



COLECCIÓN

ASÍ HABLA
EL EXTERNADO

3

DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y SOCIEDAD



DERECHO, INNOVACIÓN
Y TECNOLOGÍA: FUNDAMENTOS
PARA UNA LEX INFORMÁTICA

Editores:

Juan Carlos Henao

Daniel Castaño

Coordinadora general de la obra:

Constanza García Chaves

Universidad
Externado
de Colombia

135
Años

JUAN CARLOS
HENA O

DANIEL
CASTAÑO
Editores

DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA,
TRANSFORMACIÓN DIGITAL
Y SOCIEDAD

TOMO III

DERECHO, INNOVACIÓN Y TECNOLOGÍA:
FUNDAMENTOS PARA UNA LEX INFORMÁTICA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad. Tomo III, Derecho, innovación y tecnología : fundamentos para el mundo digital / Diego Acosta González [y otros] ; Juan Carlos Henao, Daniel Castaño (eds.). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.
1064 páginas ; 24 cm. (Así habla el Externado)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9780587905854

1. Tecnologías disruptivas I. industria – Historia -- Innovaciones tecnológicas 2. Innovaciones tecnológicas -- Aspectos sociales 3. Ciberespacio -- Aspectos sociales 4. Protección de datos -- Aspectos sociales -- Innovaciones tecnológicas 5. Derecho informático -- Aspectos jurídicos – Colombia 6. Trabajo y trabajadores -- Aspectos jurídicos -- Colombia I. Henao Pérez, Juan Carlos, 1958- , editor II. Castaño, Daniel, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

303.4833 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MLV.

abril de 2021

ISBN 978-958-790-585-4

© 2021, JUAN CARLOS HENAO Y DANIEL CASTAÑO (EDS.)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: abril de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección: José Ignacio Curcio Penen

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ANABEL RIAÑO SAAD*

*La incidencia de las nuevas tecnologías
en el derecho de garantías en Colombia*

The impact of new technologies in the Law of warranties in Colombia

RESUMEN

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha tenido una incidencia fundamental en diferentes áreas del conocimiento, y el mundo jurídico no es la excepción. La referencia a los *smart contract*, a la justicia digital o a los delitos informáticos es prueba de ello. Esta influencia ha sido notoria en diferentes áreas del derecho, incluso en el ámbito del derecho de garantías. Efectivamente, las nuevas tecnologías han incentivado el recurso a las garantías al flexibilizar, por ejemplo, las reglas para su constitución. Igualmente, ha posibilitado el uso de registros electrónicos que permiten dotar a dichas garantías de una mayor eficacia. Estos no son sino algunos ejemplos que ponen en evidencia las grandes oportunidades de transformación que ofrecen las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho.

PALABRAS CLAVE

Garantías reales y personales, garantías mobiliarias, nuevas tecnologías, registro electrónico, martillo electrónico, escritura electrónica.

ABSTRACT

The Development of new technologies has had a significant impact on different areas of knowledge including the legal world, in which case, it has not been the exception. The reference to smart contract, digital justice or computer crimes is proof of this, whose influence has been noticeable in other areas of law despite the fact that, in principle, it seems this incidence has been less recurrent ; this is the case of the right of warranty. Indeed, new technologies have encouraged the use of warranties by, for instance, making their constitution rules more flexible. Likewise, the use of electronic records has been made possible, making them more efficient. The aforementioned are examples highlighting the great transformation opportunities offered by new technologies in the legal realm.

* Doctora en Derecho. Docente investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Correo-electrónico: anabel.riano@uexternado.edu.co.

KEYWORDS

Real and personal warranties, secured transactions, new technologies, registries of secure transactions, electronic deed.

SUMARIO: Introducción. I. La facilitación de la constitución de las garantías. A. La ampliación de los bienes que pueden ser objeto de garantía. B. La flexibilización de los requisitos para la celebración de los contratos constitutivos de la garantía. II. El mejoramiento de la eficacia de las garantías: A. La oponibilidad de la garantía mobiliaria. B. La ejecución de la garantía mobiliaria. C. Los mecanismos de solución de controversias en el ámbito de la garantía mobiliaria. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha tenido una influencia innegable en todos los ámbitos del derecho. Prueba de ello es, por ejemplo, la importancia que ha adquirido el estudio de los llamados *smart contracts*¹ en el derecho contractual. Es cierto que no existe unanimidad respecto de lo que se debe entender por *smart contract*. Algunos autores afirman que se trata de “contratos en formato electrónico y de carácter autoejecutable (Echebarría Sáenz, 2017: 70), sin embargo, otros consideran que dicha presentación no es exacta. Así, Morell Ramos (2016) afirma que

... un *smart contract* o contrato inteligente se refiere al uso de código informático para articular, verificar y ejecutar un acuerdo entre las partes. Mientras que un contrato habitual está redactado mediante lenguaje natural, los términos de un contrato inteligente se expresan en código informático, como si de un script se tratara. De ahí que digamos que es software (Tur Faúndez, 2018: 54-55).

Más allá de las diferencias señaladas, es indudable que esta manera de celebrar o de ejecutar los contratos tiene proyecciones más allá del derecho contractual, y puede suscitar diferentes interrogantes en otras áreas del derecho, por ejemplo, en el derecho procesal. Pensemos nada más en la importancia del documento electrónico, sea este de naturaleza pública o privada, y de manera

1 También llamados “contratos digitales” o “contratos inteligentes”.

particular en los mensajes de datos² como medio de prueba (Peña Valenzuela, 2015: 72-91). Ello, independientemente de la posición de algunos autores que consideran que “la prueba electrónica como medio probatorio dista enormemente de lo que se conceptualiza y regula como prueba documental” (Galvis Lugo y Bustamante Rúa, 2019: 217). No cabe duda entonces de que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha ejercido una gran influencia en el derecho contractual o en el derecho probatorio.

Sin embargo, existen otros ámbitos en los que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha tenido un rol preponderante pese a que, en principio, podría pensarse que dicha influencia ha sido menos significativa. El caso del derecho de garantías es revelador. En primer lugar, es indispensable precisar que, de manera general, lo que se busca principalmente con la constitución de una garantía es dar seguridad al acreedor de que su crédito será satisfecho (Tamayo Lombana, 2004: 75; Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2007: 435; Medina Pabón, 2016: 609). Ahora bien, ¿en qué medida el desarrollo de las nuevas tecnologías influye en el derecho de garantías? Para responder a este interrogante es importante señalar, como lo han puesto de presente algunos autores, que no todos los ordenamientos jurídicos estudian de manera autónoma y sistemática las garantías al punto de llegar a reconocer que se trata de una rama particular –el derecho de garantías–, sino que es muy común que su estudio quede comprendido en el derecho de las obligaciones y el derecho de los bienes (Rodríguez González, 2008: 508-509). A nuestro juicio, ello se puede explicar porque la expresión “garantía” no tiene un significado unívoco. En derecho francés, por ejemplo, en donde se reconoce el carácter autónomo del derecho de garantías³, la doctrina se ha interesado por distinguir entre las nociones de garantía en sentido amplio y garantía en sentido estricto. En palabras del profesor Crocq (1995), las garantías, en un sentido general o amplio

2 El artículo 243 del Código General del Proceso colombiano dispone que “Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”.

3 Es importante señalar que, aunque el Código Napoleónico no dedicaba ningún libro especial al tratamiento de las garantías, esta situación cambió gracias a una reforma que se llevó a cabo en Francia por medio del Decreto Ley n.º 2006-346 del 26 de marzo de 2006. Esta reforma creó un nuevo título en el Código Civil francés (Título IV): “De las garantías”.

... son los mecanismos que aumentan las probabilidades de pago del acreedor. Estos mecanismos no buscan directamente asegurar el cobro del crédito, sino que procuran una ventaja que tiene por finalidad remplazar la ejecución regular de una obligación o simplemente prevenir dicha ejecución (Rodríguez González, 2008: 515).

El mecanismo de la compensación⁴ es un ejemplo clásico de una garantía en sentido amplio (Rodríguez González, 2008: 515). La razón es que la compensación permite, bajo el cumplimiento de unos requisitos específicos, la extinción automática de deudas recíprocas⁵, por lo que un acreedor puede estar seguro del pago de su crédito sin tener que exponerse al eventual concurso con otros acreedores: en este caso, el acreedor de un crédito, que a su vez es deudor de su deudor, se paga automáticamente con lo que debe a este último, sin que haya lugar a ningún desplazamiento patrimonial. Sin embargo, el término “garantía” también tiene un sentido restringido, el cual resulta de gran utilidad y ha sido objeto de desarrollos muy abundantes en derecho francés, a partir de la contribución de un importante autor. Para Crocq (1995), la garantía en sentido estricto, que se traduce en el término francés *sûreté*, se puede definir como la

... afectación a la satisfacción del acreedor de un bien, un conjunto de bienes o un patrimonio, mediante la adjunción a los derechos que resultan de un contrato de base, de un derecho de acción, accesorio al crédito, que mejora su situación jurídica remediando las insuficiencias de su derecho de prenda general, sin ser por ello una fuente de provecho y cuya realización satisface al acreedor extinguiendo su crédito en todo o en parte, directa o indirectamente (Rodríguez González, 2008: 517).

En derecho colombiano la distinción entre “garantía” en sentido amplio y “garantía” en sentido estricto no ha tenido mayor desarrollo. Sin embargo, podemos deducir que, al distinguir entre las “garantías del crédito en general” y las “generalidades sobre las garantías personales y reales”, algunos autores, como el

4 La compensación es regulada, en derecho colombiano, como un modo general de extinción de las obligaciones (art. 1625, núm. 5 del Código Civil colombiano).

5 Este mecanismo está regulado por el legislador colombiano en los artículos 1714 y siguientes del Código Civil. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1714, “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

profesor Tamayo (2004), reconocen que, dentro de las diferentes seguridades que puede tener un acreedor para la satisfacción de su crédito, existen diversos mecanismos que no tienen necesariamente la misma naturaleza. Así, por ejemplo, dentro de “las garantías del crédito en general” el autor incluye el estudio de la solidaridad pasiva, la acción pauliana y la acción oblicua, y respecto de las “garantías personales y reales”, analiza la fianza, la hipoteca y la prenda. A nuestro juicio, esa manera de presentar el tema permite reconocer la distinción hecha en Francia entre “garantía” en sentido amplio y “garantía” en sentido estricto, respectivamente. La fianza, la prenda y la hipoteca, constituirían “garantías” en sentido estricto⁶. Distinción, además, que no es extraña en el seno de la doctrina extranjera, como la chilena y la española (Aedo Barrera, 2008: 295-296; Lasarte, 2009: 204-205). En cuanto a la fianza, se trata de la garantía personal por excelencia, que “consiste en comprometer el patrimonio de otra persona para que responda por la deuda del deudor principal, aunque en forma subsidiaria. Esto es, en el caso en que el deudor principal incumpla” (Tamayo Lombana, 2014: 75; Medina Pabón, 2016: 609). En materia de prenda e hipoteca, garantías reales, se trata de destinar o afectar un bien, mueble o inmueble, respectivamente, con el fin de asegurar la satisfacción del crédito (Tamayo Lombana, 2014: 75; Medina Pabón, 2016: 609). Vale la pena resaltar que en Colombia, después de la entrada en vigor de la Ley 1676 de 2013, relativa a las garantías mobiliarias, el derecho de las garantías reales no puede ser estudiado de la misma manera. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.º de ese cuerpo normativo, relativo al concepto de garantía mobiliaria y a su ámbito de aplicación, pareciera que la finalidad de la ley es reagrupar en la única categoría de “garantía mobiliaria”, las diferentes modalidades clásicas de garantía sobre bienes muebles, es decir, la prenda tanto con tenencia como sin tenencia⁷ (Veiga Copo, 2017: 27-31). Existe, entonces, el debate acerca de si la Ley de Garantías Mobiliarias (LGM)

6 En ese sentido cfr. el artículo 65 del Código Civil colombiano: “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

7 Esto podría entenderse de la lectura del último inciso del artículo 3.º de la Ley 1676 de 2013, según el cual, “Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley”.

derogó todas las reglas de la prenda previstas en el Código Civil y en el Código de Comercio. Algunos autores consideran que la LGM no derogó las reglas sobre prenda y que, por lo tanto, las garantías mobiliarias coexistirían con la garantía tradicional de prenda (Medina Pabón, 2016: 642; Ternera Barrios, 2014: 292). Otros autores, sin desconocer la vocación general de la LGM, afirman que resulta imposible concluir que todas las reglas anteriores relativas a la prenda con o sin tenencia, además de aquellas concernientes al pacto de reserva de dominio o al pacto comisorio, son insubsistentes (Cárdenas Mejía, 2021: 921). Dejando de lado esta discusión, lo importante es tener claro que, desde un punto de vista de las “garantías” en sentido estricto, el derecho colombiano distingue claramente entre las garantías personales y las garantías reales, entre las cuales incluimos las llamadas garantías mobiliarias, recientemente reguladas por medio de la Ley 1676 de 2013. Ello, independientemente del debate acerca de la pertinencia o no de incluir las garantías mobiliarias dentro de la categoría de las garantías reales (Ramírez Torres, 2015: 11). Recordemos simplemente que algunos autores consideran que las garantías mobiliarias deberían hacer parte de una categoría autónoma, debido a que bajo la LGM podrían “soportarse en un derecho real, un derecho personal o por ministerio de la ley” (Ramírez Torres, 2015: 11).

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, y aunque el desarrollo de las nuevas tecnologías puede incidir de manera importante en el ámbito de las “garantías” en sentido amplio, en el presente estudio no se aborda dicha cuestión. Incluso, respecto de las garantías en sentido estricto, se deja de lado el análisis de la influencia en materia de garantías personales, y más específicamente en materia de fianza.

Respecto de la exclusión del estudio de la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de las garantías en sentido amplio, la razón principal obedece a que el análisis de dichas implicaciones es propio, en nuestro concepto, del derecho de las obligaciones. Esto en la medida en que se trata de mecanismos generales, como lo mencionamos anteriormente, que permiten proteger al acreedor contra el riesgo de insatisfacción de su crédito pero que para la seguridad del crédito no conllevan, a diferencia de las garantías en sentido estricto, la afectación particular del patrimonio de otra persona o de uno o más bienes determinados. Por esa razón, no es posible afirmar que las llamadas garantías en sentido amplio tengan una estructura particular que justifique su tratamiento especial.

En cuanto a la exclusión del análisis de las implicaciones que podría tener el desarrollo de las nuevas tecnologías en el ámbito de las garantías personales, y particularmente de la fianza, esto se debe a que actualmente, a nuestro juicio,

y salvo algunos sistemas jurídicos en particular, dichas incidencias no han sido significativas. Simplemente, y respecto de la fianza, vale la pena señalar un aspecto que nos parece relevante: algunos países como México, Holanda y Corea han comenzado a desarrollar la modalidad de la fianza electrónica, entendiendo por esta aquella “que permite sustituir el papel y la firma manuscrita del asegurado por un documento en formato electrónico, y una firma digital” (Fernández, 2007: 44). Esta modalidad facilitaría, sin duda alguna, el recurso a la fianza, y podría ser estudiada como una modalidad particular de contratación electrónica.

Con base en lo expuesto, y al detenernos en el análisis de la relación entre las garantías reales y las nuevas tecnologías, podemos constatar, en primer lugar, que gracias precisamente al desarrollo de estas últimas, se puede facilitar la constitución de las garantías mobiliarias (I) y, en segundo lugar, que la eficacia de dichas garantías puede ser mejorada (II).

I. LA FACILITACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

El desarrollo de las nuevas tecnologías puede facilitar la constitución de las garantías reales y esto por dos razones principales: la primera es que puede permitir una ampliación de los diferentes tipos de bienes que pueden ser objeto de garantía (A), y la segunda, que puede flexibilizar las condiciones para la celebración de los contratos que pueden dar origen a este tipo de garantías (B).

A. LA AMPLIACIÓN DE LOS BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DE GARANTÍA

De manera clásica los bienes sobre los cuales recaen las garantías reales son principalmente los bienes corporales, sean inmuebles o muebles. En el primer caso, a través de la constitución de una hipoteca⁸, y en el segundo por medio de la constitución de una prenda⁹.

8 La hipoteca se encuentra regulada a partir del artículo 2432 del Código Civil colombiano. Conforme con lo previsto en el citado artículo 2432, “La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.

9 De acuerdo con el artículo 2409 del Código Civil colombiano, “Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. // La cosa entregada se llama prenda. // El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”.

En cuanto a la hipoteca, es importante señalar que durante mucho tiempo se trató de una garantía preferente, debido no solamente a la importancia de los bienes raíces como símbolo de riqueza (Medina Pabón, 2016: 707; Tamayo Lombana, 2004: 146), sino también a la seguridad de las operaciones que recaen sobre ellos. Dicha seguridad la da el hecho de que estos bienes pueden ser singularizados a través del registro¹⁰, además de la necesidad de inscribir, en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, ciertas operaciones de las cuales son objeto como, por ejemplo, la hipoteca o la enajenación¹¹. Aunque la hipoteca recae principalmente sobre bienes inmuebles, el legislador también reconoce la posibilidad de constituirla sobre algunos bienes muebles, por ejemplo, las naves¹² y las aeronaves¹³. Como señalan algunos autores, esto se explica porque se trata de bienes que, pese a su naturaleza mueble, presentan características similares a los inmuebles en la medida en que se pueden identificar fácilmente y también se encuentran sujetos a la publicidad del registro (Tamayo Lombana, 2004: 160), además de su importancia como medios de producción (Medina Pabón, 2016: 714).

Respecto de la prenda, aunque la posibilidad de que recaiga sobre bienes incorporeales es indudable, pensemos en el caso de la prenda de créditos¹⁴, las acciones, e incluso las patentes de invención (Tamayo Lombana, 2004: 271), lo cual es reconocido igualmente en otros ordenamientos jurídicos como el chileno (Guzmán Brito, 2008: 221-254) o el francés (Arana de la Fuente, 2012: 13), lo más usual es que recaiga sobre bienes muebles corporales.

Lo expuesto pone en evidencia que los bienes susceptibles de ser dados en garantía son numerosos. Sin embargo, y gracias precisamente al desarrollo de las nuevas tecnologías, es innegable que el número de bienes susceptibles de servir de objeto de garantía puede ser cada vez mayor. La posibilidad, por ejemplo, de dar en garantía los derechos de propiedad intelectual es muestra

10 Para ver todo lo relativo al estatuto de registro de instrumentos públicos se debe consultar la Ley 1579 de 2012.

11 Cfr. al respecto el artículo 4.º de la Ley 1579 de 2012 concerniente a los actos, títulos y documentos sujetos a registro.

12 Cfr. en ese sentido el artículo 1570 del Código de Comercio colombiano.

13 Ver al respecto el artículo 1904 del Código de Comercio colombiano.

14 La prenda de créditos estaba consagrada en el artículo 2414 del Código Civil colombiano. Sin embargo, esta norma fue derogada por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013. Esto no significa que el crédito no pueda ser objeto de una garantía mobiliaria, solo que las reglas aplicables serán las previstas en la ley que regulan esta última.

de ello. Como señalan algunos autores, la dificultad clásica para utilizar los derechos de autor como objeto de garantía obedece a que se trata de bienes muebles no sujetos a registro, y cuya titularidad surge a partir del momento de la creación. Con la instauración de registros electrónicos, como el previsto en la LGM¹⁵, la cual se ve incentivada precisamente por el desarrollo de diferentes tecnologías, como lo veremos más adelante¹⁶, se facilita la constitución de garantías sobre este tipo de bienes (Narváez, 2014, párr. 2; Medina Pabón, 2016: 655-656). Prueba de ello es la consagración expresa de la posibilidad de constituir una garantía mobiliaria sobre “derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual” (art. 6.º, num. 2, LGM). Por su parte, la misma ley precisa que “los derechos de propiedad intelectual son los regulados por la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones” (art. 8.º, Ley 1676 de 2013)¹⁷. Esto es muy importante porque se trata de activos con un valor significativo que pueden resultar trascendentales para la financiación de las pequeñas y medianas empresas. Recordemos que estas últimas no cuentan necesariamente con bienes tangibles dentro de sus activos (Vargas Sánchez,

15 Las disposiciones relativas al registro se encuentran previstas en los artículos 38 y siguientes de la Ley 1676 de 2013.

16 Este registro será objeto de análisis al momento de estudiar el mejoramiento de la eficacia de las garantías mobiliarias.

17 De acuerdo con lo previsto en esta norma, los derechos de propiedad intelectual regulados en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), son los “relativos a patentes de invención y modelos de utilidad, esquemas de trazado de circuitos integrados, diseños industriales, secretos empresariales, marcas, lemas, nombres comerciales, y los regulados por la Ley 23 de 1982, los cuales recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como los libros, folletos y otros escritos, las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas o las cuales se asimilan a las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer; las garantías mobiliarias sobre los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual, incluyen las licencias y sublicencias otorgadas sobre los mismos”.

2015: 4), por lo que el hecho de permitir la constitución de garantías sobre derechos de propiedad intelectual “contribuiría a aumentar la disponibilidad de recursos de capital en una economía” (Bonilla Sanabria, 2014: 133).

Pese a lo anterior, algunos interrogantes persisten en cuanto a la posibilidad de que la garantía recaiga sobre elementos tales como el llamado *know how*, en la medida en que su calificación de “bien” resulta controvertible. En efecto, la LGM nada dice respecto de la viabilidad de constituir una garantía sobre ese tipo de elementos. En Luxemburgo, por ejemplo, algunos autores no dudan en afirmar que el *know how* no es un tipo de información que pueda ser considerada como un “bien” o un “valor” y que, en consecuencia, no existe un régimen propio que le sea aplicable (Putz, 2015: 232-233). A diferencia de esta postura, en derecho canadiense pareciera reconocerse sin dificultad la calidad de bien inmaterial al *know how*, denominado también *savoir faire* (Normand, 2003: 243-245; Gidrol-Mistral, 2015: 272). Como consecuencia de dicho reconocimiento se afirma la posibilidad de que dicho *savoir faire* sea objeto de garantía, específicamente de una hipoteca, la cual es susceptible de recaer, en derecho canadiense, sobre cualquier bien mueble o inmueble, corporal o incorporal. Sin embargo, se reconoce igualmente que admitir esa posibilidad podría implicar algunas dificultades relativas al régimen aplicable, debido, por ejemplo, a la manera de ejercer los derechos hipotecarios correspondientes (Normand, 2006: 253). Por nuestra parte, creemos que el legislador colombiano debería pronunciarse de manera positiva al respecto. Con el paso del tiempo el valor económico se ha convertido en un elemento determinante para la categorización de los bienes, lo que ha permitido el auge de los llamados bienes inmateriales, y esto debido a la mundialización, el desarrollo de la tecnología y la modificación de las actividades humanas e industriales (Gidrol-Mistral, 2015: 261). En esa medida, el reconocimiento expreso de nuevos bienes, tales como el *know how*, e incluso la clientela, redundaría en mayor progreso y claridad en el ámbito del derecho de garantías.

Las consideraciones precedentes ponen en evidencia que, al facilitar el recurso a registros electrónicos, el desarrollo de las nuevas tecnologías promueve la constitución de las garantías reales, específicamente las mobiliarias, al permitir que tengan por objeto derechos de propiedad intelectual. Más allá de esa posibilidad, la constitución de las garantías reales se ve favorecida por la flexibilización de los requisitos para celebrar contratos que las originen.

B. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS CONSTITUTIVOS DE LA GARANTÍA

Otro punto en el que sin duda el desarrollo de las nuevas tecnologías puede tener una relevancia particular son las condiciones para celebrar contratos que permiten constituir las respectivas garantías. En este aspecto es importante distinguir entre garantía mobiliaria y garantía hipotecaria.

Es importante señalar que el artículo 14 de la LGM dispone que el contrato de garantía mobiliaria debe otorgarse por escrito, y contener unas informaciones mínimas señaladas en la misma disposición, como los nombres, la identificación y las firmas de los contratantes, la descripción genérica de los bienes dados en garantía, el monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria, etc.

La exigencia del escrito podría llevar a pensar que se trata de un formalismo que, en últimas, dificultaría la constitución de la garantía. Sin embargo, la lectura del inciso primero del artículo 15 de la misma ley permite concluir que el requisito del escrito se entenderá cumplido cuando, conforme a lo previsto en la Ley 527 de 1999, conocida como la Ley de Comercio Electrónico (LCE), medie un mensaje de datos¹⁸. Reafirma lo anterior el hecho de que, en el inciso 2.º del citado artículo 15, el legislador insiste en que

El documento donde conste la garantía mobiliaria podrá documentarse a través de cualquier medio tangible o por medio de comunicación electrónica fehaciente que deje constancia permanente del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía conforme a lo previsto en la Ley 527 de 1999.

Vemos entonces que, al reconocer la posibilidad de constituir la garantía mobiliaria por los medios señalados, el legislador favorece el recurso a las mismas, al permitir que los constituyentes se sirvan de diferentes medios tecnológicos para su constitución. Esto puede entenderse más fácilmente si recordarnos que los mensajes de datos son efectivamente documentos (Peña Valenzuela, 2015: 256), y se fundamenta en la aplicación de la regla de la equivalencia funcional según la cual,

¹⁸ Este, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2, literal a de la Ley 527 de 1999, se entiende como “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

... la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad (Moreno Betancourth, 2013: 34).

Además, dicha regla ha sido reconocida por la jurisprudencia colombiana, especialmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-831 del 8 de agosto de 2001, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

En cuanto a la exigencia de la firma, cabe precisar igualmente que esta puede ser electrónica. Así lo dispone expresamente el artículo 16 de la LGM, en donde se hace nuevamente reenvío a lo previsto en la Ley 527 de 1999^[19]. De una manera general, según Peña Valenzuela (2015: 124),

... La firma electrónica es un método de seguridad informática y documental asociado a la incorporación de datos en forma digital que permitan las funciones de autenticidad, integridad y no repudio respecto del contenido del mensaje de datos.

Con el reconocimiento de la posibilidad de servirse incluso de un mensaje de datos y de la firma electrónica para la constitución de una garantía mobiliaria, queda claro que el legislador colombiano incita a la utilización de dichas garantías, cuya facilidad en la constitución puede resultar atractiva para los acreedores.

Respecto de la constitución de la hipoteca también podemos observar algunos avances tendientes a incentivar el uso de las nuevas tecnologías, precisamente con el fin de acrecentar el uso de dicha garantía. Como bien sabemos, para la constitución de la hipoteca es necesario que el contrato se eleve a escritura pública²⁰. Se trata, entonces, de un contrato solemne: la escritura

19 En ese sentido cfr. lo previsto en el artículo 7.º de la Ley 527 de 1999, según el cual, “Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si: // a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación; // b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. // Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma”.

20 Cfr. al respecto el artículo 2434 del Código Civil colombiano.

pública es necesaria para la existencia del contrato. Se discute en doctrina si la inscripción de la escritura en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos, prevista en el artículo 2435 del Código Civil colombiano es, al igual que la escritura, un requisito de existencia del contrato de hipoteca o solamente un requisito de eficacia (Tamayo Lombana, 2004: 175-178; Medina Pabón, 2015: 718; Ternera Barrios, 2014: 300). Independientemente de la posición que se adopte, lo cierto es que la exigencia de dicha escritura puede desalentar el recurso a la hipoteca. Así, cualquier esfuerzo encaminado a flexibilizar esta exigencia debe verse como un aspecto positivo.

Por lo anterior, creemos que un avance fundamental en la materia es el reconocimiento, por el legislador colombiano, de la equivalencia funcional entre la escritura pública y la escritura pública electrónica. Así lo prevé el numeral 9^[21] del artículo 2.2.17.1.3 del Decreto 1413 del 25 de agosto de 2017, por medio del cual se establecen algunos lineamientos generales en el uso y operación de los servicios ciudadanos digitales. Esto se justifica plenamente porque, como lo explican algunos autores, “la materialidad” o soporte físico no es un requisito esencial de la noción de “documento” (Peña Valenzuela, 2019: 40). Igualmente, y gracias a la noción amplia de documento, reconocida tanto por el Código General del Proceso²² como por la Ley de Comercio Electrónico²³, la validez y eficacia de los documentos electrónicos, independientemente de

21 Esta disposición prevé lo siguiente: “*Escritura pública electrónica*. Es el equivalente funcional de la escritura pública, la cual debe cumplir las normas sustanciales relativas a las diferentes actuaciones notariales que ella contiene y de los preceptos de derecho notarial, conforme al Decreto ley 960 de 1970 y demás normas concordantes”.

22 En ese sentido cfr. el artículo 243 del CGP: “Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videgrabaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública”.

23 Cfr. en ese sentido el artículo 10.º de la Ley 527 de 1999, según el cual, “Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje

la naturaleza de su emisor o creador, es decir, de su carácter público o privado, no debería ser cuestionada. Así, la escritura pública electrónica sería un documento público electrónico con plena eficacia jurídica, entendiéndose por este aquel “otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención utilizando medios electrónicos o mediante mensaje de datos” (Peña Valenzuela, 2019: 41).

Pese a la importancia del reconocimiento de la equivalencia funcional entre la escritura pública y la escritura pública electrónica, es fundamental implementar todos los recursos necesarios para que se haga realidad. Desde el año 2003 existía la intención de reformar el Estatuto notarial con el fin de adecuarlo en función del desarrollo de las nuevas tecnologías. Se trataba del proyecto de Ley n.º 53 de 2003, cuyo artículo 3.º disponía expresamente:

Las escrituras públicas se extenderán, otorgarán autorizarán y protocolizarán por medios manuales mecánicos o electrónicos, cumpliendo con las formalidades de la ley y garantizando su absoluta seguridad, autenticidad y publicidad”.

Además, el artículo 6.º precisaba lo que debía entenderse por “escritura pública digital”, en los siguientes términos:

Es la escritura creada por medios informáticos, almacenada en un soporte digital, con todas las formalidades y requisitos que establece la ley para la Escritura pública y firmada digitalmente por los otorgantes, el notario y las demás personas que hayan intervenido en el instrumento. La firma digital deberá tener las características de seguridad de la Ley 527 de 1999 y sus normas reglamentarias (Superintendencia de Notariado y Registro, 2004: 80-83).

Sin embargo, dicha idea no se concretizó sino hasta el año 2019 cuando mediante el Decreto 2106 del 22 de noviembre se introdujeron efectivamente algunas modificaciones al Estatuto notarial (Dcto. 960 de 1970), entre las cuales cabe resaltar el reconocimiento de la posibilidad para el notario de “adelantar las actuaciones notariales a través de medios electrónicos, garantizando las condiciones de seguridad, interoperabilidad, integridad y accesibilidad necesarias”, y la necesidad de que la Superintendencia de Notariado y Registro expida “las directrices necesarias para la correcta prestación del servicio público notarial

de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

a través de medios electrónicos”²⁴. Igualmente, es importante poner de relieve la consagración de la posibilidad de extender las escrituras públicas por medios físicos o electrónicos siempre que se garantice la autenticidad, disponibilidad e integridad del documento, y además que se reconozca a la firma digital o electrónica el mismo valor que la firma autógrafa para autorizar y otorgar escrituras públicas²⁵.

Aunque los avances mencionados son importantes, podemos constatar que en otros ordenamientos jurídicos, como el español, el legislador ha ido incluso más lejos al reconocer la posibilidad de una “hipoteca electrónica”. Esto significa que una parte importante del proceso mismo de celebración de la hipoteca se puede llevar a cabo a través de una plataforma de comunicaciones como, por ejemplo, SmartDoc. Este importante avance se produjo gracias a la Ley 5.^a de 2019 sobre créditos inmobiliarios, expedida con el fin de trasponer la Directiva 2014/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de febrero de 2014, relativa a los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

La plataforma SmartDoc utiliza la tecnología *blockchain* o *cadena de bloques*, entendida “como una base de datos apoyada en la tecnología *peer to peer*²⁶ y por tanto compartida por múltiples nodos²⁷, en la que se registran bloques de información” (Tur Faúndez, 2018: 33). De esa manera, SmartDoc permite que las partes intervinientes en el proceso de constitución de la hipoteca estén conectadas simultáneamente, y que el proceso sea más transparente. Lo que se busca principalmente es registrar y centralizar de manera segura las comunicaciones entre los diferentes intervinientes, entidades financieras y notarías. Respecto del funcionamiento de esta plataforma es importante señalar que desde el momento en que se sube un documento, este recibe un sello verificado por varios proveedores; a continuación se guarda un registro de la operación que puede ser consultado por las partes implicadas en la

24 En ese sentido cfr. el párrafo del artículo 2.º del Decreto 960 de 1970, adicionado por el artículo 59 del Decreto ley 2106 de 2019.

25 Al respecto cfr. el artículo 18 del Decreto 960 de 1970, modificado por el artículo 60 del Decreto ley 2106 de 2019.

26 Se traduce como “de igual a igual”.

27 Este término hace referencia a “cualquier ordenador que, previa descarga y ejecución en el mismo de uno o varios programas, se convierte en parte integrante de la red descentralizada de la cadena de bloques e inmediatamente pasa a conservar una réplica exacta de todos los registros integrantes de la misma” (TUR FAÚNDEZ, 2018: 33).

respectiva compraventa de un inmueble, y a partir de ese momento comienza a contar un plazo de diez días para la firma de la hipoteca. Un aspecto que se debe resaltar es que el prestatario puede preseleccionar un notario con el fin de que tenga preparados los documentos necesarios con anterioridad a la fecha prevista para la firma, lo que reduce los tiempos de espera (Calvo, 2019).

Las anteriores consideraciones ponen en evidencia que las nuevas tecnologías han incidido favorablemente en el ámbito de las garantías reales, facilitando, por ejemplo, su constitución. Adicionalmente, es posible constatar que las nuevas tecnologías han mejorado igualmente la eficacia de dichas garantías.

II. EL MEJORAMIENTO DE LA EFICACIA DE LAS GARANTÍAS

La eficacia de las garantías se ha visto mejorada gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías, y esto se puede confirmar a través del estudio de tres aspectos fundamentales, respecto de las garantías mobiliarias en particular: en primer lugar, la oponibilidad de la garantía mobiliaria (A); en segundo lugar, la ejecución de la garantía mobiliaria (B), y finalmente, los mecanismos de solución de controversias en el ámbito de la garantía mobiliaria (C).

A. LA OPONIBILIDAD DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

De manera general, la oponibilidad de una garantía se refiere a su eficacia respecto de terceros. Uno de los mecanismos que mejor permite dotar de plena eficacia una garantía real es el registro, ya que asegura su publicidad (Neme Villarreal y Chinchilla Imbett, 2018: 277). En ese sentido, e independientemente de las críticas que puedan surgir debido a la falta de generalización del registro como mecanismo de oponibilidad de todas las garantías mobiliarias²⁸ (Neme Villarreal y Chinchilla Imbett, 2018: 277), lo cierto es que la consagración de un registro como principal medio para asegurar la oponibilidad de las garantías mobiliarias no puede sino redundar en una mayor eficacia de las mismas.

La particularidad del registro previsto en la LGM es que se trata de un registro autónomo y electrónico, que tiene la virtud de unificar la inscripción, la modificación, la prórroga, la cancelación, la transferencia y la ejecución de

28 En efecto, el artículo 21 de la Ley 1676 de 2013 prevé, al lado del registro, la entrega de la tenencia o del control de los bienes al acreedor garantizado o a un tercero designado por este, como medios para asegurar la oponibilidad de la garantía mobiliaria.

las garantías mobiliarias²⁹ (Medina Pabón, 2016: 659). Además, dicho registro es nacional y se encuentra organizado como un registro de naturaleza personal, lo que permite acceder fácilmente a la información del deudor (art. 39, Ley 1676 de 2013)³⁰, y su reglamentación se encuentra en el Decreto 400 de 2014. El hecho de que se trate de un registro electrónico permite que sea el propio acreedor garantizado quien de manera remota ingrese la información y proceda a la inscripción. El sistema tiene un procedimiento de verificación de la identidad del usuario, lo que permite asegurar la integridad de la información. Dicho registro funciona con base en unos formularios, que son formatos electrónicos previamente autorizados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, los cuales contienen los campos en los cuales se solicita una información específica que se encuentran en la página web administrada por Comfecámaras³¹.

Además de las ventajas señaladas, el carácter electrónico del registro implica bajos costos, lo que resulta fundamental para el buen funcionamiento de cualquier sistema de oponibilidad de una garantía (Ramírez Torres, 2015: 12). Precisamente, una de las principales críticas que se hacía al registro mercantil en materia de prenda sin tenencia consagrado en el antiguo artículo 1210 del Código de Comercio colombiano, era que se trataba de un sistema costoso, ya que se debía realizar por circuitos territoriales. Así, en caso de que el acreedor se trasladara de circuito territorial, debía proceder nuevamente a la inscripción de su garantía (Ramírez Torres, 2015: 12).

Es importante señalar que dicho registro, al igual que la LGM en general, se inspira principalmente en la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias y el Reglamento Modelo de la OEA, así como en las recomendaciones de registro de garantías mobiliarias preparadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (Arévalo Barrera, 2017: 14). La idea era contar con un registro de fácil manejo y unificado (Talero, 2014: 63). Así, quedaron derogados todos los demás registros existentes que tuvieron por función la publicidad de garantías, salvo el Registro Único Nacional

29 Las reglas particulares del registro están previstas en los artículos 38-47 de la Ley 1676 de 2013.

30 Esto significa que cada garante tendrá su propio folio en el que consten las garantías mobiliarias. Dicho folio, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 39 de la Ley 1676 de 2013, se establece en función de la identificación de la persona natural o jurídica del garante.

31 Es la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio. Se trata de una entidad privada, sin ánimo de lucro, que agremia y representa a las 57 entidades del sector que existen en Colombia.

de Tránsito (RUNT) y el Registro de Propiedad Industrial (RPI), considerados como dos registros especiales³². Sin embargo, y gracias precisamente a la tecnología, y a la naturaleza electrónica del Registro de Garantías Mobiliarias (RGM), existe una interconexión entre ellos.

En lo que se refiere a la relación entre el RUNT y RGM, y debido a la interrelación entre los dos sistemas, el acreedor debe preinscribir su garantía en el RUNT de manera virtual, información que será enviada inmediatamente al RGM en donde quedará efectivamente inscrita y se consolidará el registro (Lancheros Arteaga, 2017: 64).

Respecto del funcionamiento del RGM en relación con el RPI, cabe resaltar que este último sigue vigente para efectos de inscribir las garantías sobre derechos de propiedad industrial. Lo que se hizo fue lograr una interconexión entre el RPI a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio y el RGM a cargo de Confecámaras y de esta manera lo que ocurre en el RPI se refleja inmediatamente en el RGM y viceversa (Lancheros Arteaga, 2017: 65).

La consagración de un registro electrónico con las características descritas es un factor que contribuye de manera importante a la eficacia de las garantías mobiliarias, ya que facilita la oponibilidad de las mismas; sin embargo, no se trata del único mecanismo que incide favorablemente en dicha eficacia. Existen otros instrumentos relacionados con la ejecución de dichas garantías y que han sido posibles precisamente gracias a las nuevas tecnologías, que también contribuyen de manera importante a hacer más atractivo el recurso a las mismas.

B. LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Lo característico de una garantía real es que le otorga al acreedor un derecho de persecución³³. Esto significa que el acreedor podrá perseguir judicialmente el bien en manos de cualquier persona que lo tenga en su poder, lograr su venta en pública subasta y con el precio de la venta obtener el pago de su crédito (Gómez Estrada, 2008: 469; Ramírez Torres, 2015: 13). Sin embargo, uno de los mayores problemas que se presentan es la demora en los procesos judiciales para poder hacer efectivo el cobro (Bonilla Sanabria, 2014: 141). Algunos autores señalan que el derecho al cobro efectivo de una garantía de este tipo

32 Al respecto cfr. el artículo 8.º de la Ley 1676 de 2013.

33 En este sentido, y a propósito de la prenda y la hipoteca, cfr. los artículos 2422 y 2448 del Código Civil colombiano.

podría durar entre cinco, siete o diez años, lo que hace que dicho derecho no exista realmente en la práctica (Talero, 2014: 63).

Debido a la problemática mencionada, una de las principales finalidades de la LGM era precisamente mejorar los mecanismos de ejecución, lo que explica la consagración de diferentes mecanismos tendientes a paliar esa dificultad, por ejemplo, la posibilidad del pago directo³⁴, que permite al acreedor garantizado hacerse a la propiedad del bien en caso de incumplimiento del deudor. La posibilidad del pago directo rompería entonces con la prohibición del pacto comisorio, característica de los sistemas jurídicos de tradición civilista³⁵. Dicho pacto se entiende como el acuerdo “contenido en el contrato de garantía por el cual las partes convienen para el caso de que el deudor insatisfaga la prestación pactada, la adquisición del dominio de la cosa objeto de gravamen por parte del acreedor” (Veiga Copo, 2017: 572).

Esta ruptura explica la importante discusión doctrinal que ha surgido ante este cambio de postura respecto del pacto comisorio: para algunos, la supresión de la interdicción del mismo sería contraria a los principios de equidad y debido proceso (Neme Villarreal y Chinchilla Imbett, 2018: 291-294); para otros, dicha supresión se justificaría por la necesidad de responder a la ineficiencia del sistema judicial colombiano (Bonilla Sanabria, 2014: 155) o de “permitir una mayor autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la realización de la garantía” (Veiga Copo, 2017: 572).

Además de la posibilidad del pago directo, el legislador consagra la ejecución judicial³⁶, la cual se rige por las normas relativas al proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real previsto en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso.

Igualmente, y particularmente interesante para nuestro estudio, es indispensable señalar que la LGM dispone un proceso de “ejecución especial de la garantía”³⁷, el cual permite a las partes que así lo hayan acordado libremente, establecer reglas para su ejecución. Dicho procedimiento se puede llevar a cabo ante notario o ante las cámaras de comercio; sin embargo, para que pueda tener lugar las partes deben manifestar su intención de acudir al mismo, sea

34 Cfr. la regulación relativa a esta posibilidad a partir del artículo 60 de la Ley 1676 de 2013.

35 Dicha prohibición estaba prevista en nuestra legislación en los artículos 2422 y 1203 de los Códigos Civil y Comercial, respectivamente.

36 La cual está prevista en el artículo 61 de la Ley 1676 de 2013.

37 Este procedimiento especial está consagrado a partir del artículo 62 de la Ley 1676 de 2013 y se encuentra reglamentado por el Decreto 1835 de 2015.

inicialmente al momento de celebrar el contrato de constitución de la garantía, sea con posterioridad, siempre y cuando, por supuesto, exista consentimiento expreso del deudor en ese sentido (Veiga Copo, 2017: 549). No obstante, cuando las partes han acordado someterse al procedimiento de ejecución especial sin precisar las reglas particulares a las cuales desean someterse, se aplicarán las reglas supletivas previstas en la LGM. Al margen de la importancia de garantizar que no exista abuso del acreedor en el recurso a este tipo de mecanismos (Veiga Copo, 2014: 549), y a efectos de insistir en la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho de garantías mobiliarias, es importante señalar que una de las ventajas de este procedimiento es que se puede llevar a cabo de manera virtual, lo que permite que sea más rápido y menos costoso. Igualmente, y en el marco de dicha ejecución, cuando se haya escogido el mecanismo de la enajenación, la ley prevé la posibilidad de que se haga uso de un martillo electrónico, lo que le permite al acreedor poner en venta el bien objeto de la garantía a través de una subasta pública y virtual. La prestación del servicio de martillos electrónicos estará a cargo de las cámaras de comercio y de los martillos legalmente autorizados, previa autorización del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (art. 8.º, Dcto. 1835, 2015).

En el marco de la ejecución especial, el acreedor debe inscribir el formulario de ejecución en el registro de la plataforma virtual, la misma en que se inscribió previamente la garantía. Posteriormente debe enviar la copia de la inscripción al deudor y al garante. Igualmente, se debe enviar la inscripción a los demás acreedores garantizados con el fin de permitirles que hagan valer sus derechos en el procedimiento de ejecución especial o que acudan a la ejecución judicial (art. 2.2.2.4.2.4 del Dcto. 1074 de 2015). Para la valoración del bien, y en los casos en que no se hubiere pactado previamente, el notario o la cámara de comercio acudirán a un perito evaluador de los que conforman la lista establecida por la Superintendencia de Sociedades. En caso de que se haya pactado que la realización se haga por medio de enajenación puede haber lugar, como lo mencionamos anteriormente, a la venta por martillo electrónico (Arévalo Barrero, 2017: 13-18).

Además de facilitar tanto la oponibilidad de la garantía mobiliaria frente a terceros como su ejecución por el acreedor garantizado, el recurso a las nuevas tecnologías puede favorecer la resolución de las controversias que se susciten en desarrollo de dichas garantías.

C. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

La posibilidad de acudir al arbitraje virtual con el fin de resolver los conflictos que se puedan presentar como consecuencia de la constitución o ejecución de una garantía mobiliaria es otra de las manifestaciones de la importancia del desarrollo de las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho de garantías.

El primer punto que debemos aclarar es que el recurso al arbitraje virtual no es exclusivo del ámbito de las garantías mobiliarias. De manera general el legislador colombiano reconoce la posibilidad de servirse de medios electrónicos en el proceso arbitral, según lo previsto en el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Según A. S. Wahab (2012), citado por Namén Baquero (2015: 5), el arbitraje virtual debe entenderse como

... la integración de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en los procedimientos arbitrales hasta el punto en el que son conducidos total o parcialmente en línea. Esto se extiende a las solicitudes, audiencias y laudos que puedan emitirse electrónicamente.

Sin embargo, y respecto de las garantías mobiliarias, el legislador estableció una reglamentación, la cual está prevista en la Circular n.º CIR18-0000082-DJU-1500 del 31 de julio de 2018 del Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual responde a la necesidad de regular lo previsto en los artículos 78 de la Ley 1676 de 2013 y 2.2.2.4.60 del Decreto 1074 de 2015.

De acuerdo con lo manifestado en la exposición de motivos de la mencionada Circular, el recurso al arbitraje electrónico tiene por finalidad permitir a las partes involucradas en el conflicto resolver sus diferencias de manera ágil y sencilla.

El modelo sugerido por el Ministerio de Justicia establece las condiciones y un procedimiento detallado. Sin ánimo de entrar en sus detalles, lo importante es señalar que la característica principal es que dicho procedimiento se realiza de forma completa a través de una plataforma establecida en las cámaras de comercio. De acuerdo con lo previsto en el artículo 24 de la Circular mencionada, “si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del procedimiento de REC, este será de tres (3) meses”, lo que pone en evidencia que se trata de un procedimiento ágil. Además, y debido a su naturaleza electrónica, no sería necesario, por ejemplo, el cargo de secretario

de tribunal, lo que se traduciría necesariamente en menos costos (Grajales Aguirre, 2019: 19-20).

Debido al carácter reciente de la Circular es mucho el camino que queda por recorrer para saber con certeza el funcionamiento y, sobre todo, los efectos del arbitraje virtual en el ámbito de las garantías mobiliarias. Sin embargo, nuestro interés es poner de relieve, una vez más, que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha permitido avances importantes en la materia.

CONCLUSIONES

Contrario a lo que se podría pensar, el desarrollo de las nuevas tecnologías tiene gran importancia en el ámbito del derecho de garantías. Pudimos constatar, por ejemplo, que gracias a dichas tecnologías el número de bienes susceptibles de ser dados en garantía es cada vez mayor, y que su constitución es cada vez más fácil. Efectivamente, y a diferencia de lo que ocurría clásicamente, hoy en día es suficiente, en algunos casos, la existencia de un mensaje de datos para que ello sea posible. Incluso en los casos en que aún es necesario que la constitución de la garantía se haga por medio de escritura pública, como en el caso de la hipoteca, vemos algunas flexibilizaciones importantes ya que hoy en día se ha reconocido la posibilidad de recurrir a una escritura electrónica.

Además, y no menos importante, las nuevas tecnologías han mejorado la eficacia de las garantías, prueba de ello es la creación de un registro electrónico en materia de garantía mobiliaria para asegurar su oponibilidad frente a terceros. Además, vimos cómo el carácter electrónico del mencionado registro reduce los costos y agiliza los tiempos.

Igualmente, constatamos que las nuevas tecnologías pueden facilitar la ejecución de las garantías. Nuevamente, el caso de las garantías mobiliarias da cuenta de ello. Específicamente, la posibilidad de acudir a un procedimiento de ejecución especial en el cual la enajenación del bien objeto de garantía se puede hacer a través de un martillo electrónico, y esto gracias a diferentes plataformas tecnológicas, reafirma esta idea.

Finalmente, las nuevas tecnologías también facilitan la solución de controversias a través de mecanismos más ágiles y menos costosos. La posibilidad de acudir a un arbitraje de naturaleza virtual para resolver los conflictos que puedan surgir con ocasión de la constitución, eficacia e incluso ejecución de la garantía mobiliaria, muestra que el campo de acción de las nuevas tecnologías en el mundo del derecho, y específicamente en el ámbito de las garantías es cada vez más importante.

Como acabamos de analizar, independientemente de la incidencia positiva que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha tenido en el ámbito del derecho de garantías, surge una interesante pregunta: ¿hasta qué punto el desarrollo de estas nuevas tecnologías podría desincentivar el recurso a dichas garantías? Pensemos, por ejemplo, en las eventuales consecuencias de las plataformas del *crowdfunding*, como modelos de financiación colaborativa en los que un grupo de individuos financian un proyecto o empresa en lugar de que dicho financiamiento se haga por los bancos o las instituciones financieras, lo que se ve posibilitado precisamente gracias a la existencia de plataformas tecnológicas (De Torres, 2014). El recurso a este medio de financiación resulta atractivo porque, como señalan algunos autores respecto de las Pymes, “mediante la utilización de las plataformas online, pueden adquirir recursos de manera más rápida sin las barreras que impone el sector financiero convencional” (Gutiérrez Vivas y Jiménez Acosta, 2019: vi). Con base en lo anterior podríamos preguntarnos si, gracias precisamente a ese tipo de mecanismos, la necesidad de constituir una garantía sea personal, sea real o mobiliaria, puede ser cada vez menor, o incluso en algunos casos, llegar a desaparecer.

Aunque los interrogantes suscitados por estos nuevos modelos de financiamiento no son pocos, el legislador colombiano ha comenzado a reconocer, tímidamente, la validez de algunos de esos mecanismos (Gutiérrez Vivas y Jiménez Acosta, 2019). Esto seguramente tendrá consecuencias importantes en las diferentes áreas del derecho, incluida la del derecho de garantías, como lo mencionamos precedentemente. Es un aspecto sobre el cual vale la pena profundizar, ya que muestra que las nuevas tecnologías han venido transformando de manera importante el mundo jurídico, y que dicha transformación está lejos de llegar a su fin.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AEDO BARRENA, C. “Las garantías del acreedor frente al incumplimiento. Especial referencia a la boleta bancaria de garantía”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 5, 2008, pp. 293-310.
- ARANA DE LA FUENTE, I. “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *Revista para el análisis del derecho, InDret*, n.º 2, 2012, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3914739>].

- ARÉVALO BARRERO, N. S. “La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 57, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 1-37.
- BONILLA SANABRIA, F. A. “El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013”, *Revist@ E-mercatoria*, vol. 13, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 131-160.
- CALVO, M. “SamtDoc, hipotecas inteligentes con garantía *blockchain*”, 2019, disponible en [<http://www.blockchainservices.es/novedades/samtdoc-hipotecas-inteligentes-con-garantia-blockchain/>].
- CÁRDENAS MEJÍA, J. P. *Contratos. Notas de clase*, Bogotá, Legis, 2021.
- De Torres, P. “Crowdequity y crowdlending: ¿fuentes de financiación con futuro?”, *Observatorio de Divulgación financiera*, n.º 17, 2014, disponible en [https://www.iefweb.org/wp-content/uploads/2019/01/crowdequity_crowdlending.pdf].
- ECHEBARRÍA SÁENZ, M. “Contratos electrónicos autoejecutables (*smart contract*) y pagos con tecnología *blockchain*”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, 2017, pp. 69-75, disponible en [[file:///C:/Users/anabe/Downloads/DialnetContratosElectronicosAutoejecutablesSmartContractY-6258551%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/anabe/Downloads/DialnetContratosElectronicosAutoejecutablesSmartContractY-6258551%20(1).pdf)].
- FERNÁNDEZ, E. “La fianza electrónica”, *Gerencia de Riesgos y Seguros*, n.º 98, 2007, pp. 43-53.
- GALVIS LUGO, A. F. y M. BUSTAMANTE RÚA. “La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: una lectura desde la regulación procesal colombiana”, *Revista Ius et Praxis*, año 25, n.º 2, 2019, pp. 189-222, disponible en [<file:///D:/ARTICULO%20COLECCION%20TIC/prueba%20electrónica.pdf>].
- GIDROL-MISTRAL, G. “Bien et immatériel au Québec», *L'immatériel. Journées espagnoles. Travaux de l'Association Henri Capitant*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 261-276.
- GÓMEZ ESTRADA, C. “De los principales contratos civiles”, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 2008.
- GRAJALES AGUIRRE, P. M. “Tribunales de arbitraje online y su relación con el derecho comercial colombiano”, tesis, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2019, disponible en [<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44336/PROYECTO%20DE%20GRADO.pdf?sequence=3>].

- GUTIÉRREZ VIVAS, A. C. y V. JIMÉNEZ ACOSTA. “Análisis descriptivo del *crowdfunding* financiero. Reflexiones sobre el Decreto 1357 de 2018”, trabajo de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, disponible en [https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/1906/1/GAA-spa-2019-Analisis_descriptivo_del_crowfunding_financiero_Reflexiones_sobre_el_decreto_1357_de_2018].
- GUZMÁN BRITO, A. “La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporeales futuras”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 2.º semestre, 2008, pp. 221-254.
- LANCHEROS ARTEAGA, M. I. “El registro de garantías mobiliarias: origen e importancia”, trabajo de grado, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2017, disponible en [<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/3510/EL%20REGISTRO%20DE%20GARANT%20C3%8DAS%20MOBILIARIAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
- LASARTE, C. *Derecho de obligaciones*, Madrid, España, Marcial Pons, 2009.
- MEDINA PABÓN, J. E. *Derecho Civil. Bienes. Derechos reales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.
- NAMÉN BAQUERO, D. “Problemáticas del arbitraje virtual y algunas reflexiones a la luz del estatuto arbitral internacional colombiano”, *Revista @ E-mercatoria*, vol. 14, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 3-49.
- NARVÁEZ, C. “Derechos de propiedad intelectual como garantía”, 2014, disponible en [<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/cristina-narvaez-506781/derechos-de-propiedad-intelectual-como-garantia-2158761>].
- NEME VILLARREAL, M. L. y C. A. 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”, en M.L. NEME VILLARREAL (coord.). *Autonomía Privada, Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 267-298.
- NORMAND, S. *Rapport Canadien. Les nouveaux biens. Travaux de l'Association Henri Capitant. La propriété*, t. LIII, París, Société de Législation comparée, 2006, pp. 235-254.
- PEÑA VALENZUELA, D. *De la firma manuscrita a las firmas electrónica y digital*, t. V, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

- PEÑA VALENZUELA, D. “Comunicación y contratos electrónicos”, en Y. LÓPEZ CASTRO y E. RINCÓN CÁRDENAS (eds.). *Transformaciones en el comercio electrónico, un balance de los 20 años de la Ley 527 de 1999*, Bogotá, Universidad del Rosario y Colombia Fintech, 2019, pp. 38-67.
- PUTZ, J.-L. “Bien et immatériel au Luxembourg», *L’immatériel. Journées espagnoles. Travaux de l’Association Henri Capitant*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 207-239.
- RAMÍREZ TORRES, G. L. “Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 54, Universidad de los Andes, 2015, pp. 1-37.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. “El derecho de garantías en Francia”, en F. MANTILLA ESPINOSA y C. PIZARRO WILSON (coords). *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá, Fundación Fernando Fueyo y Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, 2008, pp. 507-532.
- SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. *Las Nuevas Tecnologías y la Fe Pública Notarial*, Bogotá, 2004.
- TALERO, D. “Avances de la Reforma sobre Garantías Mobiliarias: los casos de El Salvador, Colombia, Costa Rica y Guatemala”, Primer Módulo, Seminario de Capacitación sobre la Reforma de Garantías Mobiliarias, Organización de los Estados Americanos, El Salvador, 2014, pp. 60-65.
- TAMAYO LOMBANA, A. “Las principales garantías del crédito”, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004.
- TERNERA BARRIOS, F. *Bienes*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2014.
- TUR FAÚNDEZ, C. *Smart contracts. Análisis jurídico*, Madrid, Reus, 2018.
- VEIGA COPO, A. B. *Garantías mobiliarias. Ley 1676 de 2013*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda y Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2017.
- VALENCIA ZEA, A. y A. ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil*, t. II. *Derechos reales*, Bogotá, Temis, 2007.
- VARGAS SÁNCHEZ, L. “Los bienes de la propiedad intelectual como garantía mobiliaria”, trabajo de grado, Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, 2015, disponible en [http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/718/1/unaula_rep_pre_der_2015_bienes_propiedad.pdf].

TEXTOS NORMATIVOS

Código Civil colombiano. 44.^a ed., Legis, 2020.

Código General del Proceso. 7.^a ed., Legis, 2019.

Congreso de Colombia. Ley 1676 del 20 de agosto de 2013, “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”.

Congreso de Colombia. Ley 527 del 18 de agosto de 1999, “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación”.

Congreso de Colombia. Ley 1563 del 12 de julio de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”.

Jefatura del Estado Español. Ley 5 del 15 de marzo de 2019, “Reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *BOE* n.º 65.

Ministerio de Justicia y del Derecho. Circular n.º CIR18-000082-DJU-1500 del 31 de julio de 2018, “Modelo de reglamento especial de arbitraje por medios electrónicos para controversias que se susciten respecto de las garantías mobiliarias”.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Decreto 1413 del 25 de agosto de 2017, “Por el cual se adiciona el título 17 a la parte 2 del libro del Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 1078 de 2015, para reglamentarse parcialmente el capítulo IV del título de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 45 de la Ley 1753 de 2015, estableciendo lineamientos generales en el uso y operación de los servicios ciudadanos digitales”.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 960 del 5 de agosto de 1970, “Por el cual se expide el Estatuto del Notariado”.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1835 del 16 de septiembre de 2015 “Por el cual se modifican y adicionan normas en materia de Garantías Mobiliarias al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2106 del 22 de noviembre de 2019, “Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública”.

del año 2020 es de carácter temporal²⁵, lo que supondrá una intervención legislativa en el futuro para eliminar la exigencia del artículo 107 del CGP.

A este respecto, a nivel internacional también se promueve el desarrollo de las audiencias por medios electrónicos. Un ejemplo de ello es el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la CCI, que en su artículo 24(4) establece cómo se pueden realizar las audiencias en un trámite arbitral internacional:

Conferencia sobre la conducción del procedimiento y calendario procesal.

[...]

4. Las conferencias sobre la conducción del procedimiento pueden realizarse mediante una reunión personal, *por video conferencia, por teléfono o por otra forma similar de comunicación*. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral determinará la forma en la que la conferencia será realizada. El tribunal arbitral puede solicitar a las partes que presenten propuestas para la conducción del procedimiento con antelación a una conferencia de conducción del procedimiento, y puede solicitar la presencia de las partes en persona o a través de un representante interno (CCI, 2017: 31-32)²⁶ (cursivas fuera de texto).

Ahora bien, en lo relativo al expediente, la Ley 1563 de 2012 establece en el artículo 23 que “la formación y guarda del expediente podrá llevarse íntegramente a través de medios electrónicos o magnéticos”, y en el artículo 47, al regular el archivo del expediente por los centros de arbitraje, dispone que “transcurridos tres (3) años, el centro podrá disponer que el expediente se conserve por cualquier medio técnico que garantice su reproducción” y, adicionalmente, que cuando el expediente sea digital se proceda a su registro y conservación en ese mismo formato.

Cabe señalar que si bien el Estatuto Arbitral contiene un marco favorable para que se pueda implementar el expediente digital en los procesos arbitrales,

25 Las medidas adoptadas en los Decretos Legislativos 491 y 806 de 2020 son temporales, dado que en la Sentencia C-242 del 9 de julio de 2020 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 10.º del Decreto Legislativo 491, “bajo el entendido de que las medidas contenidas en el mismo tendrán vigencia únicamente durante el desarrollo de la emergencia sanitaria”; por su parte, el Decreto Legislativo 806 dispuso en su artículo 16 que ese decreto “estará vigente durante los dos (2) años siguientes a partir de su publicación”.

26 Esta regla se mantiene igual en el Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente a partir del 1.º de enero de 2021 (CCI, 2021: 32).

la realidad de la práctica arbitral hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 491 de 2020 había demostrado que el expediente digital y, en especial el expediente digitalizado, jugaba un papel secundario, toda vez que su función era simplemente servir de copia de seguridad o de respaldo ante cualquier eventualidad que pudiera suceder con el expediente físico, como, por ejemplo, su pérdida o destrucción parcial o total; y solo cobraba un rol más activo el expediente digitalizado o digital, cuando se trataba de asegurar la conservación a largo plazo del expediente, en cumplimiento de la función de archivo asignada por el Estatuto Arbitral a los Centros de Arbitraje (art. 47).

Sin embargo, al igual que se destacó a propósito de la realización de audiencias, esta práctica arbitral está cambiando, principalmente como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 491 de 2020. En efecto, al disponer en dicho decreto la no suspensión de los procesos arbitrales durante todo el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa del coronavirus Covid-19 y, además, su continuidad utilizando los medios electrónicos, un presupuesto necesario para cumplir dicho mandato legal es disponer de un expediente digital y no de uno en físico para poder proseguir con el trámite de cualquier proceso arbitral.

En otros términos, con las medias adoptadas por el Gobierno en el decreto de emergencia mencionado, el expediente digital está cambiando su protagonismo en el proceso arbitral, pues dejó de ser una simple copia de seguridad o de respaldo para pasar a ser un presupuesto necesario para adelantar el proceso, pues permite, de un lado, el ejercicio del derecho de defensa de las partes y, de otro lado, conservar como mensajes de datos las diferentes actuaciones que se surten en un proceso arbitral.

De acuerdo con lo anterior, queda claro que si bien inicialmente las TIC no generaron un cambio en el arbitraje en lo relativo al desarrollo de las audiencias, y la formación y conservación del expediente, las modificaciones introducidas por los decretos legislativos a raíz del Covid-19 han evidenciado que esa tendencia está cambiando y, a su vez, mostrando una nueva forma de adelantar las audiencias y, en consecuencia, la necesidad de conformar y conservar digitalmente el expediente en el proceso arbitral nacional. Sin embargo, este proceso de cambio no se ha consolidado por cuanto las medidas adoptadas en los mencionados decretos legislativos son transitorias²⁷.

27 Cfr. nota 26.

CONCLUSIONES

La finalidad de este escrito ha sido estudiar los lazos entre el arbitraje y la tecnología, analizados a partir de la regulación del proceso arbitral presente en la Ley 1563 de 2012 y los cambios introducidos por los Decretos Legislativos 491 y 806 de 2020 con ocasión del coronavirus Covid-19. En este estudio se destaca que existe una regla general fomentada en el Estatuto de Arbitraje que consiste en utilizar los medios electrónicos en todas las actuaciones que se desarrollan en un trámite arbitral doméstico.

En ese sentido, se observa que con las modificaciones introducidas por la Ley 1563 de 2012 en materia de TIC se produjo un cambio en la forma de adelantar algunas actuaciones en el arbitraje nacional, como en el caso de las notificaciones y la presentación de memoriales. Sin embargo, otras actuaciones como la celebración de audiencias y la formación y conservación del expediente, a pesar de tener un ambiente normativo favorable para su desarrollo por medios electrónicos, no habían experimentado un cambio real en la forma en que se podían adelantar, debido, de un lado, a la normatividad existente en el CGP, y de otro, a la mentalidad y costumbre de los usuarios del arbitraje nacional. No obstante, se puede constatar que esa tendencia está en proceso de cambio como consecuencia del distanciamiento social obligatorio declarado por el Gobierno Nacional para contener la propagación del coronavirus Covid-19, y las medidas adoptadas al respecto y que guardan relación con el arbitraje en los Decretos Legislativos 491 y 806 de 2020. Sin embargo, estas medidas son de carácter temporal –como se anotó líneas atrás–.

Lo analizado en este artículo permite concluir que la relación entre el arbitraje y la tecnología no ha sido un simple apoyo al arbitraje, sino que ha implicado realmente un verdadero cambio en la forma en que se adelantan las actuaciones procesales al interior de un trámite arbitral legal nacional.

Sin embargo, se debe destacar que esa relación entre el arbitraje y la tecnología no se agota en los aspectos analizados en este artículo; por el contrario, permite interrogarse respecto de la posibilidad de un arbitraje que sea administrado en su integralidad a través de plataformas electrónicas (arbitraje *online* o virtual) (CNUDMI, 2017), la aplicación de la inteligencia artificial al arbitraje y sus retos legislativos, y la posibilidad legal de que en el futuro puedan existir los “ciberárbitros” (Sinclair, 2019).

BIBLIOGRAFÍA

- ARBOLEDA PERDOMO, E. J. *Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2015.
- BEJARANO GUZMÁN, R. *Procesos declarativos*, 2.^a ed., Bogotá, Editorial Temis, 2001.
- BENAVIDES, J. L. (ed.). *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BENETTI SALGAR, J. *El arbitraje en el derecho colombiano*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2001.
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. “El arbitraje online”, Video, 12 de septiembre de 2018, disponible en [<https://www.youtube.com/watch?v=87yDKmu8b2A>].
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. “Reglamento de arbitraje. Vigente a partir del 1.º de marzo de 2017”, 2017, disponible en [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>].
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. “Arbitration rules. In force as from 1 January”, 2021, disponible en [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf>].
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. “Reglamento de procedimiento de arbitraje nacional”, s.f., disponible en [<https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Arbitraje-Nacional/Normatividad>].
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. “Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación”, s.f., disponible en [<https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Arbitraje-Nacional/Normatividad>].
- CÁMARA DE COMERCIO DE CALI. Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición. “Reglamento de arbitraje y del procedimiento arbitral”, marzo de 2016, disponible en [<https://www.ccc.org.co/inc/uploads/2017/01/Reglamento-centro-de-conciliacion-arbitraje-y-amigable-composicion-de-la-camara-de-comercio-de-cali-actualizado-marzo-2016.pdf>].
- CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA. Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición. “Reglamento de procedimiento de arbitraje”,

- 2019, disponible en [<https://www.camaramedellin.com.co/Portals/o/arbitraje-y-conciliacion/Documentos/2019/PARTE%20NACIONAL%20REGLAMENTO%20CENTRO%20APROBADO%20280519-.pdf?ver=2019-05-31-081941-067>].
- COBO ROMANÍ, J. C. “El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento”, *ZER. Revista de Estudios de Comunicación*, 14 (27), 2009, 295-318, disponible en [<https://ojs.ehu.es/index.php/Zer/article/view/2636/2184>].
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). “Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea”, Nueva York, Naciones Unidas, 2017, disponible en [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/VI700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf].
- GEDWILLO, I. N. “El nuevo reglamento de arbitraje de la CCI 2012: ¿Qué cambió?”, *Revista Internacional de Arbitraje* (16), 2012, 13-27, disponible en [<https://xperta.legis.co>].
- GIL ECHEVERRY, J. H. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 2.ª ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2002.
- LÓPEZ BLANCO, H. F. *Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil*, 1.ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 1998.
- LÓPEZ BLANCO, H. F. *Procedimiento civil. Parte especial*, t. II, 8.ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2004.
- LÓPEZ BLANCO, H. F. *Proceso arbitral nacional*, 1.ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2013.
- LÓPEZ BLANCO, H. F. *Código General del Proceso. Parte general*, t. I, 1.ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2016.
- MAYORCA ESCOBAR, C. “Clases de arbitraje en la nueva ley de arbitraje”, en *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Circular n.º CIR18-0000082-DJU-1500 del 31 de julio de 2018. “Modelo de reglamento especial de arbitraje por medios electrónicos para controversias que se susciten respecto de garantías mobiliarias”, disponible en [<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/o/Normatividad1/ActosAdministrativos/Circulares/2018/CIRCULAR%20No%20CIR18-0000082%20del%2031%20de%20julio%20de%202018.pdf>].

- MONROY CABRA, M. G. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 1998.
- NAMÉN VARGAS, W. “La función arbitral ‘heterocompositiva’”, en H. HERRERA MERCADO y F. MANTILLA ESPINOSA (dirs.). *Arbitraje 360°. El árbitro y la función arbitral*, t. I, vol. I, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE COLOMBIA (ONAC). “Buscador por organismo”, 2020, disponible en [<https://onac.org.co/directorio-de-acreditados/buscador-por-organismo>].
- PABÓN SANTANDER, A. y F. PABÓN SANTANDER. “El diseño de la demanda arbitral y la demanda de reconvencción”, en H. HERRERA MERCADO y F. MANTILLA ESPINOSA (dirs.). *Arbitraje 360°. La práctica del litigio arbitral: estructura del proceso y estrategia del litigio*, t. II, vol. II, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- PRECIADO ARBELÁEZ, A. “El proceso arbitral: normativa aplicable en el derecho interno”, en H. HERRERA MERCADO y F. MANTILLA ESPINOSA (dirs.). *Arbitraje 360°. La práctica del litigio arbitral: estructura del proceso y estrategia del litigio*, t. II, vol. II, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998. “Por medio del cual se expide el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos”.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1829 del 27 de agosto de 2013. “Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012”.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto legislativo 491 del 28 de marzo de 2020. “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la lengua española*, 2019, disponible en [<https://dle.rae.es/tecnolog%C3%ADa>].

- ROJAS GÓMEZ, M. E. *Apuntes sobre la ley de descongestión*, 2.^a ed., Bogotá, Miguel Enrique Rojas Gómez, 2011.
- ROJAS GÓMEZ, M. E. *Lecciones de derecho procesal. Procedimiento civil*, t. II, 5.^a ed., Bogotá, Escuela de Actualización Jurídica, 2013.
- SINCLAIR, L. “Arbitrage et nouvelles technologies: rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme”, *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, 1, enero de 2019, disponible en [<https://www.lexis360.fr/Home.aspx>].
- TOBAR ORDÓÑEZ, J. H. “Procedimiento arbitral en el nuevo Estatuto Arbitral”, en *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013, pp. 176-200.
- TOBAR ORDÓÑEZ, J. H. “La aplicación del Código General del Proceso en el arbitraje nacional”, en *Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012*, vol. 2, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2018, pp. 489-503.
- ZUBIETA URIBE, H. “Los mensajes de datos y las entidades de certificación”, en *Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones*, 1.^a ed., Bogotá, Legis, 2002, pp. 49-78.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 270 del 7 de marzo de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 527 del 18 de agosto de 1999. “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1285 del 22 de enero de 2009. “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1563 del 12 de julio de 2012. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Acuerdo n.º PSAAI5-10444 del 16 de diciembre de 2015. “Por el cual se reglamenta el protocolo de audiencias para el Código General del Proceso”, disponible en [http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%07e%2fApp_Data%2fUpload%2fPSAAI5-10444.pdf].

Corte Constitucional. Sentencia C-242 del 9 de julio de 2020, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger. Expediente RE-253.

Corte Constitucional. Sentencia C-420 del 24 de septiembre de 2020, M. P.: Richard S. Ramírez Grisales. Expediente RE-333.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC-12920 del 24 de agosto de 2017, M. P.: Ariel Salazar Ramírez. Radicado n.º 10001-02-03-000-2017-02125-00.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC-15548 del 13 de noviembre de 2019, M. P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado n.º 11001-22-03-000-2019-01859-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC-16051 del 27 de noviembre de 2019, M. P.: Ariel Salazar Ramírez. Radicado n.º 05000-22-13-000-2019-00143-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC-690 del 3 de febrero de 2020, M. P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque. Radicado n.º 11001-22-03-000-2019-02319-01.

La tercera edición de la colección “Así habla el Externado” examina el impacto que las tecnologías disruptivas y la transformación digital están teniendo sobre el conjunto de la sociedad, bajo una lente humanista e interdisciplinar, propia de nuestra institución. La Cuarta Revolución Industrial (4RI), que ha permeado todos los campos de la actividad humana y la sociedad, ofrece la inmensa oportunidad de reducir las brechas de conocimiento e ingreso económico y generar progreso social y democrático, pero puede también tener el efecto contrario. El lector y la lectora encontrarán en estos cuatro tomos reflexiones valiosas, en sus 74 escritos, para comprender en todo su alcance estas innovaciones y poder contribuir así a la construcción de realidades cada vez más incluyentes y participativas.

* * * * *

Este tomo III, titulado “Derecho, innovación y tecnología: fundamentos para una *Lex Informática*”, tiene por objeto responder la siguiente pregunta: ¿de qué manera las nuevas tecnologías y la economía colaborativa están transformando el derecho, sus principios e instituciones? Para ello, el presente volumen estudia en detalle las promesas, retos y problemas jurídicos suscitados por la aplicación de la inteligencia artificial, el *Big Data*, el *Blockchain* y el *IoT* en distintos ámbitos del derecho público y privado. Los diferentes capítulos presentan debates en torno a la forma en que dichas tecnologías vienen afectando profundamente al mundo del derecho, con el fin de construir un marco conceptual que no solo sirva de base para sostener una discusión académica sólidamente fundamentada sobre estos temas, sino también para despejar las dudas jurídicas que pueden existir con el fin de facilitar y acelerar el desarrollo e implementación práctica de estas tecnologías, así como de contribuir a orientar la agenda académica sobre estos asuntos en América Latina.

