual tiene como objeto “modernizar” el régimen de garantías, por una parte, mediante la ampliación de los bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria, y por otra, mediante la simplificación de la constitución, la oponibilidad, la prelación y la ejecución de las garantías mobiliarias¹.

En efecto, los propósitos de la ley son loables en lo que concierne a las relaciones de crédito de consumo y para la producción², siendo ellos: la promoción del acceso al crédito formal, en especial para las micro, pequeñas y medianas empresas, la ampliación de las garantías reales y personales sobre bienes muebles en consideración a los activos disponibles de estas empresas, la minimización de los riesgos para el sector financiero y la consecuente rebaja de las tasas de interés que debería derivarse de ello, la reducción de costos en la constitución y ejecución de las garantías, la creación de un sistema unificado y transparente de registro de dichas garantías.

Sin embargo, la ley debe leerse a la luz de los principios, con el fin de que en nombre de los señalados propósitos no se transgredan derechos, no se cometan abusos ni se legitimen iniquidades. Por el contrario, con la lectura

-
- 1 Art. 1.º de la Ley 1676 de 2013 (en adelante, también, “LGM”). En efecto, la ley tiene motivaciones de orden económico y jurídico. Dentro de las económicas se encuentra la de que los consumidores y productores requieren de un acceso a recursos de capital en un sistema “regulado” de provisión del crédito (entidades financieras y no prestamistas informales), para que los puedan utilizar en sus actividades productivas o de consumo. En ese sentido, la ley busca concretar una necesidad del mercado: “el crédito como fuente de acceso al capital surge como una herramienta que facilita el poder adquisitivo con propósitos productivos o de consumo”. Dentro de las razones jurídicas se encuentra la necesidad de ampliar los bienes que pueden ser utilizados como garantía de las obligaciones y pasar de una categoría restringida como la de la ‘prenda’ a una más general como la de ‘garantías mobiliarias’ (art. 3.º). Este cambio conceptual constituye una aproximación funcional que hace énfasis en la función de las garantías frente al negocio jurídico garantizado, sin centrar exclusivamente su atención en el tipo de bienes sujetos a la garantía. También existía la necesidad jurídica de resolver las dificultades de ejecución de las garantías tradicionales. Véase BONILLA SANABRIA, FABIO. “El equilibrio contractual en la relación de garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013”. *Revista e-Mercatoria*, 13, n.º 2, 2014, pp. 131-161, en particular, p. 133.
- 2 En relación con el ámbito de aplicación de la Ley 1676 de 2013 y, en particular, sobre su aplicación a todas las relaciones de crédito de consumo, según las finalidades de la ley, véase *ibíd.*, p. 136, en donde el autor resalta que la Ley 1676 no diferencia el ámbito objetivo de aplicación en relación con el tipo de relación negocial. Es decir, la ley busca claramente utilizar las garantías como un incentivo para el aumento del crédito disponible, lo cual beneficia actividades productivas y el mismo consumo, pero no es claro si esa lógica funcional del mercado se presenta en las relaciones de consumo tradicionales: relaciones contractuales en las que se otorgan garantías, ya no como un resultado del otorgamiento del capital, sino para el respaldo de otro tipo de obligaciones que satisfacen necesidades básicas.

a través de los principios se garantizan los derechos de los acreedores y de los deudores en un sistema de garantías mobiliarias ‘funcional y flexible’³, en pro del logro del crecimiento y el desarrollo económico del país.

II. LA LECTURA DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS EVITA LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

La jerarquía de las fuentes fundada en la certeza formal del ordenamiento no resuelve los conflictos entre las normas, puesto que se requiere entender la lógica sustancial del ordenamiento, esto es, los valores y los principios que la Constitución recoge⁴. La solución de la particular controversia se logra, no solo en atención al artículo de la ley que parece contenerla o resolverla, sino a la luz del entero ordenamiento jurídico, en particular a sus principios, los cuales son elecciones sustanciales que caracterizan el propio sistema jurídico⁵. De esta forma, toda interpretación de la ley y su concreta aplicación debe estar guiada por los principios constitucionales que fundan el ordenamiento y el entero sistema jurídico⁶.

Son estos principios los que apuntan a la centralidad de la persona humana y a la consecuente realización de sus derechos fundamentales⁷. De manera que los derechos fundamentales han de ser preservados en todas las instancias de la relaciones jurídicas y, particularmente, en el ámbito del derecho privado, pues los derechos fundamentales se hacen realidad no solo en la esfera de lo público, sino también en las relaciones privadas⁸; de ahí la

3 Según VEIGA COPO, ABEL B. *Garantías mobiliarias: Ley 1673 de 2013*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda y Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2017, p. 20, las dos características de la ley son funcionalidad y flexibilidad. La primera de estas características atiende a la redefinición del concepto de la garantía mobiliaria en el ordenamiento jurídico colombiano; la segunda, en cambio, hace relación a un modelo más ágil o eficiente de operación de las garantías, el cual se refleja en el proceso de constitución, en el desarrollo y en la fase de ejecución de las garantías en caso de incumplimiento por parte del deudor.

4 PERLINGIERI, PIETRO. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, t. I. Nápoles: ESI, 2013, p. 164.

5 Ibid., p. 177.

6 RODOTÀ, STEFANO. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, pp. 41-104.

7 NIPPERDEY, HANS CARL. “Diritti fondamentali e diritto privato”. En: P. FEMIA (ed.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*. Nápoles: ESI, 2018, pp. 56-71.

8 CANARIS, CLAUS-WILHELM. “Diritti fondamentali e diritto privato”. En: FEMIA (ed.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, cit., pp. 107-158.

necesidad de proteger los derechos fundamentales de las posibles violaciones que puedan provenir del derecho privado, como sucede en este caso con la Ley de Garantías Mobiliarias; pues las regulaciones del derecho privado pueden intervenir en los derechos fundamentales de modo tan intenso como las normas de derecho público, con la particular dificultad de que en materia de derecho privado, por regla general, a ambos lados de la relación se oponen núcleos de derechos cuya titularidad reside en cada una de las partes entre las que se suscita el conflicto⁹.

Es por ello que el derecho, desde hace milenios, viene acomunando consenso en torno a la necesidad de desarrollar mecanismos que enerven la transgresión de tales derechos, realizada por y entre particulares, mecanismos que se erigen hoy en principios de la contratación privada que cimientan el ordenamiento, a saber, la equidad, la buena fe y la autonomía contractual¹⁰.

Veamos ahora, a título de ejemplo, la manera en que se plantean algunas antinomias entre las normas de la ley comentada y los principios que rigen la contratación privada.

III. LAS ANTINOMIAS ENTRE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y AUTONOMÍA CONTRACTUAL

En los apartes subsiguientes pretendemos develar las antinomias que a nuestro juicio existen entre varias de las disposiciones que conforman la Ley de Garantías Mobiliarias y principios como los de buena fe y autonomía contractual que rigen la contratación y que no pueden ser soslayados so pretexto del ejercicio de la tutela del crédito.

9 Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-375 de 1997, T-083 de 2010, T-247 de 2010 y T-694 de 2013.

10 Como lo expresa DÜRIG, GÜNTER. “Diritti fondamentali e giurisprudenza civile”. En: *Dritt-wirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, FEMIA (ed.), cit., p. 96, quien sostiene que no se debe promover el mensaje de que los derechos fundamentales que representan los valores que protege el ordenamiento no han sido protegidos por el derecho privado. La esfera del derecho público puede solo mirar con envidia las posibilidades de defensa que puede desarrollar el derecho privado con la ayuda de los principios clásicos del derecho civil, como es el caso de la buena fe.

A. LA EXTENSIÓN ILIMITADA DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS TORNARÍA LA GARANTÍA EN EXCESIVA, LO CUAL TRANSGREDE LA BUENA FE

El artículo 13 LGM amplía automáticamente la garantía sobre un determinado bien a los denominados “bienes derivados o atribuibles”¹¹, lo cual podría conducir a una garantía excesiva, derivando en el abuso del acreedor garantizado¹². La garantía debe commensurarse al valor de la obligación, pues la extensión de las medidas tendientes a proteger un derecho debe ser proporcional al riesgo del derecho, comoquiera que el uso excesivo de las medidas de garantía, en relación con la finalidad para la que legítimamente se instauran, esto es, la protección del crédito, degenera en un abuso del derecho del acreedor que la buena fe no tolera¹³.

En el mismo sentido, tal como lo dispone el numeral 6 del artículo 16 LGM, resultaría abusivo el pacto en virtud del cual el garante renuncia a la obligación del acreedor garantizado de adecuar el valor de las garantías al valor de los créditos garantizados. Dicha renuncia permitiría que mediante un pacto expreso el acreedor garantizado sea relevado de la obligación de presentar el formulario registral de modificación que elimina algunos bienes sobre la garantía mobiliaria o rebaja el monto máximo de la obligación garantizada cuando algunas obligaciones del garante a favor del acreedor garantizado estén parcialmente satisfechas¹⁴.

11 Art. 13: “Derecho sobre los bienes originalmente en garantía y los bienes derivados o atribuibles. Salvo pacto en contrario, la garantía mobiliaria constituida sobre el bien en garantía se extenderá de forma automática a todos los bienes derivados o atribuibles de conformidad con lo establecido en el artículo 8.º de esta ley”. En efecto, el artículo 8.º define a los bienes derivados y atribuibles como aquellos provenientes de los bienes originalmente gravados, incluyendo los nuevos bienes, entre otros, dinero en efectivo y depósitos en cuentas bancarias y cuentas de inversión, que resulten de la enajenación, transformación o sustitución de los bienes muebles dados en garantía, independientemente del número y secuencia de estas enajenaciones, transformaciones o sustituciones. Estos también incluyen los valores pagados a título de indemnización por seguros que protegían a los bienes sobre los que se había constituido la garantía, al igual que cualquier otro derecho de indemnización por pérdida, daños y perjuicios causados a estos bienes en garantía, y sus dividendos.

12 Critica también este artículo VEIGA COPO. *Garantías mobiliarias*, cit. p. 183, cuando afirma que una cláusula que extienda las garantías a los bienes derivados constituye un “desvalijamiento del propio patrimonio del deudor”. Entra todo el patrimonio, o una buena parte de este, a ser controlado y garantizado a favor de un acreedor que se inmuniza frente a las pretensiones del resto de acreedores presentes y futuros del deudor.

13 Véase al respecto la emblemática sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 30 de octubre de 1935, M.P.: Antonio Rocha.

14 Art. 19: “Derechos y obligaciones del acreedor garantizado. Corresponde al acreedor garantizado: (...) 6. Salvo pacto en contrario, cuando algunas obligaciones del garante a favor del acreedor

Un pacto que libere al acreedor prendario de su obligación de modificar el registro evidenciando que las obligaciones han sido parcialmente satisfechas tornaría la garantía en excesiva, lo cual sería abusivo. Por lo demás, otorgar al acreedor garantizado la posibilidad de ser liberado de su obligación de modificar el registro, evidenciando que las obligaciones han sido parcialmente satisfechas, conculca los legítimos derechos del deudor en la medida en que el mutuo confiere al deudor el derecho a exigir al acreedor que se otorgue constancia de la manera en que se ha honrado la obligación, incluso si es parcial. Por el contrario, si la garantía la ha otorgado un tercero, este tiene el derecho a que la misma se conmensure al valor del crédito. Se trata de obligaciones que integran el contenido del contrato, por virtud de la buena fe, en cuanto connaturales al tipo contractual, y, por ende, su transgresión viola las obligaciones adquiridas, el *pacta sunt servanda* y con ello la buena fe¹⁵.

B. LA EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CUIDADO Y PRESERVACIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE LA GARANTÍA VIOLARÍA LAS OBLIGACIONES DE LEALTAD Y PRESERVACIÓN DE LOS INTERESES DE LA CONTRAPARTE

Conforme al artículo 19 LGM, el acreedor garantizado podría ser liberado, por pacto que así lo determine, de la obligación de ejercer el cuidado razonable

garantizado estén parcialmente satisfechas, presentar el formulario registral de modificación que elimina algunos bienes sobre la garantía mobiliaria o rebaja el monto máximo de la obligación garantizada”.

- 15 Sobre la integración del contenido contractual, cfr. FRANZONI, MASSIMO. “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”. *Contratto e Impresa*, 1999, pp. 83-97; DI MAJO, ADOLFO, “La buona fede correttiva di regole contrattuali”. *Corriere giuridico*, 2000, pp. 1488-1486; ALPA, GUIDO. “La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità”. En: S. Mazzamuto (ed.), *Il contratto e le tutele*. Turín: Giappichelli, 2002, pp. 218-240; RODOTÀ, STEFANO. *Le fonti di integrazione del contratto*, reimp. Milán: Giuffrè, 2004, pp. 91 ss.; D’ANGELO, ANDREA. “La buona fede”. En: *Il contratto in generale*. En: Bessone (dir.), *Trattato diritto privato*. Turín: Giappichelli, 2004, pp. 3 ss.; BARCELLONA, MARIO. *Clausole generali e giustizia contrattuale*. Turín: Giappichelli, 2006, pp. 65 ss.; NANNA, MARIA CONCETTA. *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*. Padua, 2010, pp. 4 ss.; VILLANACCI, GERARDO. *La buona fede oggettiva*. Nápoles: ESI, 2013, pp. 13 ss.; CAPOBIANCO, ERNESTO. “Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi”. *Annuario del contratto*, 2015, pp. 64 ss.; PIRAINO, FABRIZIO. *La buona fede in senso oggettivo*. Turín: Giappichelli, 2015, *passim*. PIRAINO, FABRIZIO. *Buona fede, ragionevolezza e efficacia immediata dei principi*. Nápoles: ESI, 2017, pp. 9 ss.

de los bienes objeto de la garantía y, en tal sentido, de “tomar las medidas necesarias para preservar el valor de los bienes en garantía y los derechos derivados de los mismos”¹⁶, con lo cual se violaría el principio de buena fe que manda ejecutar el contrato en el mutuo respeto de los intereses del otro¹⁷.

En efecto, de conformidad con la buena fe, el acreedor prendario se encuentra obligado a cuidar del bien prendado de forma tal que no se vea disminuido su valor o perdido un derecho inherente al mismo por ausencia en su ejercicio, pues la lealtad con su deudor a ello lo obliga¹⁸; pero así como deberá responder por el dolo y la culpa en el cuidado de la cosa, el deber de lealtad que emana de la buena fe no consiente al acreedor que, bajo pretexto de preservar y aumentar el valor de la cosa prendada, realice sobre ella inversiones o mejoras, de suerte que el deudor se vea privado de su derecho a recuperar la cosa o le sea más gravoso recuperarla, todo a causa de las mejoras e inversiones exorbitantes sobre la cosa prendada realizadas de forma desleal¹⁹.

16 Art. 19: “*Derechos y obligaciones del acreedor garantizado*. Corresponde al acreedor garantizado: 1. Ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía que se encuentren en su tenencia. Salvo pacto en contrario, el cuidado razonable implica la obligación de tomar las medidas necesarias para preservar el valor de los bienes en garantía y los derechos derivados de los mismos. (...)”.

17 PICOD, YVES. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. París: LGDJ, 1989, 170 ss.

18 Como ha sido reconocido por la doctrina: “En la prenda de garantía, donde se opera el desplazamiento de la cosa que, del deudor, pasa al acreedor, es donde éste adquiere obligaciones en relación con la guarda y conservación de la cosa prendada y su conservación. Las obligaciones que le incumben al acreedor son: a) Guardar y conservar las cosas como un buen padre de familia, lo que implica: 1. Obligación de guarda y conservación propiamente dichas, 2. Obligación de no usar la cosa, 3. Obligación de no abusar de ella, y b) Obligación de restitución”. PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Garantías civiles*. Bogotá: Temis, 1990, p. 288. Obligaciones estas inherentes al derecho de prenda, como se reconoce desde el derecho romano: D. 13.7.15 Ulpiano. Comentarios al Edicto, libro XXVIII. “El acreedor, cuando devuelve la prenda, debe prometer de dolo al deudor; y si se dio en prenda un predio, se ha de prometer también respeto de su derecho, no sea acaso que habiendo dejado de usarlas el acreedor, se hayan perdido las servidumbres”. Ver NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 284.

19 *Ibid.*, p. 285. En el derecho antiguo existe un ejemplo que respalda dicha afirmación: D. 13.7.25, Ulpiano. Comentarios al Edicto, libro XXXI. “Si el acreedor instruyó en algún arte a los esclavos dados en prenda, si verdaderamente ya fueron instruidos, o lo fueron con voluntad del deudor, habrá la acción contraria; pero si no medió nada de esto, si las artes fueron verdaderamente necesarias, habrá la acción contraria, pero no de suerte que el deudor se vea obligado a estar privado de los esclavos por el porte de los gastos. *Porque así como el dolo y la culpa, de que responde, no consiente que el acreedor sea negligente, así tampoco consiente que haga tal la cosa dada en prenda, que para el deudor sea gravosa de recuperar*, por ejemplo, si un grande bosque dado en prenda por un

De manera que conceder la posibilidad de un pacto que libere al acreedor garantizado de realizar el cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía y, por ende, de su obligación de responder al garante por los perjuicios que su omisión en la toma de medidas necesarias para preservar el valor de dichos bienes genere, desconoce la obligación de diligencia del acreedor garantizado, así como la de lealtad en la preservación de los intereses de la contraparte que impone la buena fe²⁰; obligaciones estas que resultan esenciales para el cumplimiento de la función del tipo negocial de prenda, que no puede valorarse, como pretende la ley, desde la sola óptica de tutela del crédito —en detrimento de los derechos del deudor—, en este caso de que le sea restituida la cosa debidamente custodiada y conservada, tranquilidad sin la cual ningún deudor sensato otorgaría una garantía; de manera que cláusulas que contengan una exención franca de responsabilidad por obligaciones que le son exigibles a la parte que se exonera resultan abusivas y, por ende, están destinadas a no tener valor²¹.

Además, cabe recordar que la obligación de lealtad que impone la buena fe consistente en la preservación de los intereses del deudor llega incluso a la exigencia de cooperación y solidaridad en términos de conceder al otro todo aquello que sin generarnos daño esté en nuestras posibilidades²².

hombre, que apenas podía pagar ni aún cultivarlo, habiendo tu recibido en prenda lo cultivaste de tal manera, que lo hicieras de gran precio, porque no es justo o que me procure yo otros acreedores, o que me vea precisado a vender lo que querría recuperar, o abandonártelo a ti forzado por la carencia de medios. Así, pues, esto deberá ser estimado por el juez en su término medio, para que no sea oído ni el deudor delicado, ni el acreedor gravoso” (resaltado fuera de texto).

20 En el derecho italiano, por ejemplo, se habla de que la obligación de cooperación comporta la obligación de salvaguardar la utilidad del contrato para la contraparte, de proteger el interés de aquella, lo cual se especifica en las obligaciones de custodia, conservación y salvaguarda propias del contrato. En ciertas situaciones obliga al acreedor a evitar al deudor un costo mayor por la ejecución del contrato. Sobre el particular, cfr. FRANZONI, MASSIMO. *Degli effetti del contratto*, vol. II. En: P. SCHLESINGER (dir.), *Il codice civile. Commentario*. Milán: Giuffrè, 2013, p. 228.

21 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936, M.P.: Antonio Rocha: “Las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquellas por las cuales se estipula, al asumirse una obligación contractual, que el deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de obligación. La inejecución de una obligación constituye en derecho la culpa; se es responsable, en efecto, cuando no se ha ejecutado la obligación. Es una contradicción contraria al orden social, decir que se asume la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehúye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor”.

22 NEME VILLARREAL. *La buena fe en el derecho romano*, cit., p. 259.

C. LA OPONIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS
SE CONSTRUYE A PARTIR DE LA PUBLICIDAD
DEL REGISTRO DE LAS MISMAS EN GARANTÍA
DE LA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA, LO CUAL
NO ES PROMOVIDO POR LA LEY DE GARANTÍAS
MOBILIARIAS

Una de las reglas que emana de la buena fe es la exigencia de transparencia en las relaciones que involucran derechos en conflicto. Ahora bien, la oponibilidad deriva de la publicidad del registro de la garantía²³, no de la entrega de la tenencia del bien objeto de la garantía, que no por ello es o puede ser fácilmente conocida por un tercero.

Con base en lo anterior se puede sostener que la previsión del artículo 21 LGM, respecto a los tres mecanismos de oponibilidad frente a terceros de las garantías mobiliarias –(i) por la inscripción en el registro, (ii) por la entrega de la tenencia y (iii) por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero²⁴–, transgrede palmariamente el principio de buena fe por desconocimiento de la obligación de transparencia en detrimento de los derechos de terceros.

La razón es sencilla: los terceros tienen como único recurso idóneo, para conocer el estado de pignorados o no de unos bienes, el acudir al registro para examinar la existencia de garantías, de manera que los mecanismos de oponibilidad que pretende imponer la ley por medio de la entrega y por el control de los bienes carecen de la respectiva publicidad; ello conduce a que

23 La implementación de un sistema de registro permite evitar la falsa apariencia de riqueza, lo cual redundaría en el interés general. El registro es esencial para el sistema de garantías, pues influye directamente en la facilitación del crédito al permitir conocer el estado real de una garantía de una forma sencilla y fehaciente. Además, sirve para determinar los órdenes de prelación, minimizar eventuales disputas y facilitar la prioridad de los acreedores. Si el sistema de registro es de bajo costo, se estimularía su uso. Cfr. RAMÍREZ TORRES, GUILLERMO LEÓN. “Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la Ley de Garantías Mobiliarias”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 54, 2015, p. 12.

24 Art. 21 LGM: “Mecanismos para la oponibilidad de la garantía mobiliaria. Una garantía mobiliaria será oponible frente a terceros por la inscripción en el registro o por la entrega de la tenencia o por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto en el presente título, razón por la cual no se admitirá oposición ni derecho de retención frente a la ejecución de la garantía, a la entrega, a la subasta o a cualquier acto de ejecución de la misma en los términos establecidos en esta ley”.

el tercero tenga prácticamente que imaginar la existencia de garantías sobre bienes y derechos respecto de los que se haya realizado la mera entrega, e incluso se le obligaría a utilizar medidas de indagación que van más allá de toda exigencia de diligencia.

Por lo demás, ¿qué sentido tiene el conformar un registro único de garantías mobiliarias si podrían existir garantías no registradas? Ello conduciría sin duda a la pérdida de la función esencial del registro de otorgar publicidad y, con ello, dotar de transparencia y seguridad al mercado.

En efecto, la buena fe exige una lealtad que se profesa también hacia el propio tráfico mercantil, dirigida a garantizar un cabal desenvolvimiento de los contratos, dentro de un marco de corrección, de transparencia, de claridad, de plena satisfacción de los intereses de los participantes en dicho tráfico, como presupuestos necesarios para dar lugar a una más segura libertad en el llevar a término los negocios, todo lo cual se ve truncado con la disposición en comento.

D. LA GARANTÍA MOBILIARIA PRIORITARIA DE ADQUISICIÓN TRANSGREDE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL Y LA BUENA FE EN CUANTO SE DESCONOCEN LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES CON GARANTÍAS INSCRITAS PRECEDENTEMENTE

La garantía mobiliaria prioritaria de adquisición es una garantía sobre un bien determinado, el cual ha sido adquirido usando la financiación otorgada por el acreedor²⁵. Con la constitución de este tipo de garantías, se crea una prelación especial, en virtud de la cual el acreedor garantizado tiene prelación frente a las garantías ya registradas sobre el mismo bien. En ese sentido, se rompe la regla general de la prelación, *prior tempore potior iure*,

25 Art. 8.º LGM: “*Definiciones*. [...] Garantía mobiliaria prioritaria de adquisición. Es una garantía otorgada a favor de un acreedor, incluyendo un vendedor, que financie la adquisición por parte del deudor de bienes muebles corporales sobre los cuales se crea la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición. Dicha garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles presentes o por adquirirse en el futuro, financiadas de dicha manera, inclusive aquellos en los que el derecho de propiedad sirve de garantía, como por ejemplo la venta con reserva de dominio sobre bienes muebles, venta bajo condición resolutoria sobre bienes muebles u operación similar que en todo caso tendrán que inscribirse en el registro para los efectos de esta ley”.

con los dos requisitos que prevé la ley para la constitución de una garantía mobiliaria prioritaria: (i) la inscripción usando el formulario especial conforme con la naturaleza de la garantía, y (ii) si el bien en garantía hace parte del inventario, la notificación por parte del acreedor beneficiado por la garantía a los otros acreedores que han registrado precedentemente otras garantías, informando sobre la existencia de la garantía y el cambio en la prelación de créditos²⁶.

Con este último requisito se pretende poner en conocimiento a los acreedores afectados por la constitución de la garantía mobiliaria prioritaria de adquisición y, por lo tanto, brindarles la oportunidad de revisar las condiciones de su garantía, pero con un agravante: la vulneración de un derecho adquirido con la inscripción en el registro de su garantía.

En otras palabras, con la constitución de este tipo particular de garantía mobiliaria, en la práctica, se deja sin efectos un derecho anterior del acreedor originario, quien con su inscripción, y amparado en el adagio “primero en el tiempo, primero en el derecho”, creía haber puesto a salvo su crédito con dicha garantía. En ese orden de ideas, la inscripción y registro de la garantía prioritaria afecta a acreedores con garantías ya registradas y tiene efectos retroactivos de anulación de la prelación de las garantías precedentes²⁷, generándose consecuentemente incertidumbre sobre los derechos que se entienden adquiridos por el registro.

Este tipo de soluciones legislativas termina por invalidar el sistema registral mismo, ya que un acreedor con garantías inscritas estará siempre en el temor de que aparezca una garantía prioritaria que le arrebate injustamente

26 Art. 22 LGM: “*Garantía mobiliaria prioritaria de adquisición*. A una garantía mobiliaria Prioritaria de adquisición para que sea oponible, debe dársele publicidad por medio de la inscripción registral de un formulario que haga referencia al carácter especial de la garantía, el cual contiene los datos indicados en el artículo 43 de esta ley.

“Cuando se otorgue esta garantía sobre bienes del inventario, el acreedor beneficiario de la garantía deberá notificar a los acreedores precedentes con las garantías mobiliarias registradas anteriormente que puedan verse perjudicados por su prelación excepcional”.

27 Art. 54 LGM: “*Prelación de la garantía mobiliaria de adquisición*. La garantía mobiliaria de adquisición tendrá prelación sobre cualquier garantía mobiliaria previamente registrada que afecte bienes muebles del mismo tipo, siempre y cuando dicha garantía se constituya y sea oponible conforme a lo establecido por esta ley, aun cuando esta garantía mobiliaria de adquisición se haya hecho oponible con posterioridad a la garantía anterior. La garantía de adquisición se extenderá exclusivamente a los bienes muebles específicos adquiridos y a sus bienes derivados o atribuibles, siempre y cuando el acreedor garantizado cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 22 de la presente ley”.

su derecho, o peor aún, que todos los acreedores quieran obtener la garantía prioritaria y se termine por anular el acceso al crédito fundado en garantías comunes, que dejarían de tener valor.

E. EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUIDAS
SOBRE CRÉDITOS SON MÚLTIPLES LAS VIOLACIONES
DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE
Y AUTONOMÍA CONTRACTUAL

La ley regula un acápite referido a la garantía sobre créditos, en el que se configuran una serie de transgresiones que pasan a evidenciarse.

De acuerdo con el artículo 26 LGM, se transgreden la autonomía contractual, la buena fe y la estructura del concepto de obligación cuando se autoriza al acreedor de un crédito a desconocer abiertamente la existencia de la prohibición de cesión que fuere introducida en el contrato del que emana el crédito²⁸, pues con ello se permite el desconocimiento unilateral del contrato, el separarse de manera inconsulta de aquello que se convino entre los contratantes, esto es, la intransmisibilidad del crédito. En efecto, una cláusula de intransmisibilidad del crédito puede cumplir una función sustancial en el contrato, su validez puede derivar de la naturaleza de la obligación, de la ley o de la convención de las partes como medida de tutela del legítimo interés del deudor y, por ende, no puede ser desconocida por el acreedor arbitrariamente, en ejercicio de la fuerza y en clara contrariedad al *pacta sunt servanda*.

Por otra parte, el sistema de obligaciones consagrado en nuestro ordenamiento no permite reducir toda transgresión de una convención o pacto al pago de perjuicios, como pretende hacerlo la ley cuando el artículo en cuestión permite desconocer unilateralmente la prohibición de

28 Art. 26 LGM: “*Acuerdo de limitación a la transferencia del crédito*. La garantía mobiliaria o cesión de un crédito en garantía surtirá efecto entre el garante o cedente y el cesionario o acreedor garantizado, así como frente al deudor del crédito, independientemente de la existencia de cualquier acuerdo mediante el cual se limite el derecho del garante o cedente a ceder, gravar o transferir el crédito.

“Lo dispuesto en el presente artículo no exime de responsabilidad al cedente o garante para con el deudor del crédito, por los daños ocasionados por el incumplimiento de dicho acuerdo.

“El cesionario o acreedor garantizado no incurrirá en responsabilidad alguna por el solo hecho de haber tenido conocimiento del mencionado acuerdo”.

cesión pero pagando por los daños ocasionados por el incumplimiento de dicho acuerdo. En efecto, la esencia de la obligación está en la posibilidad de constreñir el cumplimiento del objeto del contrato, no en solicitar el resarcimiento²⁹, pues la *solutio*, el pago, se logra esencialmente, y salvo imposibilidad u obligación *intuito personae*, mediante la prestación *in natura*. Este entendimiento ha forjado durante siglos los fundamentos de la regla *pacta sunt servanda*, pone de relieve el carácter indiscutiblemente vinculante de la relación jurídica, la cual no admite la tesis de un “incumplimiento eficiente”, basada en el concepto de la obligación como una facultad de elección, en virtud del cual el deudor se rehúsa a cumplir porque ha calculado que puede mejorar en ventaja suya el negocio celebrado si responde en los límites de las tradicionales reglas resarcitorias, antes de ejecutar correctamente lo que prometió. De hecho, nuestro sistema jurídico propugna valores comunes basados en la cooperación, la protección de los intereses de la contraparte, la solidaridad y la lealtad, los cuales pretenden la confianza en la rectitud del tráfico jurídico, el derecho a esperar siempre el cumplimiento de la obligación pactada, la exigencia a las partes de comportarse con lealtad y corrección plena, de acuerdo con los patrones de conducta que impone la buena fe, la cual requiere cumplir con la palabra dada.

Un sistema que permita comportamientos del deudor consistentes en “incumplir y pagar”, sin miramiento al correcto cumplimiento de la función económico social del contrato, conduciría a una perenne incertidumbre para el acreedor, quien no sabría que en el futuro el cumplimiento del contrato resultará económicamente conveniente para el deudor, de manera que, para salvaguardar su interés, tendría que realizar contratos alternos sobre una misma prestación, con la ilusión de aminorar el riesgo; todo lo cual desconocería la enorme transformación que significó, respecto del concepto de obligación romana arcaica y clásica, el reconocimiento jurídico de la “utilidad típica de la prestación” por oposición al subrogado pecuniario³⁰.

29 Este carácter indiscutiblemente *vinculante* de la obligación resulta esencial al concepto mismo, pues, según las enseñanzas de Paulo, la sustancia de las obligaciones consiste en la posibilidad de constreñir al deudor al cumplimiento de la obligación (D. 44.7.3 Paulo). Cfr. HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, t. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 55 ss.

30 NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. “Del ‘ius gentium’ al derecho al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de los ‘principia iuris’ permite la construcción de una categoría de

Pero adicionalmente, cuando en el artículo 26 LGM se exige de responsabilidad al cesionario o acreedor garantizado por el conocimiento del acuerdo que prohíbe la cesión³¹ y consecuente participación en la operación que permite el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales del garante frente a su deudor, se está condonando el dolo. Pues el acreedor garantizado no puede declararse ajeno al acto de defraudación de la prohibición, por cuanto sin su concurso sería imposible el rompimiento de la cláusula. El acreedor garantizado conoce que se está violando un derecho y no obstante ello se aprovecha de esta violación, obteniendo para sí la garantía³².

En el mismo sentido resulta cuestionable la previsión contenida en el artículo 30 LGM, conforme a la cual “el deudor del crédito no puede oponer al cesionario o acreedor garantizado las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente o garante en razón del incumplimiento de la cláusula de limitación a la transferencia del crédito”. En efecto, con ella se institucionaliza el derecho a romper impunemente los contratos, se legaliza la facultad de modificar unilateralmente las condiciones primigenias del contrato cuyo crédito se cede y se pone a salvo al acreedor garantizado, quien se lucra de la violación del contrato, el cual no se ve sujeto a las excepciones derivadas de tal violación, a las compensaciones existentes por tal motivo y al descuento de las sanciones previstas por la violación al pacto que pretendía impedir la cesión del crédito.

Ahora bien, esta última previsión no opera en relación con las instituciones financieras, quienes sí podrán descontar al garante los montos de las sanciones previstas en caso de violación del mencionado pacto de intransmisibilidad, con lo que además se viola el principio de igualdad, al otorgar

obligación sustancialmente humana”. *Revista de Ciencias Jurídicas PENSAR*, vol. 22, n.º 2, 2017, pp. 621-635, en particular, pp. 631-632.

31 Art. 26 LGM: “Acuerdo de limitación a la transferencia del crédito. [...] El cesionario o acreedor garantizado no incurrirá en responsabilidad alguna por el solo hecho de haber tenido conocimiento del mencionado acuerdo”.

32 Un razonamiento de esta naturaleza llevó a que en el reciente Código Civil del Brasil, en el artículo 286 —“O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”—, se sujete la posibilidad de cesión del crédito a la inexistencia de convención que la prohíbe; norma que a la vez protege al acreedor garantizado con la cesión del crédito con la imposibilidad de que le sea opuesta la prohibición de cesión, pero solo si este es un cesionario de buena fe y si tal prohibición no consta en el instrumento en el que se encuentra consignada la obligación.

a los cedentes que poseen la calidad de instituciones financieras la potestad de hacer valer la multa en que se incurra por el desconocimiento de la prohibición de cesión, mientras que los demás deudores estarán desprotegidos³³.

Por otra parte, la regulación del pago del crédito cedido contiene previsiones que desequilibran seriamente la relación contractual en detrimento del deudor del crédito cedido, en transgresión de las obligaciones provenientes del carácter sinalagmático que impone la buena fe y en clara permisividad de comportamientos que dejan al deudor cedido en condiciones desventajosas a pesar de que la ley ha consagrado renglones atrás la imposibilidad de menoscabar las condiciones del deudor.

En efecto, conforme al artículo 28 LGM³⁴ se impone al deudor la obligación de pagar nuevamente si, una vez notificado de la cesión, paga al deudor original, lo cual resulta gravoso cuando la notificación puede surtir por cualquier medio, sin constatación alguna de la notificación, con mayor razón

33 Art. 30 LGM: “*Excepciones oponibles por el deudor del crédito*. Salvo pacto en contrario, el deudor del crédito podrá oponer en contra del cesionario o acreedor garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito podría oponer en contra del garante. El deudor del crédito podrá oponer cualquier derecho de compensación en contra del cesionario o acreedor garantizado, siempre y cuando el derecho de compensación existiere al momento en el cual recibió la notificación.

“El deudor del crédito no puede oponer al cesionario o acreedor garantizado las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente o garante en razón del incumplimiento de la cláusula de limitación a la transferencia del crédito. En el caso en que el garante y el deudor de la cuenta cedida acuerden que la misma no podrá ser cedida y que de así hacerlo el garante tenga que pagar una suma determinada como sanción, esta sanción no podrá ser deducida del pago de la totalidad del crédito cedido, salvo que el cedente sea una institución financiera. De acuerdo con lo previsto en el artículo 26, inciso 2.º, el deudor de la cuenta cedida solo podrá reclamar esta sanción del garante”.

34 Art. 28 LGM: “*Pago del crédito cedido o gravado, notificación y prueba razonable de la garantía o cesión en garantía*. El deudor del crédito puede extinguir su obligación pagando al cedente o garante a menos que haya sido notificado, que deba realizar el pago al acreedor garantizado. Una vez recibida la notificación si el cedente recibe o acepta las prestaciones, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de la obligación que tiene el deudor del crédito en garantía o cedido de efectuar nuevamente el pago.

“La notificación al deudor del crédito podrá realizarse por cualquier medio de comunicación escrito generalmente aceptado, incluyendo correo ordinario o certificado o correo electrónico.

“Para que dicha notificación sea efectiva, deberá identificar el crédito respecto al cual se solicita el pago, e incluir instrucciones de pago suficientes para que el deudor del mismo pueda cumplir con la obligación.

“Salvo pacto en contrario, el acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía entregará dicha notificación antes o después de que ocurra un incumplimiento de las obligaciones del garante o cedente que le autorice la ejecución de la garantía”.

cuando la parte no la esperaría en cuanto en el contrato hay un pacto que prohíbe dicha cesión. Por otra parte, se le otorga al acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía la posibilidad de “entregar dicha notificación antes o después de que ocurra un incumplimiento de las obligaciones del garante o cedente que le autorice la ejecución de la garantía”. ¿Por qué esperar al incumplimiento para hacer la notificación de la cesión? ¿Dónde quedan las obligaciones de transparencia y claridad con el deudor cedido? Se deja al arbitrio de su acreedor pactar una notificación oportuna en el mismo momento de la cesión, como si la persona del acreedor resultara irrelevante, cuando, en verdad, en muchas oportunidades resulta trascendente.

Pero no son solo los derechos del deudor del crédito objeto de la garantía los que se conculcan, también los del acreedor que cede el crédito se ven afectados por los omnímodos poderes del acreedor garantizado. En efecto, en el mismo artículo 28 LGM³⁵ se prevé que “si al momento de la notificación del acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía al deudor del crédito, existiere un saldo a favor del garante o cedente, el pago de dicho saldo deberá efectuarse al acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía”. No existe razón para establecer un derecho de tal naturaleza, en cuanto no guarde relación con el crédito garantizado. Si dicho saldo no quedó comprometido en la cesión o excede el valor de la obligación garantizada, no le asiste derecho alguno al cesionario para recibir el saldo existente al momento de la notificación al deudor del crédito a favor del garante o cedente. Esta previsión resulta arbitraria, pues la garantía no puede perder conexión con la función del negocio y por ende con la obligación garantizada.

35 Art. 28 LGM: “Pago del crédito cedido o gravado, notificación y prueba razonable de la garantía o cesión en garantía. [...]”

“Si al momento de la notificación del acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía al deudor del crédito existiere un saldo a favor del garante o cedente, el pago de dicho saldo deberá efectuarse al acreedor garantizado o cesionario de créditos en garantía. En el momento de la notificación el deudor del crédito podrá solicitar al acreedor garantizado o cesionario prueba razonable de la existencia del contrato de cesión o contrato de garantía mobiliaria. De no proporcionarse dicha prueba dentro de los tres (3) días después de que el acreedor garantizado recibió dicha solicitud, el deudor del crédito podrá hacer el pago al garante o cedente. Por prueba razonable de la cesión o garantía se entenderá el contrato de cesión o de garantía mobiliaria o cualquier prueba equivalente en que se indique que el crédito o créditos han sido cedidos o gravados”.

Ahora, en el artículo 30 LGM³⁶ se autoriza la renuncia, probablemente forzada, del deudor del crédito, a oponer en contra del cesionario todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito podría oponer en contra del garante.

Dicha práctica se podrá erigir en práctica abusiva en desarrollo de una posición de dominio claramente violatoria de la buena fe. Por lo demás se legitima un abuso del derecho en la previsión contenida en el mismo artículo conforme a la cual el deudor del crédito podrá oponer cualquier derecho de compensación en contra del cesionario o acreedor garantizado, siempre y cuando el derecho de compensación existiere al momento en el cual recibió la notificación. La compensación se surte entre créditos líquidos exigibles al momento del pago, por lo que es necesario preguntarnos: ¿qué razón de equidad impide que se surta la compensación entre el crédito cedido y alguno otro que sucesivamente a la notificación de la cesión pueda surgir con el acreedor garantizado? ¿Por qué restringir el derecho a la compensación sin que exista un interés legítimo y más bien se vele otro ejercicio abusivo o posición de dominio del acreedor garantizado?³⁷ Otro aspecto más en el que se constata el otorgamiento a favor del acreedor garantizado de una preeminencia exacerbada, innecesaria a nuestro juicio y violatoria de la buena fe y de la equidad.

Por último, de nada sirve consagrar una formal inalterabilidad de la relación subyacente del crédito objeto de garantía y una prohibición igualmente formal de hacer más gravosas las condiciones del deudor del crédito

36 Art. 30 LGM: “Excepciones oponibles por el deudor del crédito. [...] Salvo pacto en contrario, el deudor del crédito podrá oponer en contra del cesionario o acreedor garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito podría oponer en contra del garante.

“El deudor del crédito podrá oponer cualquier derecho de compensación en contra del cesionario o acreedor garantizado, siempre y cuando el derecho de compensación existiere al momento en el cual recibió la notificación. El deudor del crédito no puede oponer al cesionario o acreedor garantizado las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente o garante en razón del incumplimiento de la cláusula de limitación a la transferencia del crédito.

“En el caso en que el garante y el deudor de la cuenta cedida acuerden que la misma no podrá ser cedida y que de serlo así el garante tenga que pagar una suma determinada como sanción, esta sanción no podrá ser deducida del pago de la totalidad del crédito cedido, salvo que el cedente sea una institución financiera. De acuerdo con lo previsto en el artículo 26, inciso 2.º, el deudor de la cuenta cedida solo podrá reclamar esta sanción del garante”.

37 Véase al respecto HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. 1, cit., p. 815.

cedido, a que alude el artículo 27 LGM³⁸, cuando en verdad tal relación resulta gravemente modificada sin participación del deudor de dicha obligación, pues, como se vio, se permite modificarla sustancial y gravosamente: (i) en primer término es posible alterar la persona del acreedor, aun a pesar de que exista prohibición expresa, con lo que se viola la autonomía contractual y se puede llegar a desmejorar la posición del deudor cuando la cesión del crédito someta al deudor del crédito cedido a condiciones más gravosas, como aquella que derivaría de la cesión del crédito a una persona que estuviera en posición de realizar conductas vejatorias contra el deudor cedido³⁹, lo que en el derecho romano estaba prohibido bajo la denominación de cesión *in potentior*⁴⁰; (ii) también resulta posible modificar el lugar del pago⁴¹; (iii) se limita asimismo el derecho de compensación del deudor cedido, y (iv) se imposibilita además al deudor del crédito oponer en contra del cesionario todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito podría oponer en contra del garante.

F. LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO, UN POSTULADO MERAMENTE FORMAL, CARENTE DE EFECTOS PRÁCTICOS DENTRO DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS

Un examen sustancial de la Ley de Garantías Mobiliarias evidencia que no obstante la formal prohibición de abuso, la ley se estructura a lo largo del articulado con una serie de medidas que posibilitan dicho abuso e incluso en algunos casos lo legitiman. Baste con recordar la exoneración de respon-

38 Art. 27 LGM: “*Inalterabilidad de la relación jurídica subyacente*. Una garantía mobiliaria sobre créditos o cesión de créditos en garantía no puede modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito que fue cedido o gravado sin el consentimiento de este último [...]”.

39 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. I, cit., p. 430.

40 C. 2.13.2.

41 Art. 27 LGM: “*Inalterabilidad de la relación jurídica subyacente*. Una garantía mobiliaria sobre créditos o cesión de créditos en garantía no puede modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito que fue cedido o gravado sin el consentimiento de este último. Sin embargo, en las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor del crédito cedido o gravado deba hacer el pago, siempre que se observe lo previsto en la presente ley”.

sabilidad del acreedor por no tomar las medidas necesarias para preservar el valor de los bienes en garantía y los derechos derivados de los mismos; la posibilidad de que la garantía exceda sustancialmente el valor del crédito garantizado; la imposibilidad del deudor de exigir el levantamiento del registro pleno o parcial de las garantías ante el pago total o parcial de las obligaciones garantizadas; la posibilidad de abuso frente a terceros en materia de oponibilidad de garantías no registradas; la diversa gama de abusos a que se expone el deudor en materia de garantía de créditos, a lo que se aludió en los apartes precedentes y que se tratará subsiguientemente en materia de pacto comisorio y prelación de créditos, medidas que comportan grandes riesgos de abuso.

Pero lo más grave de la ley en esta materia es pretender otorgarle al abuso del derecho un mero rol resarcitorio, desconociendo la función inhibidora de la prohibición de abuso, que impediría perpetrar el abuso y luego “pagar”, y ello no obstante que, siempre que sea posible, la prohibición de abuso del derecho debe estar dirigida a impedir que el abuso tenga lugar. En efecto, en el artículo 73 LGM se dispone que, “*en todo caso*, quedará a salvo el derecho del deudor y del garante de reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las disposiciones de esta ley por parte del acreedor garantizado y por el abuso en el ejercicio de los derechos que la ley le otorga” (resaltado fuera de texto), como si se requiriera autorización de la ley para reclamar por el abuso de un derecho, dado que, en primer término, su aplicación deriva de un principio general del derecho, como lo es la buena fe, y, por otra parte, tanto la Constitución como la ley civil y comercial hacen imperativo el principio de buena fe y la prohibición de abuso que de él emana, y con ello otorgan a los ciudadanos la garantía de que el ordenamiento no prohijará tales abusos y, por el contrario, tomará medidas para evitarlas. De suerte que a lo que el sistema jurídico y el ordenamiento compelen es a inhibir el abuso, a tomar medidas que impidan que se configure, no a permitirlo y luego reparar los perjuicios derivados del mismo, como pretende la Ley de Garantías.

La buena fe opera de diversas formas para proteger el núcleo de valores que engloba; en este caso, para impedir el abuso de los derechos, la buena fe opera como especie de inhibidora del ejercicio de derechos que se tornan en abusivos, en cuanto deniega protección jurídica a aquellas pretensiones que, no obstante estar amparadas formalmente en un derecho, contrarían

los postulados del principio⁴². Así, con base en el principio se puede dar lugar a la exclusión de una cláusula abusiva o vejatoria, sea de aquellas que consagran una franca irresponsabilidad por la obligación esencial contraída por virtud del contrato⁴³, o de aquellas que pretenden descargar responsabilidad por obligaciones, si bien no expresamente asumidas, inherentes al contrato en cuanto derivadas de los usos o costumbres, o de las particulares circunstancias del negocio y, por ende, del principio de buena fe⁴⁴.

IV. LAS ANTINOMIAS ENTRE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD

A continuación presentamos dos de los aspectos más relevantes en los que consideramos que la Ley de Garantías transgrede clamorosamente el principio de equidad.

42 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3972, en la que la Corte sostiene que el abuso en el terreno de las negociaciones contractuales “permite denegar protección jurídica a pretensiones que impliquen el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades en que se manifiesta el contenido de situaciones jurídicas individuales activas de carácter patrimonial”.

43 Véase *supra*, nota 21.

44 En varias oportunidades la jurisprudencia ha apelado igualmente al principio de buena fe con el objeto de declarar como inválidas las cláusulas contractuales que favorecen excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente o de quien ejerce una posición de dominio o de prevalencia en la relación negocial y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente; ello por cuanto, como ha sostenido, en el ordenamiento colombiano no resulta de recibo abusar de los derechos, no solo porque lo prohíba la ley, sino también porque tal abuso está vedado desde una perspectiva constitucional (num. 1 inc. 2.º art. 95 C. Pol.). Por tal razón encuentra la jurisprudencia que el Estado debe evitar o, en su defecto, controlar tales conductas abusivas; las cuales resultan muy comunes en el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien se encuentra, de hecho o por derecho, en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios. Por ende, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que ha afirmado que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, de manera que una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación. Véase, p. ej., Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 5670. Conforme a la buena fe, lo adecuado es ejercer las tutelas que de sus reglas emanan de modo que respondan de una manera más precisa a las exigencias del principio. Por ello, se ha especificado que antes que decretar el resarcimiento, lo que resulta procedente es impedir la lesión, de suerte que se proceda a negar efectos a los comportamientos contrarios a la buena fe, como en diversos casos lo ha ordenado la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-793 de 2004.

A. LA EXCLUSIÓN DE LA PRELACIÓN DE LAS
OBLIGACIONES FISCALES Y TRIBUTARIAS EN MATERIA
DE GARANTÍAS MOBILIARIAS CONTRARÍA EL PRINCIPIO
DE EQUIDAD EN CUANTO AFECTA LOS DERECHOS
COLECTIVOS, EL INTERÉS PÚBLICO, EL RÉGIMEN
ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA

El artículo 56 LGM establece que las obligaciones fiscales y tributarias se tendrán en cuenta como un crédito de primera clase solo cuando el acreedor, el cual sería una entidad pública, obtenga la garantía a su favor y la inscriba previamente a los demás acreedores⁴⁵. En ese sentido, el derecho que tiene el Estado de perseguir la ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles de sus deudores (contribuyentes) por las obligaciones fiscales y tributarias de estos, se vería restringido y, por lo tanto, afectado el financiamiento de los gastos del Estado, dentro de los conceptos de justicia y equidad. De hecho, con este artículo lo que se hace es modificar tácitamente el artículo 2495 y 2496 del Código Civil, los cuales hacen relación a los créditos de primera clase y sus efectos.

Además, la modificación del sistema de prelación de créditos pretendida por el artículo 56 LGM se encuentra reforzada por el artículo 82 LGM, pues se consagra una superioridad de la Ley de Garantías Mobiliarias en aspectos como la prelación por encima de todo el sistema⁴⁶.

Los dos artículos en comentario desconocen la relación jerárquica de los principios dentro del ordenamiento y la fuerza del ordenamiento constitucional⁴⁷, pues en un Estado constitucional de derecho se ha de privilegiar la protección de la persona bajo una visión en la que los derechos económicos

45 Art. 56 LGM: “*Prelación obligaciones fiscales y tributarias*. La prelación de las obligaciones fiscales y tributarias en garantías mobiliarias operará solo en el evento en que la entidad pública obtenga la garantía a su favor y se encuentren debidamente registradas de manera previa a los demás acreedores”.

46 Art. 82 LGM: “*Preferencia de la ley*. Las disposiciones contenidas en la presente ley para la constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias deben aplicarse con preferencia a las contenidas en otras leyes”.

47 Por todas, véase Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 2012: “La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución”.

deben concertar su valencia con otros núcleos de derechos considerados sustanciales por el sistema, como los de los menores, los ancianos, los trabajadores, el fisco, entre otros. En materia de prelación, por ejemplo, se debe optar por hacer prevalecer los intereses de los débiles e indefensos y los intereses colectivos, aun por encima del acreedor garantizado.

Y es que modificar el privilegio de la primera clase en la prelación de créditos no es de poca monta. Por ello, la Corte Constitucional, en sentencia C-092 de 2002, al interpretar los créditos de primera clase en la prelación de créditos⁴⁸, sostuvo que son créditos que tienen preferencia sobre todos los demás, pues “la Constitución, en su búsqueda por la efectividad de los derechos fundamentales como fin esencial del Estado social de derecho, consagra una protección especial para algunos sectores de la población, en atención a determinadas características y circunstancias particulares y al papel que ellos cumplen dentro de la sociedad, *v. gr.* la mujer, los adolescentes, los ancianos, los niños, entre otros (arts. 43, 44, 45 y 46 C.P.)”.

En otras palabras, la tutela efectiva de los derechos fundamentales, como fin esencial del Estado social de derecho, impone el respeto sustancial de los mismos mediante su prelación a favor de los sectores más débiles, como los menores, los trabajadores, los ancianos, etc. A su vez, la protección de los derechos colectivos, como aquel que encarna la prevalencia de los derechos del fisco, debe imperar sobre la de los derechos particulares que no correspondan a la aludida categoría de los más débiles; derechos todos estos que la Ley de Garantías pretende desconocer violando, a espaldas de la Constitución, el principio de equidad, para imponer el derecho del más fuerte: el del acreedor garantizado.

48 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-092 de 2002: “Primera clase de créditos: El privilegio de los créditos de la primera clase tiene las siguientes características: es general, de manera que afecta a todos los bienes del deudor, y personal, pues no se transfiere a terceros poseedores. Estos créditos tienen preferencia sobre todos los demás, las acreencias se pagan en el mismo orden de numeración en que aparecen incluidas en el artículo 2495 del Código Civil, cualquiera que sea la fecha del crédito y, si existen varios créditos dentro de una misma categoría, se cancelan a prorrata si los bienes del deudor no son suficientes para pagarlos íntegramente.

“Dentro de esta clase se encuentran los salarios y prestaciones provenientes del contrato de trabajo, las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores, las expensas funerales del deudor difunto, los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor, los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses y los créditos por alimentos a favor de menores y, por último, los créditos del fisco y los de las municipalidades por concepto de impuestos (art. 2495 C.C.)”.

B. EL PACTO COMISORIO PONE INEQUITATIVAMENTE AL DEUDOR EN SITUACIÓN DE INFERIORIDAD FRENTE AL ACREEDOR

En los países de tradición jurídica de origen romano germánico existe una tendencia a prohibir el pacto comisorio, entendido como la facultad otorgada al acreedor para practicar el ‘comiso’ o ‘apropiación directa e inmediata’ de la cosa que se halla especialmente vinculada en garantía del cumplimiento de la obligación incumplida. Con el pacto comisorio, el acreedor se eximiría de la solución normal que, en general, consiste en someterse a un proceso de realización o venta del bien, transparente, justo, público, formal, abierto a la libre concurrencia y con publicidad, que bien puede ser llevado a cabo en instancias expeditas y no necesariamente al amparo de los tortuosos procesos judiciales.

De hecho, es un pacto que tiende a ser proclive al abuso del derecho⁴⁹, y su prohibición se funda en el interés general, puesto que tiene por objeto “impedir la explotación de la miseria por la codicia”⁵⁰. Nuestro Código Civil la contemplaba en el inciso 2.º del artículo 2422, el cual prescribía que el “acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios”, diferentes a la pública subasta; y el Código de Comercio establecía la ineficacia del pacto comisorio en el artículo 1203^[51].

En ese sentido, el titular del derecho de garantía se podía asegurar de forma preferente el pago de un crédito, pues la afectación especial de la garantía daba el derecho o la facultad de perseguir el bien judicialmente, obtener su venta en pública subasta y con el fruto de la venta obtener la satisfacción

49 “Para garantizar los derechos del deudor, esto es, para evitar que con él pueda cometerse el abuso de que el acreedor se quede con la prenda por la deuda, a pesar de que ésta sea insignificante y aquella valiosa, la ley solo le otorga al acreedor dos derechos sobre la prenda: el de hacerla vender en pública subasta para que con su producto se le pague, y en caso excepcional, el de pedir al juez que se le adjudique en pago”: VÉLEZ, FERNANDO. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. IX, París: Imprenta París-América, 1926, p. 123. En la jurisprudencia cfr., p. ej., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de julio de 2005, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 110013103018 1893 20302-02, donde se sostiene que la prohibición del pacto busca evitar la posibilidad de que el acreedor abuse del particular estado de necesidad del solicitante de un crédito para imponerle el pacto comisorio.

50 VÉLEZ. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, cit., p. 123.

51 Art. 1203 C.Co.: “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”.

de su crédito insoluto⁵². En sentido diverso, darle la propiedad al acreedor por el hecho del incumplimiento del deudor implicaría la expoliación del deudor, porque generalmente las garantías tienen un valor superior al de la deuda; además sería odioso enriquecer al acreedor a costa del deudor⁵³.

Sin embargo y a pesar de nuestra tradición jurídica, la Ley de Garantías Mobiliarias deroga expresamente el inciso 2.º del artículo 2242 del Código Civil y el artículo 1203 del Código de Comercio, y consagra también de manera expresa la legitimidad de medidas como el pacto comisorio, bajo la denominación de “pago directo”, que ponen al deudor en condiciones de inferioridad respecto de su acreedor; nos referimos al artículo 60 de la ley⁵⁴.

La justificación legislativa para incluir la figura del pago directo del artículo 60 es la ineficiencia del sistema judicial colombiano en cuanto a costos y duración⁵⁵; además del afán por permitir una mayor autonomía privada de las partes en la realización y constitución de las garantías⁵⁶. En ese sentido, cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien mueble dado en garantía o cuando las partes hayan pactado, como un ejercicio de

52 RAMÍREZ TORRES. “Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la Ley de Garantías Mobiliarias”, cit., p. 13.

53 VÉLEZ. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, cit., p. 125. También, CANOSA SUÁREZ, ULISES. “Pacto comisorio”. En: *Estudios sobre garantías reales y personales, en homenaje a M. Somarriva Undurraga*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 708-730.

54 Art. 60 LGM: “*Pago directo*. El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3.º del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.

“Parágrafo 1.º Si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente, deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante.

“Parágrafo 2.º Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado.

“Parágrafo 3.º En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien por el acreedor”.

55 Cfr. BONILLA SANABRIA. “El equilibrio contractual en la relación de garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013”, cit., p. 155, donde el autor señala que la justificación del artículo 60 de la Ley sería procurar la eficiencia del sistema de garantías mobiliarias.

56 VEIGA COPO. *Garantías mobiliarias: Ley 1673 de 2013*, cit., p. 572.

la autonomía privada, se asignan al negocio jurídico que regula la garantía mobiliaria los efectos de una sentencia judicial⁵⁷, permitiéndole al acreedor hacerse a la propiedad del bien⁵⁸.

En efecto, se transgrede el principio de equidad cuando el ordenamiento jurídico no contempla medidas que protejan diferencialmente al deudor, que en cuanto esté a la vez en la condición de parte débil debe ser rodeado de garantías que favorezcan su posición, para así ponerlo a la par del acreedor mediante un ejercicio de igualdad ponderada, medidas que impidan efectivamente el abuso de su acreedor⁵⁹. Además, existen reparos respecto al debido proceso del cual es titular el deudor ejecutado: la venta en pública subasta del bien dado en garantía, mediante un proceso judicial, permite al deudor que sea oído y ejerza su defensa; es por ello que un pacto comisorio, o, como lo denomina la ley, pago directo, constituye una renuncia del deudor

57 BORETTO, MAURICIO. “Aproximación al estudio de las garantías con autoliquidación. Aporte del derecho argentino”. En: *Estudios sobre garantías reales y personales, en homenaje a M. Somarriva Undurraga*, cit., pp. 919-940, en particular, p. 921.

58 Una parte de la doctrina favorece la elección del legislador de eliminar la prohibición del pacto comisorio. Así PAREDES LÓPEZ, JUAN CARLOS. “La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables”. En: *Estudios sobre garantías reales y personales, en homenaje a M. Somarriva Undurraga*, cit., pp. 731-750. En el mismo sentido, adicionando que fue por conveniencia del legislador, al considerar que la prohibición del pacto no es la forma más eficiente de proteger deudores, véase BONILLA SANABRIA. “El equilibrio contractual en la relación de garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013”, cit., p. 155, quien afirma: “La consecuencia de la prohibición de estos pactos ha generado dificultades para acreedores y deudores en cuanto a la depreciación de los bienes que se rematan y deben ser ejecutados en escenarios judiciales, lo que a su vez ha creado incentivos para la compra de bienes en remate a menores precios, y, así mismo, se han desarrollado soluciones jurídicas que se aprovechan de un arbitraje regulatorio frente a la normativa de otros países, con el propósito de evitar los efectos de la prohibición que existía en la legislación colombiana, lo que por supuesto iría en detrimento de la transparencia como principio orientador de la función regulatoria”. Además, según el autor, el legislador prefiere los mecanismos de control de los posibles abusos de forma *ex post*, mediante la intervención judicial, y no *ex ante* como se hace por medio del pacto comisorio.

59 En el contrato, en la tradición del derecho civil se observa el fundamento del principio de equidad, por ejemplo, en instituciones como la lesión enorme, la reducción de la cláusula penal enorme, la reducción de los intereses desproporcionados, la prohibición al aprovechamiento de los estados de necesidad, entre otros. En la obligación de contrato se protege la especial situación del contratante lesionado (su estado de necesidad o peligro *vis generalis*). También se prohíbe todo abuso que de esa situación pueda realizar la contraparte para obtener una ventaja injusta o inicua, generando una notoria desproporción entre las prestaciones. Se rompe la equivalencia de la posición jurídica de las partes, de allí que la equidad correctiva busque producir más igualdad. Sobre el particular, cfr. CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. “Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana”. *Revista Derecho PUCP*, n.º 80, 2018, p. 181 ss.

al derecho a la defensa y al debido proceso en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas con bienes muebles⁶⁰.

Finalmente, en materia de equidad, la ejecución de la garantía en un martillo que inicia con un valor del 70% del valor del bien, como dispone el artículo 69 LGM⁶¹, desequilibra la situación del deudor en provecho de la contraparte, por lo general fuerte, que encarna el acreedor garantizado. Si bien esta norma reitera una previsión ya existente, no por ello deja de tener un tinte gravemente inequitativo, al obligar al deudor a perder de entrada el 30% del valor del bien rematado, en pro de una rápida y segura satisfacción del acreedor, cuando en un mercado transparente bien podrían verse favorecidos los intereses de ambas partes al obtener un precio justo o por lo menos partir de este, sin perjuicio de sucesivas rebajas ante la inexistencia de posturas.

60 BORETTO, “Aproximación al estudio de las garantías con autoliquidación. Aporte del derecho argentino”, cit., p. 921.

61 Art. 69 LGM: “*Venta de bienes en garantía*. Previo el cumplimiento de las disposiciones anteriores, en la venta de los bienes dados en garantía se tomará en cuenta las siguientes disposiciones especiales:

“1. Si los bienes dados en garantía se cotizan habitualmente en el mercado donde la ejecución se lleva a cabo, pueden ser vendidos directamente por el acreedor garantizado al valor en dicho mercado.

“2. El acreedor garantizado tiene el derecho de realizar el cobro o ejecutar los créditos dados en garantía en contra de los terceros obligados, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, así el garante no se encuentre ejerciendo este derecho.

“3. El acreedor garantizado podrá ejercer los derechos sobre bienes muebles dados en garantía consistentes en bonos y acciones, incluyendo los derechos de reivindicación, derechos de cobro y derechos de percibir dividendos y otros ingresos derivados de los mismos, aun si el garante no los ejerciere. No obstante, frente al derecho de voto, se estará a lo pactado entre las partes.

“4. En caso de control sobre cuentas bancarias el acreedor garantizado tiene derecho a exigir inmediatamente el pago directo o entrega del valor, aun si el garante no lo ejerciere, y

“5. Los bienes muebles en garantía pueden ser tomados en pago por el acreedor garantizado por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por la entidad que conoce del trámite, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio y conclusivo para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega del bien al acreedor.

“También el acreedor garantizado puede optar por venderlos en martillo, con un precio base del setenta por ciento (70%) del valor del avalúo y al mejor postor. En el evento en que no se logre la venta en martillo, el acreedor podrá en cualquier tiempo tomarlos en pago por el setenta por ciento (70%) del valor del avalúo, o renunciar a dicha garantía, lo cual comunicará por escrito al deudor y al garante, sin que ello implique la condonación de la obligación garantizada.

“Parágrafo. En los acuerdos relativos a la enajenación se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor”.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Para cerrar estas reflexiones es oportuno recordar que constituye un sello de nuestra tradición jurídica el promover la existencia de equilibrio entre la tutela de la satisfacción del crédito y la protección de la condición del deudor⁶², característica de humanismo de nuestro sistema que se ve gravemente vulnerada mediante la expedición de una ley como la de garantías mobiliarias que trata de manera inicua al deudor y exacerba la tutela del crédito en detrimento de los presupuestos irrenunciables del concepto de obligación.

Así mismo, es de resaltar que la armonización entre los diversos niveles del ordenamiento jurídico, en procura de un equilibrio dinámico del mismo y de una plena realización de los valores y principios constitucionales, requiere la aplicación de un criterio de coherencia, de suerte que una norma debe ser interpretada en el sentido que coincida con los principios esenciales del ordenamiento y promueva la unidad de este en el marco del sistema. Así, todas las antinomias que hemos evidenciado entre las normas de la Ley de Garantías Mobiliarias y los principios constitucionales deberían resolverse de manera sustancial en favor de tales principios (buena fe, equidad, autonomía contractual), los cuales, por lo demás, representan la esencia del derecho.

En consecuencia, a nuestro juicio, las múltiples disposiciones de la Ley de Garantías Mobiliarias examinadas resultan inconstitucionales en cuanto violatorias de los principios de buena fe, equidad y autonomía contractual, además de desestructurar el núcleo mismo del concepto de obligación alrededor del cual gira el régimen de garantías.

62 NEME VILLARREAL. “Del ‘ius gentium’ al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de ‘principia iuris’ permite la construcción de una categoría de ‘obligación’ sustancialmente humana”, cit., p. 630: “Alrededor de la satisfacción de los intereses de las partes ligadas al vínculo obligacional, los juristas romanos otorgaron tutelas que protegen las posiciones tanto del deudor como del acreedor. Así, por ejemplo, medidas tendientes a enervar los actos fraudulentos del deudor en desmedro de su propio patrimonio, tales como las restituciones *in integrum* concedidas por el pretor, o la nulidad de los actos de disposición mediante la acción revocatoria o pauliana, todo lo cual tenía como efecto proteger los intereses del acreedor, en el marco del carácter vinculante de la obligación. De otra parte, el vínculo obligacional no estaba desprovisto de las consideraciones propias de la *humanitas*, de suerte que la facultad de ejecución del acreedor no era absoluta, pues se concedía en favor del deudor el *beneficium competentiae* que impedía al acreedor llevar a cabo la ejecución de la obligación incumplida hasta el punto de dejar al deudor en situación de ruina; a estas tutelas se agregan, entre otras, las propias del *favor debitoris*, la solidaridad manifiesta en un *ius quodam modo fraternitatis* (D. 17,2,63) y los límites de la responsabilidad”.

REFERENCIAS

- ALPA, GUIDO. “La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità”. En: S. MAZZAMUTO (ed.), *Il contratto e le tutele*. Turín: Giappichelli, 2002, pp. 218-240.
- BARCELLONA, MARIO. *Clausole generali e giustizia contrattuale*. Turín: Giappichelli, 2006.
- BONILLA SANABRIA, FABIO. “El equilibrio contractual en la relación de garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013”. *Revist@ E-Mercatoria*, 13, n.º 2, 2014, pp. 131-161.
- BORETTO, MAURICIO. “Aproximación al estudio de las garantías con autoliquidación. Aporte del derecho argentino”. En: *Estudios sobre garantías reales y personales, en homenaje a M. Somarriva Undurraga*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 919-940.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM. “Diritti fondamentali e diritto privato”. En: P. FEMIA (ed.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*. Nápoles: ESI, 2018.
- CANOSA SUÁREZ, ULISES. “Pacto comisorio”. En: *Estudios sobre garantías reales y personales, en homenaje a M. Somarriva Undurraga*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- CAPOBIANCO, ERNESTO. “Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi”. *Annuario del contratto*, 2015, pp. 64 ss.
- CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. “Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana”. *Revista Derecho PUCP*, n.º 80, 2018, pp. 181 ss.
- D’ANGELO, ANDREA. “La buona fede”. En: *Il contratto in generale*. En: BESSONE (dir.), *Trattato diritto privato*. Turín: Giappichelli, 2004.
- DI MAJO, ADOLFO. “La buona fede correttiva di regole contrattuali”. *Corriere giuridico*, 2000.
- DÜRIG, GÜNTER. “Diritti fondamentali e giurisprudenza civile”. En: P. FEMIA (ed.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*. Nápoles: ESI, 2018.
- FRANZONI, MASSIMO. “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”. *Contratto e Impresa*, 1999, pp. 83-97.
- FRANZONI, MASSIMO. *Degli effetti del contratto*, vol. II. En: P. SCHLESINGER (dir.), *Il codice civile. Commentario*. Milán: Giuffrè, 2013.

- NANNA, CONCETTA MARIA. *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*. Padua, 2010.
- NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. “Del ‘ius gentium’ al derecho al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de los ‘principia iuris’ permite la construcción de una categoría de obligación sustancialmente humana”. *Revista de Ciencias Jurídicas PENSAR*, vol. 22, n.º 2, 2017, pp. 621-635.
- NIPPERDEY, HANS CARL. “Diritti fondamentali e diritto privato”. En: P. FEMIA (ed.), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*. Nápoles: ESI, 2018.
- PARDES LÓPEZ, JUAN CARLOS. “La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables”. En: *Estudios sobre garantías reales y personales, en homenaje a M. Somarriva Undurraga*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 731-750.
- PERLINGIERI, PIETRO. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, t. I. Nápoles: ESI, 2013.
- PICOD, YVES. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. París: LGDJ, 1989.
- PIRAINO, FABRIZIO. *Buona fede, ragionevolezza e efficacia immediata dei principi*. Nápoles: ESI, 2017.
- PIRAINO, FABRIZIO. *La buona fede in senso oggettivo*. Turín: Giappichelli, 2015.
- RAMÍREZ TORRES, GUILLERMO LEÓN. “Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la Ley de Garantías Mobiliarias”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 54, 2015.
- RODOTÀ, STEFANO. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012.
- RODOTÀ, STEFANO. *Le fonti di integrazione del contratto*, reimp. Milán: Giuffrè, 2004.
- VEIGA COPO, ABEL B. *Garantías mobiliarias: Ley 1673 de 2013*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda y Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2017.
- VÉLEZ, FERNANDO. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. IX. París: Imprenta París-América, 1926.
- VILLANACCI, GERARDO. *La buona fede oggettiva*. Nápoles: ESI, 2013.

JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-092 de 2002.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-793 de 2004.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-083 de 2010.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-247 de 2010.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 2012.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-694 de 2013.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de octubre de 1935 M.P.: Antonio Rocha.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 5670.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de julio de 2005, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 110013103018 1893 20302-02.