

Actualidad jurídica



PRESENTACIÓN

Con ocasión del seminario realizado por el Colegio de Abogados Rosaristas de la Universidad del Rosario sobre los contratos de garantía, la Facultad de Jurisprudencia, en cabeza de su decano, ha considerado relevante mostrar en este medio los desarrollos doctrinales que se han venido desarrollando sobre la materia por importantes expertos del derecho comercial y financiero.

El evento contó con la participación como conferencistas de reconocidas figuras académicas, que desde sus respectivos puntos de vista, enriquecen el debate académico que viene suscitándose alrededor de estas figuras contractuales.

Las intervenciones comenzaron con la lucida e ilustradora exposición del doctor Álvaro Mendoza Ramírez, quien desarrolló la temática introductoria a los contratos de garantía. En esta primera parte se destaca que el fin del contrato de garantía sea asegurar al acreedor el cumplimiento de las obligaciones que a su cargo tiene el deudor, donde el acreedor busca que su respaldo, garantía, pueda ser ejecutada sin demoras y con la mayor brevedad posible. En este punto destaca el expositor que nuestro ordenamiento jurídico protege al deudor asegurándole que todo trámite deba hacerse con observancia al debido proceso, desprendiéndose de éste el derecho de defensa, y en efecto cualquier pacto que pretenda obviar los trámites procesales pertinentes será ineficaz.

Posteriormente se encuentra la intervención del doctor Luis Augusto Cangrejo, quien desarrolla desde su vasta experiencia el tema

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

del Contrato de Hipoteca, estableciendo que dicha figura jurídica debe ser entendida como aquel contrato solemne por el cual el propietario o usufructuario de un inmueble lo grava en favor del acreedor para la seguridad de su crédito actual o futuro; además, el crédito garantizado puede ser el adquirido directamente por el constituyente o bien por un tercero.

Seguidamente, el doctor José Alberto Gaitán Martínez delimita los alcances y característica del Aval como garantía de corriente utilización en nuestro derecho. Concluye en su exposición el profesor Gaitán que el aval es una garantía exclusiva de los títulos valores; en efecto su naturaleza predica que es formalmente accesorio, sin embargo materialmente autónomo, logrando con esto una mayor eficacia que la otorgada por otras garantías de tipo personal.

Continúa el desarrollo del seminario con la intervención del doctor Alfredo Sánchez Belalcázar, quien trata de manera precisa e inteligente al contrato de crédito documentario bajo la modalidad de carta de crédito *stand by*. Queda claro de la exposición que la finalidad de esta figura jurídica es la de dejar los créditos en suspenso hasta que se cumplieran ciertas condiciones, las cuales originarían el instrumento financiero; ahora bien, podemos definirlo como un crédito documentario, o convenio similar, cualquiera que sea su denominación que comporta una obligación del Banco Emisor frente al Beneficiario para 1) restituir una suma prestada al ordenante, o anticipada al ordenante o por cuenta de éste; 2) efectuar el pago de una deuda no satisfecha por el ordenante; o 3) efectuar un pago derivado del incumplimiento de una obligación por parte del ordenante, en consecuencia la carta de crédito *stand by* actúa, bien sea como una garantía de reembolso o como un medio de respaldo de pago secundario, la garantía se otorga en caso de existir incumplimiento.

Posteriormente se encuentra la exposición del doctor Juan Carlos Varón Palomino, quien de manera clara e íntegra aborda la temática del contrato de prenda. El doctor Varón concluye que la prenda puede definirse como una garantía real, accesorio, indivisible, constituida sobre una cosa mueble que se entrega al acreedor para la seguridad de una obligación principal, y confiere el derecho a pedir, en caso de mora, que se venda la prenda en pública subasta, para que con el producto se pague al acreedor hasta concurrencia del crédito garantizado y que dentro de la subasta el propio acreedor garantizado pueda hacer postura por el valor de su crédito.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

La última intervención es la del doctor Carlos Manrique Nieto, quien de manera práctica y sustentándose en su experticia en la materia desarrolla el contrato de fiducia de garantía, desde las definiciones legales hasta los problemas y principales efectos que tiene en la práctica dicha figura contractual.

Es así como este aparte de la *Revista Estudios Socio-Jurídicos* trae los desarrollos de las ponencias realizadas por los conferencistas en el seminario sobre los contratos de garantía, exposiciones a las que se les han agregado los respectivos resúmenes y definición de palabras clave, con el propósito de contextualizar al lector desprevenido.

Finalmente, se hace necesario agradecer la gestión y colaboración de los doctores Germán Valdés Sánchez y Jaime Tobar Ordóñez, presidente del Colegio de Abogados y coordinador académico del evento respectivamente. También se agradece al Colegio de Abogados la amable cesión de las ponencias para su publicación, con lo cual se ilustra a la comunidad académica sobre una temática de máximo interés por sus importantes repercusiones en la práctica jurídica-financiera en el país. Este esfuerzo, sin duda también coadyuva el interés en explorar nuevas áreas problemáticas dentro de la Línea de Investigación en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario.

Erick Rincón Cárdenas

Profesor de carrera académica y coordinador de
la Línea de Investigación en Derecho Comercial
de la Facultad de Jurisprudencia

CONTRATOS DE GARANTÍA

Álvaro Mendoza*

GENERALIDADES

Precediendo el tratamiento individual de cada uno de los contratos de garantía, conviene considerar algunas cuestiones de carácter general, predicables por consiguiente de todas y de cada una de las formas contractuales que se considerarán, cuestiones que, de otra parte, nos ayudarán a situarnos en un escenario apropiado para el estudio individual de las correspondientes formas contractuales.

Conviene resaltar ante todo la importancia práctica del tema, toda vez que las garantías aseguran para el respectivo acreedor el cumplimiento de las obligaciones que corren a cargo de su deudor, respaldando los compromisos correspondientes y estableciendo, en la medida de su efectividad, una expectativa más o menos grande de pago. El tema resulta de particular interés en la vida mercantil, en el mundo de los negocios, en el cual las situaciones patrimoniales suelen ser variables, en especial en periodos amplios de tiempo, sea por fuerza de los problemas exógenos de la economía, sea en virtud de las consecuencias endógenas derivadas de la gestión correspondiente. De su correcto manejo va a depender, en no pocas ocasiones, que el acreedor logre o no hacer efectivas sus pretensiones, que lo pueda hacer de manera completa y total o sólo parcialmente, y que lo obtenga en un tiempo más o menos corto.

Por las razones expresadas, resulta lógico incluir, dentro del tratamiento de los títulos y operaciones de carácter financiero, el estudio específico de los contratos de garantía, en la medida en que éstos acompañan o deben acompañar frecuentemente a las operaciones crediticias y complementan, así mismo, las obligaciones adquiridas a través de los títulos de crédito.

Paradójicamente, la literatura sobre la materia resulta escasa, no solamente en nuestro medio, en el cual el suscrito conoce única-

* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; Colegial de Número de dicho Claustro; Licenciado en Derecho Canónico en la Universidad Javeriana; Especializado en Derecho Penal en la Universidad Degli Studi (Roma); Licenciado en Economía en la misma Universidad, y doctor en Derecho Privado de la Université de París.

mente el tratamiento parcial y especializado del tema dado por el profesor Álvaro Pérez Vives,¹ sino también en el ámbito del derecho comparado, que con frecuencia reduce el estudio de la materia a las formas clásicas de la hipoteca, la prenda y la fianza.

Tratándose de contratos de garantía debe afirmarse que el respaldo que éstos ofrecen es excepcional, aspecto sobre el cual se volverá más adelante. En otras palabras, lo normal es que un acreedor deba hacer efectivo su derecho sobre el patrimonio de su deudor, que constituye, como tantas veces se repite, la prenda general de sus acreedores, en las circunstancias que derivan de la llamada “*par conditio creditorum*”, es decir, en igualdad de circunstancias de todos los acreedores, sin reclamar el beneficio de ningún pago privilegiado, de ningún amparo especial, de ningún derecho para perseguir bienes en poder de terceros, etc. En este sentido, el artículo 2493 del Código Civil establece la nivelación de los acreedores ante el deudor, como regla general, salvo las excepciones legal o contractualmente previstas.

Consecuencia de lo anterior viene a ser que quien se halle dotado de una garantía deriva generalmente la ventaja de su situación de un negocio jurídico, por el cual el deudor o un tercero conceden el respaldo, con las muy contadas excepciones en las cuales la ley establece directamente el privilegio o la garantía, para que el acreedor se pague en condiciones especiales frente a otras acreencias o sobre bienes o patrimonios particularmente afectos a satisfacer sus pretensiones.

En este punto es preciso advertir que, si bien por comodidad y por seguir a la doctrina más general en esta materia, hablaremos de “contratos de garantía”, la denominación no resulta siempre afortunada, toda vez que en algunos casos el respaldo puede no provenir de la convención o del acuerdo de voluntades, sino de un negocio jurídico en el cual una sola de las partes –aquella que constituye la garantía– manifiesta su compromiso. Aun cuando normalmente encontraremos en las génesis de la garantía el acuerdo contractual, lo anterior no resulta siempre necesario.

Así las cosas, mientras de una parte no podríamos imaginar la constitución de la garantía que resulta para la entidad de *leasing* de un contrato de esta naturaleza, “unilateralmente convenido”, ni de



¹ Pérez Vives, Álvaro, *Garantías civiles*, Bogotá, Temis, 1984.

una compraventa con pacto de reserva de dominio, que no puede ser sino bilateral por implicar obligaciones y derechos para ambas partes (comprador y vendedor), de otro lado sí puede darse esta circunstancia en hipótesis distintas, como son aquellas que corresponden a los contratos de fianza, de mandato irrevocable, de prenda sin tenencia, de carta de crédito *stand by*, etc., que no exigen indispensablemente la aceptación previa del acreedor para que en su beneficio se constituya una garantía.

En tal caso, tendríamos la llamada “estipulación en favor de otro”, a la cual se refiere el artículo 1506 del Código Civil, norma que permite la revocación de lo estipulado mientras no intervenga la voluntad expresa o tácita del beneficio aceptando lo determinado en su favor, salvo pacto en contrario, como ocurre en la carta de crédito irrevocable. Esta circunstancia de que el vínculo jurídico no se constituya en definitivo hasta tanto no se produzca la voluntad del beneficiario, habilita para compaginar lo antes dicho con disposiciones como la del primer inciso del artículo 2362 que establece que la fianza puede provenir del contrato, lo cual implica que puede igualmente derivar de un acto unilateral del fiador, circunstancia que resulta luego avalada por el artículo 2371 del mismo Estatuto.

Todo lo dicho permite sostener que sería más propio hablar de “negocios jurídicos de garantía” que de contratos de garantía, sin perjuicio de que sigamos empleando esta última expresión, tanto por la razón expresada, como en virtud de la circunstancia de que, por regla general, la constitución de las garantías tendrá origen contractual, y no proviene tan sólo de la voluntad unilateral del constituyente.

Sobre el particular es pertinente la observación relativa a los derechos reales, como la prenda con tenencia y la hipoteca, cuyo perfeccionamiento requiere de la tradición, según resulta de la última parte del artículo 740 del Código Civil. Ésta, por su parte, exige la voluntad del tradente y del adquirente del derecho real para que sea válida, en los términos de los artículos 742 y 743 siguientes. Queda así resuelta la cuestión que ya inquietaba a Fernando Vélez desde principios del siglo,² relativa a la posibilidad de constituir garantías reales por acto unilateral del propietario de los bienes.

² Vélez, Fernando, *Estudios sobre el derecho civil colombiano*, París, Editorial París-América, 1936.

Lo anterior nos permite sostener, con apoyo en la distinción de nuestro régimen jurídico entre título y modo, que estas garantías pueden constituirse por un acto unilateral del propietario, sujeto a su revocatoria mientras el acreedor no lo acepte, lo cual constituiría el título, que sólo confiere derechos de carácter personal. Sin embargo, el modo –que convierte la situación en un derecho real– requiere el consentimiento del acreedor, toda vez que éste es necesario para la tradición.

Los privilegios no solamente derivan de lo que llamamos contratos de garantía, sino que también surgen, en unos cuantos casos, por ministerio de la ley misma.

Así las cosas, en el artículo 2497 del Código Civil se asimila a créditos de la segunda clase, al determinarse las órdenes de prelación a los de posadero sobre los efectos de su deudor, y a las del acarreador o transportador sobre los bienes materia del acarreo o del transporte. En estos casos, la norma mencionada hace equivalentes a la prenda las situaciones anteriores, al colocarlas en el mismo nivel de ésta.

Por su parte, en el Código de Comercio encontramos numerosos ejemplos de privilegios de pago derivados de la ley, tales como el del transportador, que resulta también equiparado al acreedor prendario, a pesar de que en un principio su situación se considere como equivalente únicamente al derecho del retenedor (art. 1033, modificado por el artículo 41 del Decreto 01 de 1990); el del mandatario, que recibe la misma prelación conferida a los créditos laborales (art. 1277); el del comisionista, para hacerse pagar sobre los bienes del comitente constituidos por las mercancías consignadas o su producto; las obligaciones derivadas del crédito naval, en los términos de los artículos 1556 y 1566, etc.

Como se advirtió, los contratos de garantía van a ser objeto de la consideración de algunos principios generales, cuyo tratamiento en esta parte evitará la necesidad de mencionarlos nuevamente al estudiar cada una de las correspondientes formas contractuales. Estos principios generales se verán a continuación.

1. TEORÍA DE LOS CONTRATOS ACCESORIOS

La división de los contratos en principales y accesorios, tomada del artículo 1499 de nuestro ordenamiento civil, no merece, por regla general, particular atención por parte de la doctrina. Muchos son los autores que al clasificar los contratos ni siquiera la mencionan, mientras otros, que estudian prolijamente otros criterios de división, apenas si hacen referencias tangenciales a las llamadas “otras formas de clasificación”, entre las cuales incluyen ésta que la obra clásica de Planiol y Ripert³ prefiere llamar “contratos independientes y contratos dependientes”.

El artículo 1499 del Código Civil se expresa así: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

Como observan Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta,⁴ citando el libro de Jaime Rodríguez Fonnegra,⁵ no es feliz la expresión del Código, ya que todo contrato, cualquiera sea la clase de las obligaciones que produzca, existe por sí mismo, en la medida que cumpla con las condiciones establecidas por la ley. Así las cosas, como lo anota el texto citado, la obligación de restituir, derivada del contrato de prenda, subsiste a pesar de la extinción de la obligación principal y aun del contrato al cual ésta le debe existencia. Por consiguiente, anotan los autores, lo que existen son contratos que producen obligaciones principales y contratos que generan obligaciones accesorias.

El profesor Julien Bonnecase⁶ señala con mayor exactitud que la clasificación que se estudia incurre en el error de confundir “los pretendidos contratos accesorios con los derechos accesorios”. Según el autor, “lo accesorio es la obligación del fiador y del deudor hipotecario, ya que la fianza y la hipoteca pueden garantizar operaciones derivadas de los delitos”, y añadimos, también de cualesquiera otras fuentes de las obligaciones distintas de los contratos.



³ Planiol y Ripert, *Droit Civil Français*, tomo 6, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1930.

⁴ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general de los actos y negocios jurídicos*, 2 edición, Bogotá, Temis, 1983.

⁵ Rodríguez Fonnegra, Jaime, *De la compraventa y materias aledañas*, Ediciones Lerner, 1960.

⁶ Bonnecase, Julien, *Elementos de derecho civil*, tomo 2, México, Editorial José M. Cajiga Jr., 1945.

Por ende, no es tampoco correcto decir que los contratos son accesorios de una “convención”, como reza el artículo 1499, ya que la accesoriedad se puede producir respecto de cualquiera obligación con independencia de su fuente.

A lo anterior se suma la circunstancia de que no es cierto, a pesar del texto legal, que el contrato accesorio requiera para su existencia de la vida de un contrato o de una obligación principal, de manera tal que, como lo dice textualmente la norma, no pueda subsistir lo accesorio sin lo principal. El estudio de otras disposiciones del mismo ordenamiento civil, que admiten expresamente la constitución de las llamadas garantías abiertas, es decir, de aquellas que puedan respaldar no solamente obligaciones previas o concomitantes, sino también compromisos aún no constituidos, indica la posibilidad de que las obligaciones que derivan del contrato accesorio, como es la del fiador de responder por el compromiso de su fiado o la del deudor hipotecario de atender con el bien hipotecado el cumplimiento de la obligación respaldada, crean obligaciones que existen o que pueden existir aun antes de que se hayan constituido aquéllas de carácter principal.

Como consecuencia, lo correcto es afirmar que los contratos accesorios, así como algunas disposiciones legales en casos como los ya vistos, generan obligaciones cuya exigibilidad está, necesariamente, supeditada a aquélla de la obligación principal. Por tal razón, las obligaciones accesorias, que tienen vida propia, con independencia de las principales, no resultan exigibles sino en la medida en que lo sean aquéllas de carácter principal, a las cuales están supeditadas. Sin perjuicio de lo anterior, los contratos o las obligaciones de garantía que nacen a la vida jurídica pueden ser considerados en su existencia, en su validez y en sus alcances, así aquellos compromisos que van a respaldar en el futuro no se hayan constituido previamente. De ahí la impropiedad de las expresiones del artículo 1499 de nuestro Código Civil.

Con toda razón precisa el profesor italiano Francisco Messineo,⁷ que los contratos de garantía no son los únicos contratos accesorios, si bien constituyen el ejemplo más obvio de éstos, en la medida en que,



⁷ Messineo, Francisco, *Teoría general del contrato*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, p. 4325.

como lo menciona el autor, “un contrato de cómputo o de liquidación es dependiente de un contrato anterior de cuenta corriente o de otros análogos”. A lo dicho podríamos añadir que un contrato de capitulaciones matrimoniales exige, para que sus previsiones se hagan efectivas, de la posterior celebración del contrato de matrimonio. En idéntica forma, cabe sostener que la eficacia de un contrato de cesión de cuotas sociales está forzosamente supeditada a la celebración previa del contrato social correspondiente.

En sentido contrario, es posible afirmar que no todos los contratos o negocios jurídicos de garantía son pactos accesorios de otros principales, ya que algunas de las formas jurídicas que estudiaremos constituyen una unidad entre la obligación principal y su respaldo, como ocurre en los contratos de *leasing* y de reporto. No puede en estos casos escindirse la relación jurídica en dos negocios distintos, lo cual sucede en el caso de las garantías clásicas (prenda, hipoteca y fianza), así se establezcan concomitantemente con las obligaciones principales a las cuales acceden.

Sin embargo, la distinción entre contratos principales y accesorios no resulta en forma alguna inútil y ocupa nuestro estudio, toda vez que la accesoriedad de las obligaciones derivadas de los contratos de garantía tiene que ver con la exigibilidad de la obligación principal correspondiente, y se proyecta también en otros terrenos que deben tenerse en cuenta.

Así, salvo el caso de las garantías autónomas, que se verán en su momento, la accesoriedad implica por regla general que los alcances de la obligación accesoria no pueden, en ningún caso, superar aquellos de la obligación principal, de tal manera que el respectivo acreedor no está en situación de exigir de su deudor sino las prestaciones que derivan de la última de éstas.

Pero, así como la obligación principal se proyecta sobre la accesoria para generar efectos en la exigibilidad y en los alcances de ella, puede igualmente sostenerse con Messineo,⁸ que en algunos casos ocurre lo contrario, como cuando el demérito de la garantía y la no oportuna restitución de ésta dan lugar a que se anticipe al vencimiento de la obligación principal, fenómeno que se estudiará en su oportunidad.

⁸ Messineo, *op. cit.*, p. 436.

En igual sentido, el artículo 1934 del Código Civil expresa que “la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas...”. En desarrollo de este postulado general del régimen de las obligaciones, el artículo 628 del Código de Comercio, relativo a los títulos-valores, sostiene que “la transferencia de un título implica, no sólo la del derecho principal incorporado, sino también la de los derechos accesorios”.

Por consiguiente, en la medida en que haya cesión de derechos o negociación de éstos o, como la doctrina moderna prefiere expresar con mayor propiedad, sustitución de posición contractual, el desplazamiento de las obligaciones principales conlleva, forzosamente, el de las obligaciones accesorias.

Es frecuente que, en la práctica, se hagan actos expresos de traspaso de estas últimas, sin perjuicio de lo cual la medida no resulta indispensable toda vez que, como se expresó, el desplazamiento de lo accesorio resulta consecuencia necesaria, por ministerio de la ley misma, del traslado de lo principal. Así, si una fianza o una prenda respaldan en concreto a un determinado pagaré, la circunstancia de la negociación de este último implica la posibilidad de que el nuevo tenedor haga efectivos los respectivos derechos cambiarios sobre el patrimonio del fiador o sobre el bien pignorado, así no se haya tomado el cuidado de obtener igualmente la cesión de los derechos derivados del contrato de fianza o de prenda.

En todo caso, la subrogación por vía de consecuencia de la cual venimos hablando se da igualmente en el caso de las garantías abiertas, ya que el privilegio de que se encuentran revestidas las obligaciones respaldadas no se pierde por su transferencia. La obligación accesoria de garantía soporta a otra obligación, la principal garantizada, tratándose por lo tanto de un vínculo entre dos situaciones jurídicas, no de un privilegio personal para el acreedor. Preciso es distinguir entre los acreedores privilegiados que reconoce nuestro régimen jurídico –como es el caso del fisco y el de los trabajadores–, y las obligaciones privilegiadas –como lo son las de carácter hipotecario o prendario–.

Sin embargo, aún en el caso de los acreedores privilegiados, constituido el derecho de crédito en su favor, este privilegio se transfiere a sus causahabientes. La lectura atenta de los artículos 2493 y siguientes del Código Civil permite sostener que los privilegios y las

preferencias se refieren a los créditos, no a los acreedores, así derivan en algunos casos de las condiciones de estos últimos. Así las cosas, la preferencia de un crédito laboral tiene su origen en la calidad del acreedor original, pero se desplaza a quienes lo sucedan en su derecho.

Por lo tanto, en la medida en que se pruebe la constitución original de la garantía, mientras ésta subsista sigue la suerte de la obligación principal, salvo acuerdo al respecto de todas las partes vinculadas. La regla general ya expresada del artículo 1934 del Código Civil, según la cual “la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegio e hipotecas...”, no establece distinguos, según se trate de garantías específicas o abiertas, razón por la cual tampoco debe admitirlos el intérprete.

Sin embargo, es preciso hacer algunas precisiones de índole práctica sobre la circunstancia últimamente anotada de que, como lo expresa la lógica, lo accesorio siga necesariamente la suerte de lo principal.

Ante todo cabe afirmar la proposición complementaria, es decir, que en la medida en que lo accesorio sigue necesariamente la suerte de lo principal, lo primero, es decir, lo accesorio, no puede manejarse con independencia de la relación jurídica de carácter principal. Por consiguiente, no es dable la cesión de una garantía con independencia de la o de las obligaciones garantizadas, en la medida en que la primera accede necesariamente a las segundas y no puede dissociarse de ellas. No cabría, por consiguiente, la posibilidad de que alguien quedare amparado con una garantía constituida para proteger obligaciones distintas, en la medida en que estas últimas tengan acreedor diferente.

Como consecuencia de lo anterior, no es aceptable una operación que con alguna frecuencia se encuentra en la vida práctica, consistente en que un acreedor obtenga de otro, que no la requiere o que se halla protegido en exceso, la cesión de derechos derivados de un contrato de garantía, con el fin de cubrir con este último acreencias suyas desprovistas de suficiente cobertura. Si con la operación adquiere igualmente las obligaciones principales, éstas quedarán cubiertas con dicha garantía, pero no así otras acreencias constituidas originalmente a favor del adquirente, ya que al respaldo accede a obligaciones concretas, identificadas entre otras cosas por la perso-

na del acreedor protegido, como se verá, sin que sea dable extenderlas, sin la voluntad del constituyente de la garantía, a compromisos de carácter diferente.

Una solución contraria resultaría opuesta, no solamente al carácter accesorio que se identifica en los contratos de garantía, sino además a la equidad misma, en la medida en que, agotada la protección de las operaciones principales, el remanente del valor de las garantías viene a integrar la llamada prenda general de los acreedores, frente a la cual éstos actúan dentro del principio de la “*par conditio creditorum*”, en forma tal que tienen y deben tener la expectativa de cobrarse sobre los remanentes del valor de los bienes afectos a la garantía, sin que sea admisible disminuirles esta expectativa sin intervención de su voluntad.

En otras palabras, constituiría un típico abuso del derecho, indemnizable en los términos del artículo 830 del Código de Comercio, si no fuera operación nula por objeto ilícito al contrariarse el artículo 1934 del Código Civil, la pretensión de debilitar las expectativas de acreedores diferentes, fortaleciendo la posición de uno de ellos, mediante la adquisición de garantías que sustraigan al adquirente del nivel de la “*par conditio creditorum*”, para colocarlo en la calidad de acreedor privilegiado. Esto último, en la medida en que fuera aceptable jurídicamente la operación, lo cual no resulta cierto, como se vio.

Debido a lo anterior, una operación de esta naturaleza sería nula, por oposición a las consecuencias que se derivan de las normas de nuestro ordenamiento civil que regulan la situación de los contratos accesorios, y a la circunstancia de que éstos siguen necesariamente la suerte de los principales, así como eventualmente ilícita en su causa, en la medida en que se busque perjudicar los derechos de acreedores distintos, disminuyendo sus expectativas en beneficio indebido de un acreedor concreto.

Como consecuencia del principio de la accesoriedad de los contratos de garantía, puede afirmarse igualmente que constituye un abuso del derecho, susceptible de perjudicar a otros acreedores, la conducta que implica adquirir obligaciones constituidas originalmente a favor de personas diferentes, con el ánimo de protegerlas dentro de una cobertura abierta con exceso de límite, en la medida en que esta conducta demerita las expectativas de cobro de otros acreedores, si el procedimiento se entabla con la finalidad de favorecer indebidamente

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

mente la posibilidad de recaudo de las obligaciones adquiridas, sea en beneficio del enajenante a quien revierta parte del provecho del recaudo correspondiente, sea en interés del adquirente que recibe dicha obligaciones con descuentos derivados de la ventaja que pretende buscar.

Lo anterior, dentro del supuesto de que la garantía se haya constituido en términos abiertos y respalde, no sólo las obligaciones originalmente constituidas a favor del beneficiario de ella, sino también aquellas otras adquiridas por negociación o cesión de derechos o, en términos más amplios, por sustitución de posición contractual

1.1 Requisitos de los contratos accesorios

Como todo contrato o negocio jurídico, los contratos accesorios requieren para su formación de los mismos elementos de los contratos principales, a saber:

- a) Capacidad.
- b) Consentimiento (libre, informado y exento de error).
- c) Objeto (posible, determinado y lícito).
- d) Causa (suficiente y lícita).
- e) En algunos casos, formalidades especiales.

No siendo materia de este estudio lo relativo a la formación del negocio jurídico, corresponde resaltar únicamente dos de estos elementos, en la medida en que con frecuencia existen distorsiones sobre el particular. Me refiero a la capacidad y al objeto.

En primer término, hay que tener en cuenta la circunstancia de las personas jurídicas que, en los términos del artículo 99 del Código de Comercio, tienen una capacidad “circunscrita”, es decir, limitada “al desarrollo, de la empresa o actividad prevista en su objeto”. Aún cuando en este último se entienden incluidos todos los actos relacionados “directamente” con dicho objeto y “los que tengan como fin ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la sociedad”, es evidente que quedan por fuera del mismo aquellos que, no correspondiendo “directamente” al fin buscado por la res-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

pectiva persona jurídica, no derivan del ejercicio mismo del contrato social, ni favorecen a dicha persona jurídica. Por su parte el Código Civil, al establecer regulaciones relativas a la calidad del objeto (civil o comercial), al giro ordinario de los negocios de la compañía, a la disolución de la persona jurídica por la finalización del negocio para el cual fue constituida, a la pérdida de las cosas que forman su objeto, etc., se encaminaba, de manera más o menos explícita, por los mismos senderos del régimen mercantil, es decir, admitía que el ámbito de acción de las sociedades estaba circunscrito a los términos de su objeto. Hoy en día, a partir de la Ley 222, la cuestión perdió vigencia por la extensión de las reglas mercantiles a las sociedades civiles.

De conformidad con lo expuesto, cabe afirmar que las personas jurídicas solamente pueden constituir contratos de garantía para respaldar la asunción de aquellos compromisos que correspondan al ejercicio de su objeto social y en la medida en que las obligaciones principales se hallen establecidas en su propio beneficio.

No cabe, por consiguiente, por no corresponder a aquello que nuestro régimen jurídico llama respecto de las personas morales indebidamente como “capacidad”, asimilando los atributos de la persona natural a la jurídica, que esta última se obligue directamente o grave sus bienes para respaldar obligaciones principales que no sean las propias de su objeto social o que no se contraigan en su interés.

Así las cosas, no es posible que una compañía respalde obligaciones de los socios, salvo que éstas se establezcan en beneficio de la misma compañía y dentro del marco del objeto social, excepto cuando este último incluya expresamente la posibilidad de garantizar operaciones de terceros.

Ninguna autorización de aquellos llamados por el Código de Comercio “órganos de dirección y administración” puede obviar lo anterior. Está claro, de conformidad con el primer inciso del artículo 196, que las personas que representen la sociedad sólo pueden celebrar aquellos actos y contratos “comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad”. Por su parte, el artículo 438, respecto de la junta directiva, estableció que ésta puede ordenar que se celebre o ejecute “cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social”, y que está facultada para tomar las decisiones

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

necesarias para que la sociedad “cumpla sus fines”. Por consiguiente, no corresponde a la junta directiva decidir la adopción de conductas que extralimiten el giro de los negocios propios.

Ni aun la misma junta general de socios o asamblea de accionistas podría autorizar una extralimitación del objeto social, en la medida en que es un órgano constituido, cuyas funciones deben estar establecidas en los estatutos y que se halla sometido a éstos. Por tal virtud, si bien la junta de socios o asamblea general de accionistas puede modificar los estatutos, esta modificación constituye un acto formal, susceptible ciertamente de variar el objeto social, pero no capaz de autorizar el quebrantamiento del mismo.

En lo relativo al objeto, como bien lo anota el tratadista Alberto Tamayo Lombana,⁹ la doctrina moderna establece una distinción, no contenida en nuestro régimen de las obligaciones, entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación. El primero viene a ser el tipo de operación jurídica, es decir, la materia del contrato mismo. Por consiguiente, en los contratos de garantía este objeto consiste en el respaldo a una o unas obligaciones principales. Por su parte, el objeto de la obligación está constituido por la prestación o prestaciones concretas que las partes deben, lo cual en materia de contratos de garantía implica la identificación de la obligación principal o de las obligaciones principales que quedan amparadas.

Sostiene la doctrina que el primer requisito del objeto consiste en existir, existencia que puede ser futura, circunstancia que aplicada al tema que nos ocupa implica que la obligación principal preexista a la constitución de la garantía, se contraiga concomitantemente con ella o llegue a existir en el futuro, como ocurre con las llamadas garantías abiertas.

Otro requisito, importante para nuestro estudio, consiste en qué objeto debe ser determinado o determinable, al “menos en cuanto a su género”, como resulta del texto expreso del artículo 1518 del Código Civil.

De lo anterior deriva que las obligaciones principales que se amparan deben estar determinadas, de manera tal que sea dable identificarlas, diferenciándolas de otras que puedan asemejárseles, en forma tal que no pueda existir confusión y que, llegando el caso, se

⁹ Tamayo Lombana, Alberto, *Manual de obligaciones*, 3 edición, Rodríguez Quito Editores, 1986.

sepa con claridad cuáles son y en qué consisten sus alcances. Esta determinación puede ser preexistente o concomitante con el respectivo negocio jurídico; pueden, así mismo, crearse mecanismos de determinación futura, como sería el caso de diferir dicha determinación a un tercero, o establecer unos procedimientos distintos que permitan la identificación de las obligaciones principales amparadas en el futuro.

Por consiguiente, no se cumpliría con este requisito del objeto y no habría por lo tanto obligación de garantía, en los términos del artículo 1502 del Código Civil, si las obligaciones principales que se amparan no fueren determinadas o determinables, por medio de cualquier elemento diferencial, como puede ser la identificación de las obligaciones principales concretas que se amparan, de la fuente de dichas obligaciones o de la persona del deudor, así como por una combinación de algunos de los factores anteriores. Igualmente, cabe una determinación genérica, por ejemplo, contratos de mutuo o de descuento.

Se pregunta la doctrina si esta determinación debe ser también de carácter cuantitativo, en la medida en que el mismo artículo 1518 del Código Civil establece, respecto de la determinación del objeto, que “la cantidad puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”.

Nuestra respuesta a esta cuestión es evidentemente afirmativa, en la medida en que se considera que la garantía es un privilegio, una excepción a la regla general de la “*par condito creditorum*”, en términos tales que las obligaciones que no estén comprendidas dentro del ámbito de la garantía que, como se vio, es excepcional, participan de dicha regla general. No parece posible pensar que este privilegio sea ilimitado, toda vez que el mismo no es de carácter personal, sino objetivo, es decir, el privilegio no consiste en romper el principio general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino en establecer obligaciones de grado distinto, o sea, obligaciones que se pagan preferencialmente o que tienen protección especial, frente a obligaciones que participan de la regla general de la “*par conditio creditorum*” y que carecen de protección especial.

Sin embargo, como se verá más adelante en materia de hipoteca, nuestro ordenamiento civil abrió la puerta en este campo al privilegio ilimitado, sin determinación de cuantía, a diferencia de otras

normas contractuales en las cuales tuvo el cuidado, especialmente en materia mercantil, de mostrar su voluntad en el sentido de que exista así misma una determinación de carácter cuantitativo. Igual observación nos veremos obligados a presentar en materia de endoso en garantía.

En los términos ya vistos del artículo 1518 del Código Civil, las obligaciones deben determinarse “a lo menos en cuanto a su género”. Éste, de conformidad con el artículo 1565 del mismo Estatuto, implica una precisión de cantidad. En efecto, no se trata de que se deba ilimitadamente un número de cosas de una misma calidad, sino que, como lo dice la norma últimamente mencionada, se debe “un individuo de una clase o género determinado”. En otras palabras, la determinación en cuanto al género afecta no sólo la calidad de lo debido, sino también el número o cantidad de lo que se debe, que puede ser un individuo o una pluralidad de éstos, establecida en un número preciso.

Dentro de las obligaciones de género es posible deber hasta una cantidad máxima, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de apertura de crédito (art. 1400 del Código de Comercio), casos en los cuales la determinación cuantitativa no es ciertamente precisa, pero tiene un tope máximo a partir del cual cesa el compromiso adquirido por el deudor. No es, sin embargo, dable imaginar un compromiso ilimitado, es decir, un deudor que se obliga sin topes ni barreras, en forma tal que no se puede saber cuándo termina su obligación, en términos que en algunas hipótesis se convertiría en irredimible, en abierta oposición al artículo 37 de nuestra antigua Carta Magna, principio que si bien no fue recogido en la nueva Constitución, no deja por ello de ser propio de cualquier régimen jurídico. En efecto, una obligación irredimible sería un contrasentido.

Piénsese a este respecto en el caso de un fiador que se vincule sin precisión de cuantía máxima.

Aún cuando quien constituye un gravamen real limita su responsabilidad de esta naturaleza al valor de liquidación del bien, ya que no es dable cobrar sobre él nada más que su monto, es evidente que también en tal caso la preferencia oponible a terceros interesados debe terminar en algún punto concreto, con el fin de que dichos terceros sepan a partir de qué punto comienza su derecho a perseguir remanentes. Por consiguiente, manifestamos nuestro criterio en

el sentido de que la determinación de las obligaciones de garantía debe ser igualmente cuantitativa, es decir, precisarse con referencia a un número de obligaciones principales, a una cuantía concreta de las mismas o, al menos, a un tope máximo, como suele ocurrir en el caso de las llamadas garantías abiertas. Esto último, sin perjuicio de las observaciones que se harán en su oportunidad con referencia al contrato de hipoteca meramente civil.

2. PACTO COMISORIO O GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Resulta apenas natural la pretensión de un acreedor buscando que su respaldo pueda hacerse efectivo sin las demoras, los trámites y las complicaciones propias de un proceso judicial. Sin embargo, éste está establecido para garantizar los derechos de todas las partes y, cuando se trata de efectuar un recaudo, son partes interesadas tanto el acreedor como el deudor. Por consiguiente, en la medida en que no se produzca entre ellos un arreglo de las eventuales diferencias, forzoso es acudir a la heterocomposición, a través de la función jurisdiccional del Estado, capaz de definir el derecho aplicable para el caso concreto y las consecuencias de dicha aplicación.

Nuestro régimen judicial, como el del resto de los países civilizados, repudia el llamado “pacto comisorio”, que los antiguos denominaron también “pacto pignoraticio”, o los quebrantamientos de la garantía del debido proceso. La expresión “pacto comisorio” ha sido empleada por nuestro régimen jurídico de manera equívoca, toda vez que, de una parte, el artículo 1935 del ordenamiento civil entiende por tal una cláusula accesorio al contrato de compraventa según la cual, “no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”, es decir, viene a constituir una estipulación expresa de la llamada condición resolutoria tácita a la cual se refiere el artículo 1546 del Código Civil.

Sin embargo, con apoyo en la raíz etimológica de la palabra, en la doctrina se entiende por pacto comisorio aquel que implique la posibilidad de que el acreedor se apodere de bienes de su deudor, de manera directa o indirecta, ejerciendo sobre ellos el llamado “comiso”, que hoy tiene una acepción especial en el terreno del derecho penal.

El artículo 29 de la Constitución Nacional estableció perentoriamente que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con obser-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

vancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". A pesar de que la mayoría de los apartes del texto no transcritos tienen una connotación penal, la norma es clara al señalar que la garantía del debido proceso "se aplicará a *toda clase* de actuaciones judiciales y administrativas".

El derecho de defensa constituye una garantía ciudadana de carácter irrenunciable, en la medida en que lleva envuelto el orden público, constituyendo uno de aquellos principios por los cuales la humanidad ha luchado durante siglos.

Este derecho de defensa, conforme al régimen constitucional, no se limita a la existencia del proceso específicamente previsto, sino que se extiende a todas las formas propias de éste, a su "plenitud", como expresa la norma.

La garantía del debido proceso fue expresamente recogida por el Código Civil en su artículo 2417, en el cual se estableció que "no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva la prenda, sino por ministerio de la justicia". Si la ley veda tomar precariamente, a título únicamente prendario, un bien del deudor contra su voluntad, está claro que la prohibición de lo menos implica igualmente el rechazo de lo mayor, es decir, el acreedor no puede tampoco pagarse de manera directa sin el consentimiento del deudor y sin los trámites del debido proceso.

Por su parte, nuestro ordenamiento procesal civil, mediante el artículo 6º, establece que "las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, *de obligatorio cumplimiento*, salvo autorización expresa de la ley (...) las estipulaciones que contradigan lo establecido en este artículo, se *tendrán por no escritas*". En razón de lo dispuesto, cualquier pacto que busque obviar los trámites procesales pertinentes sería ineficaz, o sea, de conformidad con el artículo 897 del Código de Comercio, no produciría ningún efecto, sin que se requiera declaración judicial de carácter previo.

El Código de Comercio desarrolló igualmente el principio que venimos estudiando de una manera nítida, al ordenar en su artículo 1203 que "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*". Como consecuencia de lo expresado, igualmente en este caso se consagra la ineficacia mercantil a la

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

cual se refiere el mencionado artículo 897. Es claro que si bien la norma habla de apropiarse de la prenda o de disponer de ella, está fuera de cuestión que puede sostenerse lo mismo de una apropiación de bienes del deudor no cobijados por prenda, no solamente por una razón de lógica, sino también en virtud de la aplicación de la analogía mercantil claramente regulada por el artículo 1° del mismo Código de Comercio. Por consiguiente, el acreedor tampoco podrá ordenar que otro disponga “indirectamente” de bienes sobre los cuales tenga algún poder o facultad, “por medios distintos de los previstos en la ley”.

Ordinariamente, estos medios legalmente establecidos son los trámites propios del juicio ejecutivo, en los casos que un acreedor tiene establecida en su favor una obligación expresa, clara y exigible, en términos tales que puede requerir que el juez ordene el pago correspondiente (art. 488 del Código de Procedimiento Civil). A falta de mérito ejecutivo, sería preciso establecer éste previamente en juicio plenario.

Sin embargo, existen supuestos en los cuales se han determinado procedimientos o trámites diferentes para hacer efectiva una obligación, como ocurre con el bono de prenda (arts. 794 y siguientes del Código de Comercio), respecto del cual se contempla una liquidación del derecho establecido a través de un procedimiento que se adelanta ante el respectivo Almacén General de Depósito. Otro tanto ocurre con la norma del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que faculta a los establecimientos bancarios para vender en martillo las prendas de sus deudores y aplicarlas a los créditos correspondientes. Estos procedimientos especiales, de la misma manera que otros establecidos para fines distintos, obviamente prevalecen sobre los principios generales establecidos por el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de obligaciones exigibles. Dicho sea de paso, este procedimiento de liquidación en martillo tiene antecedentes importantes en el derecho comparado, especialmente en el régimen italiano y en el mexicano, para hacer efectivos derechos derivados, no sólo de prendas, sino también de contratos de fiducia de garantía, de reporto, de anticipo, etc.

Al margen de los trámites legalmente establecidos, no es posible que un acreedor busque caminos para cobrar sus acreencias con menoscabo del principio de defensa establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional y desarrollado por numerosas pres-

cripciones de nuestro ordenamiento jurídico, so pena de ilicitud en su conducta y, tanto en el terreno procesal como en el mercantil, de ineficacia de cualquiera estipulación sobre el particular.

Especial importancia reviste el principio del debido proceso que estudiamos, en la medida en que los contratos de garantía deben mantenerse dentro de los linderos del respeto del mismo, situación que, como oportunamente se verá, no aparece clara en algunos sistemas de fiducia de garantía, en ciertos contratos de reporto o en las operaciones de venta con pacto de retroventa que encubran un préstamo dinerario equivalente al precio del bien vendido.

No son pocos los casos en que el exceso de celo del acreedor por sus intereses lo lleve a pactos que en últimas dejan desprotegido su derecho, por traspasar las barreras más allá de las cuales la ley defiende a su deudor con la nulidad o la ineficacia de las estipulaciones.

3. NATURALEZA DE LA GARANTÍA

Resulta conforme la doctrina en admitir que las garantías pueden revestir dos categorías, a saber: personales o patrimoniales, y reales y objetivas.

Por las primeras el acreedor tiene derecho de perseguir, además de los bienes de su deudor –que constituyen la prenda general de su acreencia, en los términos del ordenamiento civil–, un patrimonio o todos los bienes de persona o de personas distintas, como ocurre en el contrato de fianza.

Por los segundos el acreedor se halla provisto de la facultad de perseguir uno o más bienes específicos, afectos al pago, en forma tal que la no satisfacción oportuna de éste le permita exigir que dichos bienes se liquiden para con su producto atender preferencialmente el crédito, con prelación sobre otras acreencias.

Una modalidad especial de este último privilegio, que adelante se estudiará, consiste en la llamada “garantía de propiedad”, por la cual el acreedor obtiene o conserva el dominio de un bien, ya comprometido con un tercero, para seguridad de su crédito.

Con apoyo en lo anterior, puede afirmarse que sólo es dable hablar de garantía cuando quiera que se da uno de los siguientes supuestos:

1. La posibilidad de hacer efectiva la deuda sobre patrimonio diferente del deudor, como ocurre en el caso de la fianza, en el cual el acreedor puede perseguir los bienes de persona distinta que haya aceptado garantizar el crédito correspondiente.
2. La posibilidad de perseguir con preferencia a otros acreedores bienes concretos del deudor, especialmente afectos por éste a la satisfacción de su crédito.
3. La posibilidad de perseguir bienes específicos de terceros, que éstos hayan vinculado de una manera concreta y preferencial al pago de los créditos correspondientes.
4. La posibilidad de desconocer, por incumplimiento correlativo, compromisos futuros de tradición, como ocurre en los casos que antes llamamos de “garantía de propiedad”.

Como consecuencia de lo expresado, no resulta correcto admitir como garantías, como ocurre con alguna frecuencia en el comercio, la circunstancia de que el mismo deudor suscriba documentos específicos y adicionales de crédito, por lo general títulos valores y, en particular, cheques, entregándolos “en garantía”. En este caso, en la medida en que dicho deudor ha vinculado únicamente su propio patrimonio, desde antes comprometido en cuanto hubiera existido previamente la obligación principal, no ha respaldado el crédito de manera diferente de como ya lo estaba, es decir, con sus propios bienes, que resultan en todo caso perseguibles en virtud de la obligación principal.

La circunstancia de que un deudor suscriba varios documentos de crédito por una misma acreencia, no implica mayor respaldo para el acreedor, sino cuando más, mejores facilidades probatorias para hacer efectiva coercitivamente su acreencia ante el poder jurisdiccional del Estado.

En el supuesto de que no se dé una de las cuatro posibilidades antes expresadas, sería preciso admitir la inexistencia de la garantía y la circunstancia de hallarnos en un terreno distinto de aquel que corresponde a nuestro estudio.

4. INTERPRETACIÓN DE LAS GARANTÍAS

Como se mencionó, la existencia de las garantías es excepcional, toda vez que la regla general en la materia viene dada por los artículos 2488 y 2492 del Código Civil, normas que establecen la llamada “*par conditio creditorum*”.

Por consiguiente, toda vez que no se halle fehacientemente establecida la existencia de una garantía, sea en virtud de un negocio jurídico que la constituya, sea en razón del ministerio mismo de la ley, es preciso sostener que el crédito sólo puede ser cobrado sobre los bienes del deudor, colocándose de otra parte su acreedor en igualdad de condiciones con otras personas que persiguen créditos en su favor, tanto en virtud de un proceso concursal o universal, como en razón de cobros singulares que se adelanten de manera concomitante.

Ciertamente, el artículo 31 de Código Civil dispone que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación (...)”, norma que choca de manera frontal contra aquello que comúnmente se afirma de que las disposiciones de carácter restrictivo deben ser, a su vez, objeto de una interpretación restringida. En el caso que nos ocupa, no encontramos un ordenamiento favorable para el acreedor y nocivo para el deudor, toda vez que no puede suponerse que los aseguramientos especiales que éste haya conferido en respaldo de su obligación puedan considerarse como perjudiciales u odiosos para él. Ocurre, simplemente, que en virtud de disposiciones de carácter particular, con origen legal o contractual, se ha concedido una ventaja o privilegio a un acreedor, para hacerse pagar con mayor seguridad, circunstancia que constituye una excepción a la regla general de la igualdad de todos los acreedores. Este carácter excepcional de la garantía conlleva, necesariamente, la circunstancia de que deba ser interpretada con restricción, en el sentido de que si no se logra establecer en forma clara e indubitable su existencia, es necesario aplicar la regla general, toda vez que de ésta sólo se sustraen los casos nítidamente establecidos.

Así mismo, las dudas sobre el particular deberán interpretarse por la solución de la regla general, es decir, determinando que los alcances de la garantía, lo mismo que su existencia, sólo pueden derivar de la excepción a la norma de la “*par conditio creditorum*” que se halle determinada de manera expresa y clara.

Este principio fue específicamente establecido por el legislador en el artículo 2373 del Código Civil, respecto del contrato de fianza. En la medida en que la doctrina ha venido admitiendo, con apoyo en el artículo 1708 del mismo estatuto, la existencia de las llamadas “fianza hipotecaria” y “fianza prendaria”, cuando quiera que los créditos a cargo de una persona se garantizan con bienes distintos de los suyos propios, especialmente afectos al pago respectivo, sería preciso, en virtud de las reglas de la analogía, aplicar el mismo criterio restrictivo contenido en el artículo 2373 citado para esos supuestos, que no pueden ser considerados otra cosa que un desarrollo del contrato de fianza, sólo que la garantía de pago dada por un tercero no viene establecida sobre la totalidad de su patrimonio, sino sobre bienes concretamente vinculados a la obligación correspondiente.

EL CONTRATO DE HIPOTECA

Luis Augusto Cangrejo*

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Sea lo primero resaltar lo honroso de la invitación que se nos cursara por el Colegio de Abogados Rosaristas para compartir con ustedes algunas reflexiones sobre la hipoteca que, ciertamente, ha sido considerada como fundamental dentro de los contratos de garantía; por ello, en la presentación que sobre la parte general hiciera el doctor Álvaro Mendoza Ramírez, con sobrada razón se señala que con las garantías se persigue dar al acreedor una expectativa más sólida en el recaudo del crédito. No obstante considerar acertado el enunciado anterior, en particular cuando de la hipoteca se trata, existen circunstancias que se presentan en la “vida útil” de la garantía que, como veremos, nos llevan si no a reevaluar el concepto, por lo menos a replantearlo en su real dimensión.

INTRODUCCIÓN

El origen de la hipoteca es remoto, como el de la propiedad; con los perfiles que la conocemos en la actualidad, se ha aceptado que aparece por primera vez en el *corpus juris civilis*. Varios factores contribuyeron a su aparición, y entre ellos: a) la delimitación del concepto de propiedad privada, al unificarse la propiedad quiritaria y la propiedad bonitaria hacia el siglo V de la era cristiana; b) la abolición de la *manus injectio* con la *lex papiria* que dio fin a la servidumbre del deudor; y e) el conocimiento que se tenía de la prenda (*pignus*), que en su concepción inicial entrañaba la entrega de cosas muebles o inmuebles como garantía de un crédito; en sus orígenes implicaba la desposesión del deudor, y de otro lado, existía la posibilidad del acreedor de vender directamente la cosa y pagarse con el precio de la venta. Se entiende así, en su origen, la bifurcación de la prenda para la entrega de cosas muebles en garantía, y la hipoteca, reservada para los inmuebles.

* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de pregrado y posgrado en la misma Universidad.

Antes de la aparición de la hipoteca como tal, en Roma se utilizó una figura conocida como la “enajenación fiduciaria”, que en su materialidad no era nada distinto de la venta con un pacto de retracto; esto es, si no se pagaba el crédito se perdía la facultad de recobrar el derecho de las cosas enajenadas bajo condición.

Según la Ley de las Doce Tablas, la hipoteca como garantía estaba sujeta a la formalidad establecida para la adquisición de la propiedad, lo que se conserva en nuestros días.

1. LA HIPOTECA EN EL CÓDIGO CIVIL

Para abordar el tema de la hipoteca es menester distinguir el contrato de hipoteca (acto jurídico) del derecho real de hipoteca (garantía); adicionalmente, recabar sobre la necesidad del título y el modo para la adquisición del derecho real de hipoteca.

El artículo 2432 del Código Civil (CC) dice que “La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.” Esta definición no se refiere a la hipoteca como contrato sino como derecho real. Tal definición es manifiestamente impropia; la que trae el Código Civil (art. 2409) se refiere indudablemente a la prenda como contrato, que no como derecho real, siendo esto incoherente.

Si nos referimos al contrato de hipoteca, es apenas natural que para su existencia y validez deban reunirse los requisitos establecidos por la ley (art. 1502, Código Civil); sin embargo, es necesario hacer mención de que a voces del artículo 2439 sólo puede constituir hipoteca sobre un bien inmueble quien tenga la capacidad de enajenarlo, esto es, el titular de derecho de propiedad o del usufructo constituido sobre el mismo, con la extensión necesaria a las naves o aeronaves.

Dentro del marco anterior podemos, entonces, definir el de hipoteca como aquel contrato solemne por el cual el propietario o usufructuario de un inmueble lo grava en favor del acreedor para la seguridad de su crédito actual o futuro; además, el crédito garantizado puede ser el adquirido directamente por el constituyente o bien por un tercero.

Dentro de nuestro sistema no basta la celebración del contrato de hipoteca para que surja el derecho real de la misma. En efecto, de conformidad con lo que dispone el artículo 2435 del CC, el título hipotecario debe ser inscrito en el folio de matrícula del inmueble

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

dentro de la oportunidad prevista en la ley; el Código considera dicha inscripción como una especie de tradición (art. 756), y, en nuestro sentir, la inscripción cumple una función constitutiva respecto del derecho real de hipoteca, además de la función propia de publicidad que se traduce en la oponibilidad *erga omnes*, nota fundamental del derecho real.

Radicado el derecho real de garantía en cabeza del acreedor hipotecario, fácil es advertir sus notas características ya conocidas, por lo que solamente las mencionaremos, así:

- a) Es un derecho accesorio. Es la garantía del crédito; por ello, seguirá la suerte de la obligación principal a la cual accede en cuanto a su vigencia y extinción, sin perjuicio de aquellos eventos previstos por la ley, propios de la garantía hipotecaria.
- b) Dota fundamentalmente al acreedor del derecho de persecución del bien hipotecado en manos de quien se encuentre y a cualquier título que lo haya adquirido; y, en su caso, el derecho de preferencia que le asiste para el pago del crédito respecto de aquellos otros acreedores que carecen de garantía, y sin perjuicio de la prelación legal de algunos de ellos.
- c) La hipoteca es indivisible; si el inmueble hipotecado constituye una unidad jurídica, éste de manera integral se encuentra afecto al pago del crédito, salvo las excepciones legales.
- d) La constitución de la hipoteca no impide la enajenación del bien por parte de su titular, caso en el cual se materializa el derecho de persecución.

Vale la pena mencionar que dentro de la órbita contractual de la hipoteca podrá el deudor hipotecario solicitar con arreglo a la ley la reducción de la misma, entendiéndose por tal el evento en que existan varios inmuebles afectos al pago del crédito y que resulte excesiva la garantía; y, correlativamente, el derecho que tiene el acreedor hipotecario para la mejora de la garantía, como lo dispone el artículo 2451 del Código Civil.

2. ALGUNOS ASPECTOS HIPOTECARIOS

Nuestro propósito es llamar la atención sobre ciertos aspectos que ofrecen alguna dificultad en la práctica, sobre los cuales damos nuestra opinión.

2.1 Acción personal, acción real, acción mixta

El artículo 2449 establece que el acreedor podrá, para el pago de su crédito, perseguir el bien hipotecado para la realización de la garantía en manos de quien se encuentre, comúnmente conocida como la acción real; del mismo modo, podrá enderezar su pretensión ejecutiva contra el deudor obligado personalmente (acción personal), persiguiendo en este caso otros bienes distintos del hipotecado; o bien, pretender la realización de la garantía respecto del bien hipotecado, y, además, otros bienes distintos, lo que comporta el ejercicio simultáneo de la garantía real y personal, equivocadamente denominada acción mixta.

Hemos considerado que el proceso ejecutivo es uno solo porque, independientemente de la garantía personal o real que ampare el crédito, por su propia naturaleza está instituido para el recaudo forzoso de las obligaciones. No existe duda de que el fundamento de toda ejecución es el título ejecutivo (*nulla executio sine titulo*), cosa distinta será que el pago del crédito se pretenda obtener con el producto de la venta del bien hipotecado, o con el producto de la venta de otros bienes del deudor, o de uno y otros; si el propietario del inmueble hipotecado es persona distinta de quien contrajo la obligación garantizada, en tal condición está obligado al pago del crédito siendo destinatario del mandamiento ejecutivo que para tal efecto se libre. Como puede verse, la denominación de acción real o acción personal corresponde indudablemente a la garantía patrimonial, específica o genérica, sin que por ello se desnaturalice la acción personal del cobro de la obligación.

Bajo otro aspecto cabe mencionarse que solamente serán susceptibles de garantizarse con hipoteca las obligaciones consistentes en pago de sumas de dinero; por el contrario, las obligaciones que tienen objeto diferente, no lo serán; sin embargo, es perfectamente posible que se garantice con hipoteca el pago de los perjuicios derivados de su incumplimiento, sean éstos estimados anticipadamente o no por las partes.

2.2 La hipoteca y la posesión del inmueble hipotecado

A la luz de las normas del Código Civil que regulan la hipoteca, la jurisprudencia ha reiterado que “para la eficacia del derecho de hipoteca no se exige que el constituyente esté en posesión material del bien hipotecado” (sentencia Corte Suprema de Justicia, septiembre 13 de 1968). Si bien ello es así, no lo es tanto en cuanto a su reclamación judicial; dentro del proceso ejecutivo que se adelanta para el cobro del crédito con la realización de la garantía hipotecaria no podrá procederse a la venta del bien en pública subasta sino a condición de encontrarse embargado y secuestrado. Si el secuestro del inmueble no fuere posible por encontrarse en poder de un tercero que alegue su posesión material, no le quedará otra alternativa distinta al acreedor hipotecario que la de perseguir el derecho de dominio y las eventuales acciones que de él se desprenden, con una pérdida evidente del monto de la garantía, o bien, perseguir otros bienes del deudor, con la anotación de que si el proceso ejecutivo se dirigió solamente contra el acreedor hipotecario distinto del deudor personal, sólo tendrá la primera de las opciones anotadas, la que de no ejercitarse implica la terminación del proceso ejecutivo sin recaudo alguno.

2.3 La hipoteca y la pertenencia del bien hipotecado

Sobre este aspecto específico solamente haremos el planteamiento de las dos tesis encontradas sobre el punto. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de septiembre 1º de 1995, expediente 4219, señaló que la declaración de pertenencia de un inmueble, sobre el cual su anterior propietario había constituido gravamen hipotecario, no obstante extinguir el derecho del constituyente, no implica la extinción de dicho gravamen, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 2452 del Código Civil; por consiguiente, el poseedor adquirente consigue el bien con la carga de la garantía otrora otorgada por el propietario anterior.

Por nuestro lado, con apoyo en lo que dispone el artículo 2457 en concordancia con el 2535 del Código Civil, y teniendo en cuenta que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, al extinguirse el derecho de dominio del constituyente, en consecuencia se extingue el derecho de hipoteca constituido, precisamente, bajo la condición de su titularidad.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

Por último, queremos dejar enunciados algunos aspectos que pueden tener alguna importancia sobre el derecho hipotecario, como son la ampliación de los plazos de la obligación sin anuencia del deudor hipotecario, que apunta a la extinción del gravamen según lo tiene previsto el artículo 1708 del Código Civil. De otro lado, el debilitamiento de la garantía hipotecaria constituida sobre inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal previsto en la Ley 675 de 2001, en cuanto al pago de las expensas comunes y por la solidaridad del adquirente en su pago, y por cuanto para la aprobación de la venta en pública subasta se requiere el paz y salvo expedido por la administración por tales conceptos.

Los puntos anteriores sólo persiguen el propósito de despertar algunas inquietudes que nos permitan avanzar en el estudio de la garantía hipotecaria y de los principales problemas que en la práctica se presentan.

EL AVAL

José Alberto Gaitán*

Con el fin de ubicar esta clase de garantía lo primero que se debe decir es que corresponde a la definición que aparece en el artículo 65 del Código Civil, a la cual se ha hecho amplia referencia, en la medida en que su finalidad no es otra que la de asumir una obligación para asegurar el cumplimiento de otra, en este caso incorporada en un título valor.

En segundo término, dentro de este género, al igual que la fianza, el aval se ubica en las llamadas garantías personales, que le otorgan al acreedor el derecho de cobrar el crédito, no sólo con apoyo en el patrimonio del deudor, sino también en el del garante, en cuanto este último asume como pasivo contingente suyo la respectiva obligación.

En tercer lugar, es preciso señalar que no obstante que, tratándose de títulos valores, toda firma puesta en un documento de esta clase genera para el suscriptor una obligación personal de pago del derecho incorporado, tal como lo señala el artículo 627 del Código de Comercio, en el sentido de que “todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente”, la firma del avalista difiere de todas las demás en cuanto su vocación y finalidad sólo es la de servir de garantía. En efecto, mientras las restantes firmas que pueden aparecer en un título valor tienen otro tipo de propósitos, tales como los de crearlo (otorgante o girador), aceptarlo (girado) o negociarlo (endosante), de tal manera que la garantía que va insita en éstas no se asume como lo más importante, en el aval el único objetivo buscado es el de respaldar el pago del documento.

En este último sentido, aún cuando dentro de estas categorías de firmas también pueden intervenir personas que sólo tienen como propósito garantizar el pago del título, al no recibir nada a cambio de la firma que en él colocan, dentro del fenómeno denominado suscripción de favor o por acomodamiento (art. 639 del Código de Comercio), es evidente que en estos casos la función de garantía se



* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Colegial de número de la misma institución; director de las especializaciones en Derecho Comercial y Derecho Contractual de la Universidad del Rosario. Socio de la firma Gaitán Bermúdez & Asociados.

mimetiza bajo un ropaje que no hace ostensible dicha finalidad frente a terceros.

Precisado lo anterior, nos corresponde ahora hacer una breve alusión a la historia del aval.

Al respecto, el régimen adoptado por la Ley 57 de 1887, tomado del Código de Comercio Terrestre de Panamá de 1869, el cual se inspiró en esta materia en la ley de efectos de comercio proveniente del derecho francés de principios del siglo XIX, se ocupó del aval definiéndolo como aquel en virtud del cual el avalista “extraño a la negociación de la letra, afianza su pago por una obligación particular, que le constituye garante solidario con uno o más de los ya obligados” (art. 749). Así mismo, en este Código se previó, como acontece hoy por hoy, que el aval podía constar en la letra misma o en documento separado. Se reguló, así mismo, la posibilidad de que el aval fuera limitado en tiempo, caso, cantidad o persona. De no decirse nada, se entendía que el aval respondía solidariamente en los mismos términos que el librador y los endosantes. Por último, se le atribuyó el carácter de aval a una simple firma puesta en la letra.

Esta concepción inicial del aval lo acercaba a la fianza solidaria, circunstancia que explica la restricción en cuanto a las personas que podían prestarlo –alguien ajeno al título–, la alternativa de otorgarlo por documento separado, y la opción de someterlo a plazo o a condición, como resulta posible con aquélla.

Posteriormente vino la Ley de Instrumentos Negociables (Ley 46 de 1923), inspirada en el derecho anglosajón, que sólo reguló las suscripciones bajo las calidades de girador, aceptante, otorgante o endosante, en términos tales que excluyó cualquier mención en torno al aval. Fue así como en el artículo 65 de dicha Ley se dispuso que una firma puesta en un título que no correspondiere a la otorgante, girador o aceptante, se entendería como endosante, a diferencia de lo que acontecía con los efectos de comercio o de lo que ocurre hoy en el Código de Comercio. La razón de esta omisión obedece al origen de dicha ley, pues la figura del aval no fue regulada ni en Inglaterra, ni en Estados Unidos, países que recurrieron al sistema de la firma por acomodamiento como garantía cambiaria.

En este estado de cosas, se adoptó en Ginebra la Ley Uniforme sobre la Letra de Cambio, del 7 de junio de 1930, en la cual se apoyó parcialmente el profesor Raúl Cervantes Ahumada para estructu-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

rar el que vino a llamarse después proyecto Intal, ley que reguló la figura del aval como aquella en virtud de la cual se garantizaba el pago de la totalidad o de una parte del importe del título, que debía aparecer en la letra de cambio o en su suplemento (hoja adherida). De la misma manera, en esta ley se previó que esta figura de garantía se perfeccionaba mediante la simple firma, en modo tal que todas aquellas que aparecieran en el anverso del título y que no correspondieran a la de librado o librador se tendrían como aval. Por otro lado, en dicho estatuto se indicó que si no se mencionaba la persona avalada se entendía que el aval estaba dado a favor del librador. Por último, de especial significación resulta la circunstancia de que en esta ley se concibió por primera vez la autonomía de esta figura de garantía, al disponer en su artículo 32 que “el avalista responderá de igual manera que aquel a quien garantiza. Su compromiso será válido, aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma”. En idéntica forma fue regulado el aval en la Ley Uniforme de Ginebra sobre el cheque, del 19 de marzo de 1931.

En el año de 1934 Colombia se adhirió al Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo, en ejecución de lo previsto en la Ley 68 de 1924, en el cual se hizo referencia al aval, en cuanto a la solución aplicable en caso de conflicto de leyes en el espacio, al regular como norma para desatarlo aquella según la cual el aval se regiría por la ley aplicable a la obligación garantizada, en desarrollo de un principio general en materia de garantías según el cual éstas deben seguir la suerte del principal.

Como antecedente mucho más próximo encontramos en este recorrido histórico al proyecto Intal de finales de la década del sesenta, elaborado bajo el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, en cuyos artículos 15 a 20 se reguló la figura de manera muy similar a la solución que trae nuestro actual Código de Comercio, con dos diferencias significativas: la primera, ligada a los requisitos para su formalización, en cuanto en el proyecto Intal se eliminó la opción de que esta garantía conste en un documento separado, tal como lo hizo también la norma ginebrina citada atrás. La segunda, atinente al efecto que debe derivarse del hecho de que el avalista no mencione la persona por quien se presta el aval, pues en tal caso, según el proyecto Intal, se entenderán garantizadas las obligaciones del suscriptor que libere al mayor número de obligados.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

Este proyecto influyó de manera significativa en nuestro Código de Comercio, pues al momento de su expedición fue preferido frente a la otra alternativa que existía en dicho momento de adoptar un proyecto que significaba seguir con la ley de instrumentos negociables actualizada, según el trabajo realizado desde 1958.

En este breve repaso en torno a las distintas formas en que ha sido regulada la figura, no podemos dejar de mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, estructurada en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y aprobada en Nueva York el 9 de diciembre de 1988, que en sus artículos 46 y siguientes regula la figura de la garantía sobre títulos valores. En esta convención, al igual que en el proyecto Intal, se señaló que la garantía debe anotarse en el título o en un suplemento añadido, mediante las palabras “garantizada”, “avalada”, “bueno por aval” u otra equivalente, acompañada de la firma del garante, sin perjuicio de que la simple firma puesta en el anverso constituya una garantía. En esta convención se señaló igualmente que a falta de indicación de la persona por la que se sale garante, se entenderá que se respalda al aceptante o al librado, en el caso de la letra, o al suscriptor en el caso del pagaré. En lo demás, el régimen se acomoda en términos generales a lo regulado por nuestro Código de Comercio, con algunas precisiones en materia de excepciones, derivadas de la distinción entre el llamado tenedor protegido y el mero tenedor.

Con apoyo en estas consideraciones iniciales se debe entonces estudiar la forma como regula nuestro Código la figura del aval, a partir del año 1971, con adopción en buena parte del proyecto Intal, según se manifestó, a través del Decreto 410 de dicho año.

En primer lugar, desde el punto de vista de su formalización, siguiendo al efecto el principio general previsto en el artículo 625 del Código de Comercio, según el cual “toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor”, el artículo 634 del mencionado código exige para la eficacia de esta garantía, que se reduzca por lo menos a la firma del avalista puesta en cualquier parte del título. Es así como, por exclusión, el Código se inclina por el aval en aquellos casos en los cuales a la firma no pueda atribuírsele otra significación dentro del título, regulando una presunción que aleja esta figura de la fianza, no sólo por el hecho de que no surge de una convención consensual como aqué-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

lla, pues es fruto de un acto unilateral, no recepticio y solemne, sino por la circunstancia de que se infiere del silencio del suscriptor, al paso que la fianza no se presume (art. 2373 del Código Civil).

Esta formalidad o solemnidad tiene carácter constitutivo, pues sin ella no existirá la garantía que venimos tratando.

Ahora bien, a diferencia del proyecto Intal y de la Convención de las Naciones Unidas, acercándose más en este punto a la regulación que traía el Código de Comercio de la Unión de 1887, el actual Código permite, como excepción a la unidad documental que debe presidir la instrumentación de toda obligación que conste en un título con vocación esencialmente circulatoria, que el aval aparezca en documento separado, siempre que en éste se identifique plenamente el título cuyo pago total o parcial se garantiza.

Esta última modalidad, no obstante ser muy criticada, sobre la base de que rompe con esa anhelada unidad documental y, en consecuencia, puede afectar la buena fe del tenedor, en cuanto puede privarlo de la garantía cuando quiera que no viaje conjuntamente con el título, resulta bastante útil para instrumentar garantías sobre títulos emitidos en serie e igualmente idónea para que se cree el llamado aval sobre títulos futuros, siempre que se cumpla con el requisito de identificarlos plenamente. Sin embargo, con apoyo en esta forma de instrumentación de la figura no sería admisible la figura del aval abierto, pues éste no permitiría cumplir con el requisito de la individualización del título respaldado.

En defensa del aval por documento separado se puede señalar que, en la medida en que la falta de entrega del documento en el que conste el aval no afecta la validez del título valor, pues no se refiere a elemento esencial alguno para su existencia o eficacia, al contener simplemente una firma de garantía, es evidente que no hay un reparo mayor para que se mantenga esta opción regulada por el artículo 634 del Código de Comercio. En otras palabras, el aval no hace más que agregar una relación cambiaria a un título valor completo y perfecto por sí mismo. Lo anterior no obsta para que si el tenedor conoce de la existencia de un aval por un escrito separado que no se le ha entregado, pueda demandar dicha entrega por las vías judiciales, con apoyo en lo previsto en el artículo 628 del Código de Comercio.

Por otra parte, aun cuando el Código no señala nada en cuanto a la oportunidad en que debe prestarse el aval, existe una tesis según

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

la cual debe formalizarse antes del vencimiento del título, pues así como los endosos posteriores a dicho momento no generan autonomía, en la medida en que la ley limita sus efectos a los propios de una cesión ordinaria, debe entenderse que el aval que ocurre posteriormente, es decir, una vez el título se ha hecho exigible, no puede predicarse como autónomo para ningún efecto, por lo que sus consecuencias no podrían ir más allá de los de una fianza, siempre que aparezca inequívocamente que esa fue la voluntad de quien suscribió de esta manera. Sin embargo, no aparece clara la vinculación que pretende hacerse entre el endoso posterior al vencimiento –que tiene una norma específica–, y el aval, que carece de ella. Esta simetría jurídica no tiene asidero alguno, pues distinta es la posición de quien pretende transferir, de aquel que busca garantizar. Así las cosas, en la medida en que no existe restricción alguna al respecto, parece que la conclusión más lógica es admitir la viabilidad y la eficacia del aval posterior al vencimiento, claro está, siempre que no se avale la posición cambiaria de un suscriptor que haya quedado liberado por caducidad o prescripción, pues en tal caso la garantía sería inocua, al no haber acción cambiaria contra dicho avalista. Por otro lado, en defensa de esta tesis también puede decirse que mientras el título no sea descargado por el último suscriptor cuyo pago no genere acción de reembolso, sigue produciendo efectos cambiarios y, por tanto, puede ser garantizado.

Desde otro punto de vista, en la medida en que el Código no limitó la figura del aval a los títulos de contenido crediticio, la mejor doctrina ha señalado que esta garantía cambiaria puede extenderse a toda clase de documentos, incluidos los representativos de mercaderías y los de participación.

De igual manera, no existe limitación alguna para que se pueda avalar un título valor con espacios en blanco o totalmente en blanco, pues el artículo 622 se refiere en plural a los que hayan intervenido antes de completarse, para efectos de la oponibilidad del documento diligenciado, dentro de los cuales pueden estar los avalistas. Sin embargo, en esta hipótesis el aval deberá constar en el título mismo, pues no sería posible identificarlo plenamente en documento separado.

En cuanto a los requisitos para su perfeccionamiento, debe también anotarse que, a diferencia de otros países (Chile, Paraguay), en Colombia es posible que una persona que ya haya participado en el

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

título en otra calidad pueda prestar el aval, siempre que con ello mejore su responsabilidad cambiaria cualitativa o cuantitativamente, pues de lo contrario resultaría estéril desde el punto de vista de la efectividad de la garantía.

En lo que tiene que ver con las formalidades, finalmente es preciso tener en cuenta que, a diferencia de la fianza, que admite modalidades como la condición, el aval debe ser incondicional, pues es de la esencia de este tipo de documentos que las prestaciones que en ellos e incorporan no estén sujetas a hechos futuros e inciertos que los tornen inseguros y, por tanto, que obstaculicen su circulación.

Prestado de la manera dicha, el aval convierte a quien lo otorga en obligado cambiario, por el importe total del documento, si nada se dice al respecto, o por otra parte, si al pie de la firma se limita la garantía a cuantía menor de la expresada en el título. De la misma forma, ante el silencio del avalista se entiende que respalda la obligación del suscriptor que libera un mayor número de suscriptores, como lo expresó con propiedad el proyecto Intal, aun cuando en nuestro Código, por un error de técnica legislativa, se haya regulado de manera impropia esta hipótesis, anotando que en tal caso se entiende que el aval garantiza la obligación de todas las partes en el título (art. 637). Al respecto, es evidente que no puede concebirse que el avalista que guarda silencio en torno a la persona avalada garantice a todos los suscriptores, pues ello conduciría a la solución absurda de entender que asuma de manera simultánea la condición de deudor y de acreedor de todos los que tienen acción de reembolso o de ulterior regreso, circunstancia que frente a ellos torna nugatoria la garantía. Por ello, la conclusión obligada es la de que, a pesar de haberlo expresado de manera equivocada, lo que el Código quiso adoptar como solución es aquella prevista por el proyecto Intal.

Ahora bien, cuando quiera que el avalista indique la persona que avala se genera como consecuencia que, para efectos del recobro, pueda intentar acción de reembolso contra ella y contra los que sean obligados suyos con apoyo en la cadena de circulación. También tiene como efecto que el avalista sea sujeto del mismo tipo de acción cambiaria que puede intentarse contra el avalado, de tal manera que pueda quedar liberado en las mismas condiciones de este último, por los fenómenos de prescripción y caducidad. Sin embargo, en modo alguno puede significar, como se ha entendido equivocadamente por algunos tribunales, que en tal hipótesis el

avalista adopte idéntica posición jurídica del avalado, en términos tales que pueda predicarse que en conjunto avalista y avalado quedan cobijados por el principio de las firmas en un mismo grado de que trata el artículo 632 del Código de Comercio, para efectos de la interrupción de la prescripción. Esta posición es equivocada, el avalista no es un suscriptor del mismo grado que el avalado. Tienen grados distintos dentro del título, de tal manera que la interrupción de la prescripción lograda en virtud de la notificación de la demanda opera de manera separada para cada uno de ellos, como lo expresa el artículo 792 del Código de Comercio.

De la misma manera, no obstante la mención de la persona avalada es evidente que, en virtud del principio de la autonomía, acuñado gracias a los aportes que al sistema romano-germánico hizo la doctrina alemana, y a diferencia de lo que sucede con el fiador solidario, que puede proponer las llamadas excepciones reales (art. 2380), entendidas éstas como las inherentes a la obligación principal, el avalista no puede alegar excepción alguna apoyada en la causa que lo vincula al título, sea gratuita u onerosa, ni aquellas que se deriven de la relación fundamental que sirvió de apoyo a la firma del avalado.

Tampoco puede liberarse en los casos en que el avalado quede exonerado de responder, circunstancia que igualmente aleja este tipo de garantía de la calificación accesoria propia de otras cauciones personales como la fianza, de tal manera que es evidente que se rompe con el axioma según el cual el garante no puede obligarse a más ni en condiciones más onerosas que las del deudor garantizado.

Esta autonomía, entonces, que difiere de la solidaridad, pues tratándose de esta última los distintos deudores se obligan a través de un mismo y único vínculo, al paso que frente a obligaciones autónomas cada deudor tiene su propio e individual ligazón, separa claramente al aval de la fianza solidaria. Lo anterior, pues no obstante que el fiador de esta estirpe, al igual que el avalista, no puede proponer el beneficio de excusión, que es propio de la fianza simple, sí lo coloca en comunidad de suerte con el deudor principal, al depender del vínculo jurídico de este último, circunstancia que no se da tratándose del aval, por la independencia antes comentada.

Sobre esta particular naturaleza del aval se pueden tomar las palabras del profesor Ramiro Rengifo, en su obra *Letra de cambio y cheque*, quien para ilustrar el tema y marcar la distinción entre el aval y la fianza anota: “El aval es formalmente accesorio en la medida

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

en que presupone la existencia de la letra de cambio, en tanto la fianza es sustancialmente accesoria pues no sólo requiere la existencia formal de la obligación sino su validez sustancial”.¹⁰

A este respecto, el artículo 636 del Código de Comercio señala en forma lapidaria lo siguiente: “El avalista quedará obligado en los términos que corresponderían formalmente al avalado y su obligación será válida aún cuando la de este último no lo sea”.

De lo dicho se concluye que el avalista no puede proponer con éxito las excepciones establecidas en el artículo 784, numerales 1, 2, 3, 11, 12 y 13, apoyado en hechos que vinculen al avalado. Por el contrario, por estar en función de la validez del título, sí puede proponer la del numeral 4, pues no tendría sentido alegar la vigencia de una garantía respecto de un título imperfecto, que no cumpla con los requisitos formales para ser considerado como tal.

Tampoco en esta última hipótesis, es decir, en aquella en la cual el documento no tenga las menciones exigidas para alcanzar la condición de título valor, quedará vigente la firma de garantía bajo la hipótesis de una fianza, pues, como se manifestó, la fianza no se presume, de tal manera que esa firma quedará sin efecto alguno.

Además de la ineficacia del aval derivada de aquella que compromete al título en su totalidad, también es preciso tener en cuenta que la garantía derivada del aval puede perderse si los demás suscriptores, sin la anuencia del avalista expresada por medio de su firma, modifican o cambian las condiciones del título, ya en cuantía, ya en forma de pago, pues desbordarían en tal hipótesis el consentimiento dado por el avalista al momento de suscribir el título, expresado con base en una literalidad que no puede cambiarse sin su concurrencia. En este caso es de recibo lo dispuesto por los artículos 1701 y 1708 del Código Civil.

En torno al tema estudiado, es importante resaltar cómo un aval puede resultar mucho más eficaz que una firma de favor puesta en un mismo grado, pues al paso que el avalista no puede proponer excepciones derivadas de la relación causal del avalado, según se dijo, el firmante de favor sí lo puede hacer al estar en la misma posición jurídica del deudor garantizado.



¹⁰ Rengifo, Ramiro, *Letra de cambio y cheque*, Bogotá, Señal Editora, 2000.

Ahora bien, en lo que hace a las acciones cambiarias que pueden intentarse contra el avalista, ellas dependerán de la posición jurídica que ocupe la persona avalada, según se expresó. Así, si esta última es un obligado directo (aceptante de una orden u otorgante de una promesa), la acción contra el avalista será directa, prescribirá en tres años y no estará sujeta a caducidad. Por el contrario, si se avala a un obligado en vía de regreso, la acción contra el avalista será de esta naturaleza, tendrá una prescripción general de un año, y podrá perderse por caducidad. De esto se colige que, generalmente, el avalista queda sujeto al mismo tratamiento del avalado, salvo el caso regulado por el Código para los cheques de viajero, frente a los cuales la prescripción del banco librador es distinta de la del corresponsal avalista que los ponga en circulación (art. 750 del Código de Comercio).

Finalmente, debe anotarse que al igual que con cualquier figura de garantía, dentro de ellas la fianza (art. 2395 del Código Civil), el avalista que paga adquiere los derechos derivados del título contra su garantizado y contra aquellos que sean responsables suyos según la cadena de circulación y bajo el principio de que, tratándose de acciones de reembolso, todo suscriptor puede repetir contra aquellos que lo hayan antecedido o precedido.

En síntesis, el aval es una garantía exclusiva de los títulos valores que, a diferencia de la fianza, no puede otorgarse para respaldar obligaciones distintas, su naturaleza determina que sea formalmente accesorio (depende de un título válido) y material o sustancialmente independiente (autónomo) circunstancia esta última que brinda al acreedor un respaldo mucho más eficaz que cualquier otra garantía de carácter personal.

CARTAS DE CRÉDITO STAND-BY Y GARANTÍAS DE CASA MATRIZ

Alfredo Sánchez Belalcázar*

El presente trabajo no pretende hacer un análisis detallado de la operatividad de las cartas de crédito *stand-by* (Stand-by Letter of Credit - SBLC), ni de las garantías de casa matriz, más teniendo en cuenta que las primeras tienen una serie de requisitos, terminología propia y procedimientos, que si bien contienen alguna dosis jurídica, son conocidas y manejadas por técnicos bancarios en comercio u operaciones internacionales quienes no necesariamente son abogados. Se trata de hacer algunos análisis jurídicos sobre estas dos instituciones.

1. CARTAS DE CRÉDITO STAND-BY

1.1 Origen

El origen de esta figura se encuentra en el derecho anglosajón, y tal vez sea esa la razón por la cual no se ha logrado darle un nombre adecuado en español. Los autores atribuyen el origen de esta clase de créditos a los problemas que tuvieron los bancos norteamericanos en la primera mitad del siglo XX, para garantizar a terceros mediante el otorgamiento de garantías bancarias, por prohibiciones de las leyes federales.

Los bancos ingeniaron una figura que les permitía dejar los créditos en suspenso (en "*stand-by*" se diría, utilizando el anglicismo) hasta que se cumplieran ciertas condiciones que originaban el instrumento financiero, encuadrando tal actividad dentro de las opciones permitidas por otras leyes federales, pese a las prohibiciones señaladas.

Poco a poco, esta clase de operaciones, junto con el género al cual pertenecen, es decir, los créditos documentarios, fueron consolidándose como un producto no sólo del derecho anglosajón, sino internacional y con entidad propia.

* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

1.2 Recopilación de usos y costumbres, y expedición de convenios internacionales

La Asociación Nacional de Banqueros de Estados Unidos comienza las labores de recopilación de los usos de los créditos documentarios en general hacia 1920. Para la misma época la Unión Sindical de Banqueros de París publica un texto aplicable como reglas supletorias de los créditos documentarios.

En 1926 se celebró el XX Congreso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en Holanda y se publica, como desarrollo de tal congreso, el *Reglamento uniforme relativo a los créditos documentarios*. En 1933, en otro congreso realizado en Austria, se actualiza el citado reglamento, lo cual sucede nuevamente en el Congreso de Portugal de 1951. Tales labores de recopilación de la Cámara de Comercio Internacional se reciben con beneplácito por parte de los mercados y usuarios dado el carácter internacional de tales productos. Su enfoque inicial fue con una visión generalista sobre los créditos documentarios, tocando sólo tangencialmente el tema de las cartas de crédito *stand-by*.

Ya en tiempos más recientes, la Cámara continúa su labor y a partir de 1994 se compilan las “Reglas y usos uniformes”, en el documento USP 500 (o RUU 500), preparado por la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la CCI, el cual recoge de manera completa y detallada el tema de los créditos documentarios.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) continúa, entre otros temas, con el desarrollo de los postulados básicos de los créditos documentarios. Surge después la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de crédito Contingentes; publicada en castellano el 16 de diciembre de 1995 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establece una serie de principios que son aplicables para los Estados contratantes que se han adherido a la Convención, y en cuyas garantías o cartas de crédito se hace mención expresa de aceptación de tales principios.

Pero es con la publicación, también de la CCI, denominada ISP 98 (“International Stand-by Practices”) que entró a regir en 1999, que se divulgan los usos internacionales relativos a los créditos contingentes, como un avance frente la publicación RUU 500, al tratar de una manera más concreta y específica todo lo relacionado con es-

tos créditos. El nuevo documento conlleva un claro enfoque hacia el banquero y las empresas usuarias de esta clase de operaciones y, como particular novedad, permite aun la presentación para el pago de la carta de crédito a través de medios electrónicos.

Sobre todos estos documentos de la CCI que han recopilado los usos y las costumbres de los créditos documentarios y particularmente de los créditos contingentes, hay que advertir que la versión oficial de los mismos, que llega a servir incluso para la resolución de conflictos, es la versión en inglés. Este trabajo se ha realizado siguiendo las versiones en español del Comité Español de la CCI, que cuentan con la aprobación de la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la misma Cámara.

1.3 Definición

Pese a ser el documento ISP 98 el más cercano al tema que nos ocupa, he encontrado una definición de los créditos *stand-by* que por su carácter descriptivo me permito transcribir:¹¹

“Un crédito *stand-by* es un crédito documentario, o convenio similar, cualesquiera que sea su denominación o descripción, que comporta una obligación del Banco Emisor ante el Beneficiario a:

1. Restituir una suma prestada al Ordenante, o anticipada al Ordenante o por cuenta de éste;
2. efectuar el pago de una deuda no satisfecha por el Ordenante; o
3. efectuar un pago derivado del incumplimiento de una obligación por parte del Ordenante.”

De esta forma, observamos que el crédito *stand-by* actúa como una garantía de reembolso o como un medio de respaldo de pago secundario, constituyendo, sin embargo, una obligación primaria para el banco emisor. El propósito subyacente del banco emisor es pagar por las mercancías suministradas o por los servicios prestados, tal como se estableció en el contrato entre las partes.

¹¹ “Guía CCI sobre las operaciones de crédito documentario para la reglas y usos uniformes, UCP 500”, versión en español de septiembre de 1994, p. 54.

Se deriva de esta definición una clara diferencia con los créditos documentarios en general; en éstos su aplicación estriba en el “cumplimiento” del beneficiario, mientras que en el crédito *stand-by* se dan garantías al beneficiario en caso de producirse un “incumplimiento”.

La connotación de garantía que se da a las cartas de crédito *stand-by* las aleja del concepto elemental general de los créditos documentarios consistente en servir de medios de pago o financiación. Sobre este punto volveremos más adelante.

El documento ISP 98, en su Regla 1, contiene otra definición de crédito contingente que más que definición es un resumen de características y, como tales, se abordarán más adelante en este estudio.

La Superintendencia Bancaria de Colombia, siguiendo la posición de Carlos Antonio Espinosa en su libro de crédito documentario, ha señalado que si los objetivos de los créditos documentarios son servir como medios de pago o como medios de financiación, el objetivo de las cartas de crédito *stand-by* es servir como garantía de pago de una obligación y no como solución de pago de la misma, sin perder su naturaleza de crédito documentario.¹²

1.4 Las cartas de crédito stand-by en el derecho colombiano

Históricamente el derecho mercantil se ha elaborado como consecuencia de la verificación de las prácticas de los comerciantes, de las modalidades de comercio y de las particularidades de sus negocios jurídicos. Así, en el derecho mercantil, mucho más que en otras disciplinas del derecho, la costumbre tiene especial valor.

Lo anterior se confirma con lo señalado en el artículo 3° de nuestro Código de Comercio que admite las modalidades de costumbres “*secundum legem*” y “*praeter legem*”,¹³ como aquellas que reemplazan a la ley por mandato de la ley misma, o las que estando al lado de la ley se aplican debido a la inexistencia de ley sobre una materia. Los artículos subsiguientes de nuestro ordenamiento mercantil regulan



¹² Oficio No. 1999007065-2 del 26 de marzo de 1999, tomado de *Doctrina y conceptos financieros*, 1999, Superintendencia Bancaria de Colombia, pp. 65 y ss.

¹³ El primer inciso del artículo 3° citado establece: “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”.

particularmente la forma de probar la costumbre mercantil local, extranjera o internacional, y la aplicación de tratados no ratificados por Colombia y de costumbres internacionales. Destacamos dentro de aquellas normas la parte final del artículo 9º que permite probar la costumbre mercantil internacional con una certificación de una entidad internacional idónea, la cual podrá dar fe de la respectiva costumbre.¹⁴

Las recopilaciones efectuadas de reglas y usos uniformes de la Cámara de Comercio Internacional encuadran, sin ninguna duda, dentro de la certificación que emite una entidad internacional idónea, por lo cual es viable probar legalmente en Colombia la utilización de tales usos y costumbres.

Siguiendo la posición de François Geny, citado por García Máynes,¹⁵ los usos se vuelven costumbre y, como tales, fuentes del derecho, cuando se reconoce validez a los preceptos consuetudinarios por parte de jueces y tribunales, los cuales no crean derecho cuando aplican tales usos, sino que los reconocen como fuente del derecho. Consideramos entonces, que los usos y las prácticas compilados por la CCI son claras costumbres de carácter internacional que pueden ser aplicados en Colombia y probados conforme se señaló. Además, se cumplen los dos elementos fundamentales de la costumbre como fuente del derecho: uno, el *elemento subjetivo*, consistente en que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe por lo tanto aplicarse. Al respecto conviene resaltar como, así no se consagre expresamente en el respectivo documento la sujeción a las reglas de la RUU 500 o de la ISP 98, en la práctica usual los bancos colombianos consideran que la emisión de una carta de crédito *stand-by* se sujeta a dichas disposiciones, como si estuvieran aplicando una norma legal existente y vigente; otro, el *elemento objetivo*, es decir, la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder. Sobre este elemento conviene aclarar que, como mínimo, desde 1994 se vienen practicando de manera homogénea y regular una serie de actuaciones en torno a las cartas de crédito *stand-by* siguiendo los lineamientos, procedimientos, las recomendaciones y los parámetros divulgados por la CCI.

¹⁴ El artículo 9º del Código de Comercio señala: "La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán mediante copia auténtica, conforme al Código de Procedimiento Civil, de la sentencia o laudo en que la autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de la existencia de la respectiva costumbre".

¹⁵ García Máynes, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 32ª edición revisada, Porrúa, 1980, p. 64.

Con todo lo anterior, la celebración de operaciones con cartas de crédito *stand-by*, conforme a las reglas compiladas por la CCI, es claramente una costumbre internacional aplicable en nuestro derecho.

Dentro del campo del derecho financiero en particular, conviene resaltar que la posibilidad de otorgar cartas de crédito *stand-by* se reconfirmó para los bancos comerciales y corporaciones financieras en Colombia con la expedición del Decreto 923 de 1997.¹⁶ Esta norma desarrolla la teoría, ya desgastada por cierto, de los estatutos especiales aplicables a las entidades financieras, conforme a la cual, las distintas clases de establecimientos de crédito sólo pueden realizar los actos expresamente autorizados por la ley. El decreto citado quiso autorizar una actividad que ya se realizaba, tal vez más tímidamente, utilizando la autorización general dada a los bancos y las corporaciones para expedir cartas de crédito.

La Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Bancaria¹⁷ en su título II, capítulo I, numeral 6, ha regulado lo relacionado con el crédito documentario que pueden otorgar los bancos, sin regular específicamente a las cartas de crédito *stand-by*.

Como último punto del derecho financiero, en lo relacionado con los límites individuales o consolidados de crédito que puede conceder un establecimiento de crédito, ha existido un cambio en cuanto a los efectos de la emisión y recepción en calidad de beneficiario de cartas de crédito *stand-by* por parte de los bancos nacionales. Inicialmente, la garantía dada por una entidad financiera de primer orden del exterior reconocida como tal por la Superintendencia Bancaria, se reconoció como muy eficaz, líquida y conveniente, tanto así que en la versión inicial del Decreto 2360 de 1993 permitió, como un caso excepcional, que aquellos eventos en los cuales un banco colombiano recibía un *stand-by* de una entidad financiera de primer orden del exterior, no se computara la operación para efectos de límites de crédito. Es decir, no existía ninguna limitación de patrimonio técnico cuando se contaba con tal clase de garantía, siendo ésta una situación excepcional y sólo



¹⁶ El artículo 1º del decreto 923 de 1997 señala: "En adición a las operaciones permitidas a las entidades autorizadas para expedir cartas de crédito, a partir de la fecha se las autoriza para expedir cartas de crédito standby". Por su parte, el artículo 7º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993) autoriza a los bancos a expedir cartas de crédito (literal g) con sujeción a las restricciones impuestas por las leyes.

¹⁷ Circular Externa No. 007 de 1996, con posteriores reformas que han quedado incorporadas en su texto actual.

comparable a la garantía soberana de la nación colombiana. Esta situación tuvo un cambio en el año 2000, limitando el monto máximo que puede prestar un banco a sus clientes garantizados con un *stand-by* de primer orden del exterior, al 25% del patrimonio técnico del banco prestatario, norma que se encuentra hoy vigente.

Para finalizar, no existe en nuestro ordenamiento norma alguna que prohíba el uso de las cartas de crédito *stand-by*, es decir, descartamos radicalmente que se trate de una costumbre “*contra legem*”, aclarando que las mismas reglas recopiladas por la CCI indican que lo allí contenido complementa la ley aplicable de los respectivos países, en la medida que dicha ley no lo prohíba expresamente.

1.5 Características de los créditos contingentes

La Regla 1 del documento ISP 98 señala una serie de características en general para los créditos contingentes, los cuales aplican a las cartas de crédito *stand-by* en estudio. Señala que los créditos contingentes son una promesa irrevocable, independiente, documentaria, vinculante desde su emisión, sin ser necesario que así se indique. Enseguida, se detalla el alcance de cada una de las características mencionadas:

- Que sea irrevocable significa que no se puede cancelar o modificar, a menos que así lo autorice la persona en cuyo perjuicio opera la cancelación o modificación. Nótese aquí una separación de los créditos contingentes frente a los créditos documentarios en general, pues en estos últimos se puede permitir la revocabilidad o la irrevocabilidad.
- Que sea independiente conlleva que la carta de crédito no dependa de la capacidad o el derecho del emisor, del derecho del beneficiario para obtener el pago, de la relación causal o subyacente, ni del conocimiento del cumplimiento o incumplimiento de un acuerdo. Es algo similar al concepto de autonomía que aplica en los títulos-valores en nuestro derecho.
- Que sea documentaria implica que la obligación del emisor depende únicamente de la presentación de los documentos (físicos o electrónicos) y del examen de conformidad aparente de los documentos exigidos. En este punto es de destacar que la práctica bancaria ha hecho que en la mayoría de los eventos, por no decir

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

la totalidad, la presentación de documentos se haga a través de medios electrónicos, utilizando comúnmente el denominado sistema “swift”, el cual permite identificar plenamente al emisor del mensaje mediante claves cifradas que buscan evitar fraudes y facilitan la labor de verificación formal que debe tener el banco sobre el documento presentado, al tratarse de mensajes “pro-forma” que, nuevamente, siguen los usos y las prácticas que ha compilado la CCI.

- Que vincule desde su emisión significa que es exigible una vez emitida, sin importar las razones por las cuales se ordenó, si se pagó o no la comisión exigida por el banco emisor, ni otras causas externas.

Y aún cuando no está dentro de las características de esta regla, existe otra que es común a la mayoría –por no decir todas– de las cartas de crédito *stand-by* que se expiden, como es que se hacen efectivas por un simple requerimiento del beneficiario, acreditando los documentos exigidos. Son lo que se denomina garantías a “primera demanda”, lo cual significa que una vez se cumpla con los requisitos de presentación exigidos, el beneficiario no tiene necesidad de justificar su solicitud de pago, basta sólo con requerirla en los términos convenidos.

1.6 Partes

Con la complejidad de las relaciones jurídicas y la globalización de la economía, son muchas las partes que intervienen en las relaciones jurídicas derivadas de una carta de crédito *stand-by*. Intervienen bancos de cada país donde se encuentra el emisor, con funciones que se analizarán a continuación, intervienen bancos para presentar los documentos exigidos para hacer efectiva la garantía y otras personas. Pero las que son parte esencial del negocio, son solo tres:

- Un ordenante o persona que busca la emisión de una garantía por parte de su banco que respalde determinadas clases de operaciones.
- Un banco emisor que atiende la solicitud del ordenante y se compromete frente al beneficiario como respaldo de obligaciones (se une por parte pasiva, como un deudor adicional frente al beneficiario).
- El beneficiario que, una vez emitida la carta de crédito, recibe un respaldo de primera mano consistente en el respaldo patrimonial de un banco en el evento de incumplimiento del ordenante.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

En adición a tales partes esenciales del negocio, por las razones ya anotadas, pueden aparecer otros actores, a saber:

- Un banco confirmante el cual, siendo designado por el banco emisor, añade a la promesa del emisor su promesa de cumplimiento de la obligación garantizada. Este banco confirmante se utiliza cuando el beneficiario queda en plaza o país diferente al del banco emisor y no queda tranquilo con la garantía de un banco lejano a sus intereses, razón por la cual solicita que intervenga un nuevo banco que confirma la operación. En este evento tenemos una acumulación por la parte pasiva, es decir, otro deudor frente al beneficiario.
- Un banco avisador o notificador que, a diferencia del banco confirmante, no suma su responsabilidad patrimonial como garantía del beneficiario, encargándose simplemente de confirmar la operación por cuenta del banco emisor y de verificar la aparente conformidad del documento presentado para exigir la efectividad de la garantía.
- Puede haber un banco presentador, es decir, un banco que actúa en nombre del beneficiario o quien actúa directamente pero por cuenta del beneficiario, acompañando los documentos que se requieren para la exigibilidad de la garantía.

1.7 Naturaleza jurídica

En lo relacionado con la naturaleza jurídica de las cartas de crédito *stand-by* se sigue el análisis de la naturaleza de los créditos documentarios, aún cuando, como se anoto en el aparte 3 de este escrito, hay una diferencia fundamental entre el común de los créditos documentarios y la carta de crédito *stand-by*; los primeros funcionan como medio de pago o financiación y la segunda funciona como garantía. No obstante, no puede pretenderse dar una naturaleza independiente a la figura estudiada por el solo hecho de tener una finalidad diferente. Por el contrario, habrá que buscar cuál de las propuestas de naturaleza jurídica es la que mejor encaja con dicha diferenciación.

La guía en esta materia será el estudio del profesor Sergio Rodríguez Azuero¹⁸ en su reciente edición. Las opciones que se ofrecen, haciendo énfasis en la relación entre el ordenante y su banco, son:

¹⁸ Rodríguez Azuero, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, 5ª edición, Bogotá, Legis, pp. 563 y ss.

- *Teoría del mandato*, conforme a la cual existe un encargo al banco para pagar a un tercero con el cumplimiento de ciertos requisitos. En el caso particular de la carta de crédito *stand-by*, esta figura puede recibir más críticas que en el común del resto de créditos documentarios, pues siendo de la esencia del mandato la revocabilidad, es por el contrario de la esencia de la *stand-by* su irrevocabilidad una vez emitida y aceptada por el beneficiario. Tal irrevocabilidad obedece al hecho de ser garantía de una obligación y no una forma de pago o de financiación. Además, como ya lo mencionamos, la carta *stand-by* funciona ante el “incumplimiento” del ordenante, nunca ante su “cumplimiento”.
- *Teoría de la cesión del crédito*, que explica el contrato por una cesión de crédito hecha por el ordenante a favor del beneficiario. Dentro de las múltiples críticas que ha recibido esta teoría, particularmente dos tienen que ver con la *stand-by*, como son la no aplicabilidad de la notificación de la cesión y la imposibilidad de que el deudor cedido proponga al cesionario las excepciones que tuviere contra el cedente, figuras ambas que no cuadran con la estructura de una *stand-by*.
- *Teoría de la estipulación a favor de un tercero*, que señala que por el acuerdo de dos partes surgen obligaciones para una de ellas y a favor de un tercero o beneficiario. La principal crítica para el análisis que nos ocupa deriva de que la obligación del banco emisor surge no por el acuerdo con el ordenante, sino por la emisión de la carta de crédito a favor del beneficiario. Tal emisión es la que corresponde al acuerdo de dos partes, pero eso es un asunto diferente. En otras palabras, si no hay emisión de la carta, no hay obligación frente al beneficiario así exista el pretendido acuerdo.
- *Teoría de la delegación acumulativa pasiva*. Esta es la opción que se ajusta más adecuadamente a la carta de crédito *stand-by*, y por tal razón se analizará con más detalle al finalizar la presentación de todas las teorías.
- *Teoría del título valor*. Se sostiene que se trata de un negocio formal y abstracto que facilita la circulación de bienes y servicios, mostrando grandes similitudes con la función económica de los títulos-valores. Esta teoría parece tener el favor del profesor Sergio Rodríguez para los créditos documentarios en general, añorando una reglamentación expresa que dé a esta clase de instrumentos la calidad de título valor, con el objeto de evitar discusiones so-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

bre si las menciones necesarias de tal clase de documentos se cumplen en los créditos documentarios.

- *Teoría del negocio jurídico complejo* que sostiene que la operación comporta varios contratos distintos considerados en forma individual, pero unidos por una idéntica finalidad económica. Señala el profesor Rodríguez Azuero que esta teoría, junto con la de la delegación acumulativa pasiva, son las que tienen mejor acogida dentro de los doctrinantes.

¿Por qué la teoría de la delegación acumulativa pasiva parece cuadrar en mejor forma a las cartas de crédito stand-by? Porque el fenómeno de la delegación, en los términos previstos en el artículo 1694 del Código Civil,¹⁹ resulta ser la figura que más se ajusta.

Como es obvio, no nos referimos a la delegación perfecta o novatoria, porque claramente la garantía que se concede al ordenante no lo libera de su responsabilidad frente al beneficiario. La naturaleza que cuadra con la operación es la delegación imperfecta, en la cual el delegante no queda libre de su responsabilidad.

Joaquín Garrigues propugna por esta teoría para los créditos documentarios en general, así: “Pues bien, la institución que mejor se adapta a la finalidad que se persigue con la intervención de los Bancos en los contratos de ventas de mercancías de plaza a plaza es la llamada delegación acumulativa o imperfecta, en la cual aparece clara la participación de las tres personas esenciales en el negocio jurídico que se analiza: un deudor (el comprador, cliente del Banco), un acreedor (el vendedor de la mercancía) y un pagador en nombre propio, pero por cuenta del deudor (el Banco firmante de la carta de crédito)”.²⁰

La función de garantía de la carta de crédito stand-by, similar a una garantía bancaria, conlleva que se delegue en el banco emisor el otorgamiento de una garantía adicional al pago por parte del ordenante.²¹



¹⁹ El artículo 1694 del Código Civil, que hace parte del capítulo de la novación como forma de extinguir obligaciones, señala: “La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado para el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”.

²⁰ Garrigues, Joaquín, *Contratos bancarios*, 2 edición, pp. 609 y 610.

²¹ Sobre la utilización de la carta de crédito *stand-by* como medio de garantía recomiendo revisar un estudio completo elaborado por Villegas, Carlos Gilberto y Villegas, Carlos Marcelo, *Aspectos legales de las finanzas corporativas*, Editorial Dickinson, 2001.

2. GARANTÍAS DE CASA MATRIZ

La razón para analizar esta figura es más su práctica o uso frecuente que su verdadero interés jurídico pues, como veremos, se tratará de una fianza o, en el mejor de los casos, de un aval, y en otros casos, de una simple declaración de principios sin valor alguno para exigir su cumplimiento.

Esta figura es muy utilizada en los eventos de compañías multinacionales que tienen su sede principal fuera de Colombia y filiales en nuestro país. Obviamente que también funciona por la otra vía, es decir, con la casa matriz ubicada en Colombia y las filiales en el extranjero.

Se trata de garantías que pueden ser fianzas o avales que otorga la casa matriz para respaldar el otorgamiento de créditos concedidos por bancos del mismo domicilio de sus filiales y a favor de éstas.

Es frecuente que los indicadores y estados financieros de una filial no muestren los mismos niveles de la matriz; en otras palabras, que mientras la matriz es excelente sujeto de riesgo, con la filial puede darse la abstención de otorgamiento de crédito por las razones financieras señaladas. En estos casos, los bancos solicitan a la matriz que emita compromisos de pago o declaraciones que garanticen a su filial.

A diferencia de lo que sucede con los créditos documentarios, no existe un modelo general para estos eventos. Dependen de las relaciones comerciales matriz-banco prestador, del nivel de exigencia del banco y, lógicamente, del mercado. Así, comercialmente se habla de cartas de conformidad emitidas que pueden ser “fuertes”, como cuando exigen el pago solidario de la obligación de la matriz con la filial; “medianas”, cuando existen declaraciones de principios y alguna obligación subsidiaria para el pago, o “débiles”, si se limitan a una serie de declaraciones sin poder coercitivo alguno. Dentro de esta gama de posibilidades, los factores comunes que se utilizan en el otorgamiento son:

- a) Declaraciones de garantía de pagos con carácter irrevocable y de forma solidaria con la filial (típica carta de conformidad “fuerte”), acompañada de renuncia a los beneficios de excusión y división.
- b) Declaraciones de pago a primer requerimiento o primera demanda, con la única necesidad de afirmar el incumplimiento de la obligación garantizada.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

- c) Declaraciones sobre forma de participación en el capital social de la filial por parte de la matriz, porcentaje mínimo que debe mantener la matriz por el tiempo de otorgamiento de los créditos y abstención de venta de tal participación por ese mismo plazo. Con estas declaraciones se busca asegurar que la filial va a seguir siendo parte de determinado grupo económico durante el plazo del crédito, lo que significa, claramente, que el análisis y la decisión de aprobación del riesgo crediticio se hizo en relación con el grupo y no con la filial.
- d) Declaraciones de conocimiento de la deuda que está tomando la filial y compromisos de capitalización de la filial por parte de la matriz, si aquélla no puede cumplir con el pago de sus obligaciones dinerarias garantizadas (típica carta de conformidad “mediana”).
- e) Declaraciones de políticas generales del grupo dirigido por la matriz, en el sentido de que, conforme a sus principios, será intención de la filial pagar el crédito garantizado y se mantendrá el control de la filial por el plazo del crédito, acompañados de declaraciones expresas de que la carta no constituye una garantía ni puede ser interpretada como tal (típica carta de conformidad “blanda” o “débil”).

Adicionalmente, debido a las situaciones de inestabilidad política, jurídica, cambiaria y económica de algunas economías emergentes, de un tiempo reciente para acá es usual que se exija lo que ahora se denomina “cláusulas de riesgo país”. A raíz de la crisis reciente de Argentina y el establecimiento del “corralito”, los bancos han buscado una garantía consistente en que si por cualquier razón, así sea por un acto de autoridad, el banco beneficiario de la garantía de casa matriz, está impedido a recibir los recursos del exterior o está imposibilitado a girar las utilidades de su negocio en dicho país, el pago se podrá hacer en el exterior a favor del banco beneficiario o a la orden de quien éste indique.

En el caso del derecho colombiano, la efectividad jurídica de esta clase de cláusulas es discutible debido a que las medidas de control monetario o cambiario, cuya efectividad se busca evitar con la introducción de esta clase de cláusulas, si se llegan a dictar, serían normas de orden público económico y prevalecen sobre los pactos de los particulares. Así, el banco beneficiario con domicilio en Colombia, en el evento de una medida de esta naturaleza, no podría legal y válidamente utilizar tal cláusula en las situaciones para las

cuales se plantea. No obstante, la inclusión de tal cláusula se está volviendo una constante, con mayor frecuencia en las operaciones con bancos multinacionales que en las de bancos locales.

Como la pretensión no es hacer un análisis de la fianza o el aval, que son las opciones utilizadas cuando se da eficacia jurídica a la garantía de casa matriz, el presente estudio finaliza con un breve análisis de la capacidad legal de tal sociedad para otorgar esa clase de garantías.

Si la sociedad matriz se ubica fuera de Colombia, el análisis de su capacidad tendrá que realizarse conforme a las leyes de su domicilio principal y a los tratados de derecho privado internacional que apliquen conjuntamente a las dos naciones. Si la sociedad matriz se encuentra en Colombia y va a garantizar obligaciones de su filial, encontramos dos posiciones contrarias y claramente definidas:

- La primera posición tradicional señala que conforme al artículo 99 del Código de Comercio²² la capacidad de una sociedad se limita al desarrollo de su empresa u objeto social, y que la garantía dada a favor de un tercero no es un acto que pueda encuadrar dentro de tal objeto social, por lo cual tal clase de garantías no son viables. Se complementa esta posición con la aclaración de que el hecho que la sociedad filial sea participada o forme parte del grupo empresarial de la sociedad que otorga la garantía, no le quita su calidad de tercero frente a ésta.
- La Superintendencia de Sociedades ha promovido una modificación a la posición tradicional presentada y ha aceptado que en los eventos de grupo empresarial, en consideración a la unidad de propósito y dirección que conlleva tal figura, es viable que la matriz garantice las obligaciones de sus filiales, aceptando tal clase de operaciones como un desarrollo del objeto social básico que se defina en los estatutos sociales.

El riesgo de aceptar la última posición es el alcance del concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, que en los términos del Código Contencioso Administrativo es una simple opinión que no obliga ni siquiera a la misma Superintendencia.



²² El artículo 99 del Código de Comercio establece: "La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad".

CONTRATO DE PRENDA

Juan Carlos Varón Palomino*

La prenda es una garantía real, accesoria, indivisible, constituida sobre una cosa mueble que se entrega al acreedor para la seguridad de una obligación principal y confiere el derecho a pedir, en caso de mora, que se venda la prenda en pública subasta, para que con el producto se pague al acreedor hasta concurrencia del crédito garantizado o, en caso de no existir un consocio, que dentro de la subasta el propio acreedor garantizado pueda hacer postura por el valor de su crédito.

1. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA PRENDA

En primer término su origen contractual, por tanto se pueden tener prendas de naturaleza civil o comercial, siendo las prendas comerciales las más utilizadas en la práctica. Es un contrato de perfeccionamiento que admite diversas modalidades; es un contrato real que se perfecciona con la entrega del bien pignorado.

En materia mercantil hay dos variantes: la prenda con tenencia como contrato consensual, que se perfecciona con el simple acuerdo de pago pero genera la obligación del constituyente de la prenda de entregar la cosa pignorada a su acreedor prendario, constituyéndose un contrato consensual; y existe también la prenda mercantil sin tenencia, que es un contrato solemne, que funciona por escrito y que no reivindica, no implica el desapoderamiento del bien pignorado de manos del deudor. El objeto está dado por bienes muebles que pueden ser corporales o incorporeales; se pueden tener de esta forma diversos tipos de activos que se pueden pignorar en calidad de una garantía real accesoria.

Generalmente están los clásicos derechos de persecución y preferencia sobre la prenda, que dan posibilidad como garantía real, en virtud de los cuales el acreedor tiene derecho, por una parte, a per-



* Magíster en Leyes de la Universidad de Harvard; especialista en Derecho Comercial y abogado por la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como jefe de las Divisiones de Bancos y Sociedades Fiduciarias de la Superintendencia Bancaria, fundador de la firma de abogados Silva, Varón y Asociados en Bogotá, asesor de Instituciones Financieras y Comerciales, árbitro inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá. Es director del posgrado de Derecho Financiero de la Universidad de los Andes, y se ha desempeñado como profesor universitario para posgrado y pregrado en esta misma Universidad.

seguir el bien pignorado en manos de quien se encuentre con independencia de que la persona que los posea sea el mismo o no del gravamen prendario.

Por otra parte, se tiene derecho a exigir que el término para buscar su realización sea el máximo que la ley ordene. Estos privilegios surgen dependiendo del tipo de prenda, cuando se hace con la entrega del bien pignorado al acreedor prendario, o cuando se inscribe el contrato de prenda en el registro competente. Hay campos en los cuales la oportunidad de la prenda supone que previamente se haya hecho la inscripción de la misma en el registro que les corresponde a los bienes pignorados, como en el caso de los vehículos automotores o las acciones de una sociedad mercantil anónima.

Los bienes que se pueden pignorar son de carácter mueble: vehículos, maquinaria y equipo. En el sector financiero, es decir, las entidades que financian la adquisición de vehículos, las compañías de financiamiento comercial, los bancos que otorgan este tipo de créditos, sus principales garantías son prendarias –prenda sobre los mismos vehículos que financian o tráfico de maquinaria–. También se puede constituir prenda sobre créditos cambiarios y no cambiarios, es decir, sobre créditos que estén incorporados en títulos valores o sobre otro tipo de créditos que no tengan esa calidad jurídica como bienes mercantiles.

Acciones, partes y cuotas de interés social son también susceptibles de pignoración, al igual que los establecimientos de comercio, con o sin los activos circulantes.

Las obras intelectuales, los ganados y cultivos, y otros bienes muebles distintos de dinero.

La prenda es de carácter accesorio. De acuerdo con el artículo 2410 del CC supone siempre una obligación principal a la que accede; de ahí que se diga que el contrato de prenda es una garantía real accesoria y entonces, a partir de esa manifestación jurídica, la expresión sobre el bien jurídicamente viable: se puede constituir prenda para garantizar la obligación.

Se puede constituir en el mundo de los negocios, en donde se espera que se celebre a título de contrato un pacto de donde se hacen emanar obligaciones a favor de una de ellas y a cargo de otra, pero ese contrato principal todavía no se ha celebrado y sería o no posi-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

ble entonces en este escenario que esas mismas partes se anticiparan a la celebración del contrato para constituir válidamente una prenda que hubiera de garantizar más adelante las obligaciones derivadas de ese contrato principal.

En principio se puede deducir que en el caso del artículo 2410, esa posibilidad no existiría, porque si la prenda es accesoria, entonces se requeriría la preexistencia de la obligación principal para poder constituir la prenda. Sin embargo, se tiene que por una parte, este artículo 2410 del Código Civil, a pesar de su redacción, no es una norma que choque con el orden público; es una norma que interesa fundamentalmente a las partes del negocio, dentro de un contexto de tipo privado y, desde este punto de vista, sería susceptible de un pacto en sentido estricto o literal de la definición. Esto llevaría a decir que sería posible constituir una prenda de tipo civil y que puede ser anterior a la existencia de la obligación garantizada, sin que por ello se hablara de la inexistencia de este contrato de prenda civil; además, en el caso de la hipoteca, ésta puede ser constituida para respaldar obligaciones futuras y, desde este punto de vista, surgiría allí una confrontación derogatoria entre el régimen de la hipoteca y el régimen de la prenda, pues no se entendería por qué, si la hipoteca por su expresa disposición legal puede constituirse para garantizar obligaciones futuras, no puede en cambio hacerse lo propio con la prenda.

En ese sentido, algunos doctrinantes que toman el artículo 2410 CC en un sentido exegético sostienen la imposibilidad de constituir prenda para garantizar obligaciones futuras, pues se enfrentan con la dificultad de que no existe, más allá del texto de la norma, ninguna racionalidad ni económica ni jurídica que sustente su posición; simplemente una interpretación exegética de un texto aislado, pero visto ya en el contexto del campo de los negocios, la garantía de su razón de ser, no habría una racionalidad más allá de eso, para sostener la imposibilidad de constituir este tipo de prenda. Esa situación, evidentemente hace la garantía prendaria menos atractiva que otras posibilidades, como la hipoteca o la fiducia, por el uso de algunas garantías personales que se pueden constituir de manera previa a la obligación principal.

En materia mercantil hay una disposición expresa que resuelve el punto del artículo 1219 del Código de Comercio, que permite la constitución de prenda abierta sin tenencia para garantizar obli-

gaciones futuras, siempre que la cuantía y el plazo de las mismas se determinen en el contrato; en ese caso no habría ningún problema a este respecto.

Como conclusión de este primer punto, se puede afirmar que la preexistencia de la obligación no es indispensable para celebrar el contrato de prenda mercantil; tampoco el de prenda civil y, en todo caso, el derecho que utiliza una garantía constituida tampoco obliga a una entidad, específicamente en el campo de las fiduciarias financieras, a otorgar una financiación.

El segundo punto está relacionado con un tema correlativo: el perfeccionamiento del mutuo. Particularmente en el caso de los establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Bancaria, se ha suscitado la discusión acerca de si este contrato es real o consensual.

Esto tiene una implicación práctica muy importante, ya que cuando un cliente presenta una solicitud de crédito a una entidad, constituye las garantías y recibe una aprobación, es factible decir que se ha estipulado un contrato consensual. Este contrato le genera a la entidad la obligación de desembolsar el crédito aprobado; la jurisprudencia se ha inclinado en un sentido distinto; así, la Corte Suprema de Justicia se inclina por la tesis del contrato real. Y el contrato de mutuo es un contrato real que solamente se perfecciona por el desembolso –la entrega de los dineros de parte de la entidad financiera al cliente–, de tal manera que sí habría, para el ejemplo planteado, donde hay una solicitud de crédito aprobada, unas garantías constituidas, que en el tiempo no generarían bajo esa definición jurisprudencial ninguna obligación de la entidad financiera de otorgar el crédito.

En segundo lugar está la indivisibilidad de la prenda, característica que se encuentra en el artículo 2421 del Código Civil según la cual, el deudor no puede reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda. De tal manera, en caso de que se haya aminorado en el tiempo para la seguridad de una deuda y dicha deuda se ha ido amortizando gradualmente en el tiempo, de forma tal que el valor garantizado se ha reducido, esa reducción no implicaría la posibilidad de que el deudor prendario pudiera reclamar la restitución parcial de la prenda, porque ésta es indivisible. Es decir, debe mantenerse en principio como fue constituida hasta tanto la obligación haya sido cancelada en su

totalidad. Sin embargo, el principio de indivisibilidad de la prenda tampoco es de orden público y, por tanto, el acreedor puede aceptar la reducción de la prenda por pago parcial, siempre que la naturaleza de los bienes lo permita.

No puede pensar en una reducción de la prenda cuando lo que se ha dado en garantía son bienes fraccionables como los valores, los semovientes y bienes de esta clase, mas no cuando se han dado en prenda vehículos, pues en ese caso, por la misma naturaleza del bien, no cabría esta opción.

Es necesario distinguir entre el problema jurídico como tal y lo que pueda ser la voluntad de negociación en un momento dado de liberar o no liberar la garantía parcialmente. Desde ese punto de vista no es cierto que el principio de indivisibilidad impida tal nivelación. Puede darse como un pretexto para no liberar. Pero jurídicamente es viable hacerlo, siempre y cuando los bienes pignorados admitan ese tratamiento y haya acuerdo entre las partes acreedora y deudor.

De la prenda de créditos es de resaltar que se pueden dar en prenda los créditos cambiarios y no cambiarios; si se da un crédito cambiario, es mediante un endoso en garantía colocado sobre el cuerpo del título valor que se está dando en prenda. Cuando se da en prenda un crédito no cambiario, es decir, que por no estar incorporado en un título valor, como por ejemplo el derivado de la celebración de un contrato que da lugar al pago de una suma de dinero por una parte a la otra y, la parte acreedora en ese contrato que es a su vez parte deudora en otro, puede utilizar ese crédito para dar garantía en cumplimiento en el otro contrato, mediante la pignoración del crédito no cambiario. En ese caso, el perfeccionamiento de la prenda requiere la entrega del título al acreedor, el título que contiene o que representa ese derecho pignorado y, adicionalmente, requiere de una notificación al deudor del crédito, prohibiéndole que lo pague en otras manos.

Habría de un lado entrega del documento, y si no existiera tal documento, habría que crear uno para el efecto y, adicionalmente, sería necesario que el constituyente de la prenda notifique a su deudor de la circunstancia de haber constituido esa prenda, prohibiéndole que pague el crédito en otras manos. Esto implica que para efectos del crédito, éste debe ser pagado al acreedor prendario directamente por el deudor. De tal manera que por esa vía se acumule el recaudo de esos dineros como elemento complementario a la prenda.

La prenda de un crédito no implica la cesión del mismo. Una cosa es la prenda del crédito y otra cosa su cesión. La cesión del crédito es un negocio traslativo del dominio, que implica la transferencia del derecho de propiedad de una persona a otra, en virtud de un determinado negocio denominado crédito. La prenda, la garantía real, lo que implica es que ese crédito que sigue siendo de propiedad del constituyente de la prenda ha quedado afectado convencionalmente a la autenticidad de otra obligación. Y en la medida en que el constituyente de la prenda notifica a su deudor que no puede pagar en manos distintas de las del acreedor cambiario, habilita al acreedor prendario para recibir el importe del crédito; pero eso no significa que se haya producido una cesión de crédito.

De hecho, sigue siendo de la voluntad del titular. Si se diera esta cesión en esas condiciones, podría ser glosada como una forma del llamado pacto comisorio. Esta figura consiste en que legalmente está prohibido que se le permita al acreedor prendario apropiarse directamente de la prenda. Entonces, una prenda que exceda del crédito en este caso pignorado, podría ser atacada o glosada jurídicamente como una forma de pacto comisorio, por lo que esto sí está prohibido concretamente en la ley. Mientras que sí se permite tener la garantía del crédito, que es el cobro por parte del acreedor prendario en el entendido de que el importe del crédito cobrado subroga el objeto de la prenda.

En la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, cuando se pignoran los cánones se ceden los derechos de crédito. Esta referencia resulta inexacta. Ya se sabe que la pignoración de un crédito no cambiario no conlleva ese beneficio. Por tanto, ese reglamento técnico de la Superbancaria debe ser interpretado en referencia a los requisitos del artículo 2414 del Código Civil, son los ya mencionados de la entrega del título y la notificación al deudor de que no puede pagar el crédito en manos distintas.

Es importante plantear la siguiente pregunta: ¿cómo debe proceder el acreedor prendario cuando el crédito pignorado se hace exigible estando en su poder y antes de que se haga exigible la obligación garantizada?

El acreedor prendario tiene como garantía de su crédito otro crédito pignorado, pero ese crédito pignorado se hace exigible antes de la obligación principal, en el tiempo. ¿Cómo debe proceder el acree-

dor? El acreedor que es un mero tenedor, en virtud del contrato de prenda, puede cobrar el crédito, dárselo al deudor y mantener su importe en custodia, importe éste que subroga el objeto de la prenda. Entonces ya no se tiene crédito, hay ahora dinero recaudado legítimamente por medio del contrato de prenda, y como la obligación garantizada todavía no se ha hecho exigible, no ha sido pagada, existe legitimidad para retener o mantener en poder del acreedor prendario el pago recaudado. Este pago recaudado es dinero, y se explicó que el dinero no puede ser objeto de prenda (ya se mencionaron los bienes que se pueden dar en prenda), el dinero como tal no es susceptible de pignorar.

¿Qué podrá hacer el acreedor prendario con esos dineros recibidos? En primer lugar, salvo pacto en contrario, el acreedor no puede servirse de las sumas de dinero que recaude, porque son de un crédito pignorado. De lo contrario, podría tomar esos dineros y dedicarlos a otra serie de inversiones, gastos o aplicaciones propias de su actividad; este dinero no es del tenente, simplemente lo tiene allí como subrogado real del crédito pignorado. Salvo pacto en contrario, habrá de destinarse a lo que las partes hayan estipulado sobre el particular. Este acreedor prendario está obligado a invertir los dineros mientras estén en su poder.

Si entre el momento en que él recauda el valor del crédito pignorado y el momento en que se hace exigible la obligación, pasa un tiempo prolongado, ¿podría predicarse la obligación de que se tiene que invertir esa suma? No hay realmente una norma legal que se refiera a este asunto, pero sí hay un principio en el Código Civil, que es el principio de conservación de la prenda, que expresa que el acreedor prendario es responsable de la prenda y de cualquier detrimento que ésta sufra mientras está en su poder.

De allí se podría argumentar que en la medida en que ese dinero reponga otro subrogado real de la prenda, si el tiempo que ha de pasar hasta el momento de la exigibilidad de la obligación es muy largo, si hay un tiempo de pérdida de poder adquisitivo, en este caso sí podría derivarse eventualmente una carga de naturaleza temporal a cargo del acreedor prendario, haciendo énfasis, como lo expresa el código civil, en la garantía de la prenda. Pero no existe ninguna norma específica que obligue a que un acreedor prendario tenga que llevar a cabo lo anterior. Pero si lo hace es responsable de la decisión que tome y desde luego de cualquier

pérdida que pudiera generarse por causa de la misma, y cualquier vencimiento que pudiera generarse con ocasión de esa inversión temporal acrecerá el valor que subroga.

Si el acreedor prendario abusa de la prenda, perderá su derecho y el deudor puede pedir la restitución inmediata. En este concepto de los créditos pignorados, un abuso de la prenda podría consistir en que habiendo percibido el acreedor prendario el valor del crédito pignorado, lo desvíe sin autorización contractual a otros negocios. Se estaría desviando del objeto del contrato de garantía y estaría yendo contra una prohibición legal expresa, en el sentido en que no puede servirse de la prenda, salvo pacto contrario y, eso podría llegar a plantear una situación de abuso que daría lugar a la pérdida del derecho de prenda, como una sanción legal.

El cobro del importe del crédito que hace jurídicamente viable el mantenimiento de la prenda, si se produce la conversión del negocio, pasa por un depósito en garantía en el término del Código de Comercio. Ese planteamiento permite buscarle una salida práctica al problema de qué sucede con el dinero recaudado cuando se tiene un crédito pignorado. No puede servirse de él, no hay claridad. Lo importante es que tiene el dinero en su poder para respaldar una obligación principal que se va a hacer exigible más adelante.

La tesis de la conversión del negocio fiduciario permite solucionar el problema de esta forma: una vez que el crédito pignorado ha sido recaudado, el acreedor prendario mantiene en su poder los dineros recaudados, que se pueden entender como constitutivos de un depósito en garantía, de aquellos a que se refiere el artículo 1173 del Código de Comercio. Esa norma establece que cuando se constituye un depósito en garantía, el depositario solamente está obligado a recibir el exceso de la suma depositada, en relación con el valor de la deuda garantizada. Es decir, que en este caso los dineros recaudados por virtud de una conversión, se convierten en fuente de pago de la obligación principal garantizada. De tal manera que en el momento en que la obligación principal se haga exigible, el acreedor prendario podrá aplicar directamente el valor de la suma recaudada a la cancelación de la obligación principal y restituir el exceso si lo hubiere. Ya en ese momento lo que comienza como la prenda de un crédito, termina como una fuente de pago de un crédito garantizado, que es por la vía de la tesis de la conversión del negocio jurídico.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

De otro lado, el deudor tiene acción para pedir que se le permita reemplazar la prenda por otra si con ello no se causa perjuicio al acreedor. Eso explicaría entonces la posibilidad de una garantía de tipo rotatorio, en donde el deudor pignora un crédito, pero ese crédito que ha de vencer antes de la obligación principal, puede ser sustituido por otro de similares características y valor, siempre y cuando su acreedor esté de acuerdo o así se haya pactado en el contrato desde un comienzo; eso permitiría mantener una rotación de crédito dentro del contrato de prenda, en una hipótesis diferente de la anterior en la cual el acreedor prendario cobraba directamente. En esta hipótesis lo que habría sería un reemplazo de unos créditos por otros, manteniendo de todas maneras el valor y las características de la prenda. Si la prenda se pierde, si se pierde el documento representativo del crédito, se hace necesario su reemplazo, y la vía sería el proceso de pago, para ubicar a través de ella un reemplazo.

El tema de la pignoración de rentas de las entidades estatales es complejo, ya que en la práctica esa figura de la pignoración de rentas se ha venido utilizando por parte de las entidades públicas como una típica garantía recogida para todo tipo de operaciones, particularmente para respaldar créditos contratados por el sector financiero o por proveedores y otros tipos de acreedor, y el nombre de la pignoración de rentas inmediatamente lleva a hacer una asociación conceptual con el contrato de prenda; por tanto, se debe ver en qué consiste una pignoración de rentas y qué relación tiene con el contrato de prenda.

En la pignoración de rentas, la entidad estatal se obliga a inscribir a un tercero deudor suyo para que periódicamente consigne en una cuenta bancaria, abierta en la institución financiera prestamista o en otra, determinadas cifras de dinero que se afectan para la obligación garantizada. Un ejemplo sería: si hay un municipio que tiene derecho a recaudar ciertas contribuciones, o sobretasas o impuestos, dentro de una estrategia de manejo financiero presupuestal, para lo cual va a contratar un préstamo con un banco en el año 2004, y como respaldo de esa operación de crédito le ofrece una pignoración de rentas sobre platas, tasas, contribuciones que se van a recaudar en el año 2005, entonces va a pignorar todas las rentas y contribuciones provenientes de tasas que recaude en el año 2005. La mecánica jurídica para llegar allá es un contrato, que se denomina pignoración de rentas. En virtud de ese contrato, la entidad estatal se

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

obliga a inscribir, para el caso del ejemplo, a los responsables del pago de esas tasas y contribuciones que se van a pignorar. Así, la entidad estatal y el municipio se obligan a inscribir a sus deudores, para que en la medida en que se haga exigible el deber de pago de esas tasas y contribuciones, esos deudores las consignen indirectamente en una cuenta bancaria abierta por el municipio como titular en el banco que prestó el dinero, o en otro banco. Puede ser en una entidad fiduciaria; también se puede manejar a través de contratos fiduciarios, no solamente depósitos bancarios; dentro del mismo contrato se estipulará que la destinación específica de esos dineros es para pagar el crédito contratado. Así es como funciona una pignoración de rentas.

Desde el punto de vista presupuestal, la entidad tiene que efectuar las apropiaciones necesarias, es decir, que en el presupuesto del año 2005 todo lo que reciba por tasas y contribuciones va a ser para ir a pagar el crédito en el banco XX; la entidad estatal autoriza a terceros para revisar la cuenta y aplicar el importe destinado a la extinción de la deuda, una vez se haga efectivo.

Podría suceder que el préstamo se debe amortizar en forma trimestral, comenzando en marzo de 2005, junio, septiembre y diciembre. Las tasas y contribuciones se van a empezar a pagar en enero de 2005, lo cual quiere decir que la plata va a llegar antes de que la deuda se haga exigible y se vaya acumulando, hasta el momento en que se haga la amortización.

Otra cláusula típica del contrato será que la entidad estatal autoriza a la fiduciaria para que de la suma recaudada en virtud del convenio, le debite las cuentas y las aplique al pago de la obligación garantizada, una vez que el plazo se haga exigible.

¿Qué relación hay entre una pignoración de rentas y un contrato de prenda? En la pignoración de rentas no hay pignoración de crédito, ya que no hay un crédito propiamente dicho preexistente al contrato de prenda que, como bien mueble incorporal, sea el objeto de este tipo de contrato. Lo que hay es la expectativa de recaudar flujos de caja futuros, que se van a ir causando, contablemente, después de que se haya firmado el contrato de pignoración de rentas.

Las tasas y contribuciones se causan cuando, de acuerdo con la ley, haya lugar al pago, lo cual va a ocurrir en el 2005; como el contrato se firma en el 2004, no existe todavía un crédito a favor de la

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

entidad pública exigible que pueda ser susceptible de la pignoración en un sentido estricto, como bien mueble incorporal. Existe la expectativa de que se van a recoger unos dineros y de que se van a destinar a pagar una obligación determinada; por tanto, en este acuerdo no podrían darse los supuestos de la pignoración de un crédito, que son: la entrega del título y la notificación al deudor prohibiéndole que pague en otras manos. En dado caso, es de advertir que hay un depósito en garantía en la medida en que los dineros se vayan consignando a la cuenta bancaria; un depósito irregular. Se podría decir que allí hay un depósito en garantía o hay una caución dineraria como fuente de pago, de manos de terceros y con acreedor. En virtud de la pignoración de rentas quien normalmente va a recaudar es una entidad financiera. Entonces, si esta entidad financiera es de tipo prestamista, se puede explicar el fenómeno del depósito en garantía en manos del propio acreedor o, si es un tercero –una sociedad fiduciaria por ejemplo–, hay una caución dineraria en poder de éste, quien tiene el encargo de aplicar los dineros recaudados al pago de la deuda garantizada.

Pero no hay propiamente una pignoración de crédito; podría haberla en la medida en que una entidad estatal tenga a su favor un crédito a cargo de un tercero. Quien sea susceptible de pignorar, técnicamente hablando, lo puede hacer. Entonces habría un escenario donde existirían dos clases de pignoración de rentas: la primera, como la que se explicó inicialmente, que no es un contrato de crédito, o es un depósito en garantía o es una caución dineraria con un tercero; la segunda, una pignoración de rentas, que sí es un contrato de prenda por la vía de la pignoración de un crédito, en la medida en que tenga presupuesto legal para el efecto. Aquí hay un enfrentamiento con la circunstancia adicional de que la pignoración de rentas no está regulada. Se habla de ella en una norma, pero no hay ninguna norma que la defina, que la regule o que diga cuáles son sus requisitos o efectos. Entonces eso queda atado a la autonomía de la voluntad de las partes, que luego se verá si encuadra dentro de los moldes jurídicos conocidos, en este caso el de la pignoración de un crédito.

La consignación de las sumas de dinero pactadas no constituye pago anticipado de la obligación. Tampoco supone la apropiación impedida por el acreedor de la caución dineraria o la de una prenda como tal, pues no hay para qué hablar de pacto pignoraticio. Si no hay, puede haber pacto pignoraticio.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

En la versión original de la pignoración de rentas no existe derecho real, ni derecho alguno del acreedor, quien sólo goza de un derecho personal contra su deudor y puede aplicar las sumas recibidas como fuente de pago. Si la prenda es un contrato de garantía real confiere al acreedor prendario los derechos de persecución y preferencia sobre los bienes muebles pignorados, y en la pignoración de rentas versión original no hay propiamente una prenda, pues entonces es evidente que el acreedor garantizado en la pignoración de rentas de esa clase, no tiene a su favor garantías.

Tiene un derecho personal derivado de la pignoración de rentas, para exigir garantías con tal que lo cumpla. Se obligó a que todas las rentas y tasas irían a la cuenta bancaria para que cumplan. No hay más. Aquí no tiene un pleno derecho real de persecución, de preferencia, en el sentido técnico de estos términos, respecto de nada. Sólo en la medida en que vayan ingresando los dineros, serán fuente de pago.

Consecuentemente, en la pignoración de rentas el cumplimiento de constituir la seguridad dineraria queda siempre en manos del deudor. La entidad pública es la que determina si esto ocurre o no. Por medio del principio de la buena fe en la ejecución de los contratos, se debe esperar que la entidad estatal honre el documento. Al advertir que las tasas van para allá, allá deben ir; desde el punto de vista práctico eso cambia. Puede haber contingencias, fundamentalmente la del acreedor que contando con esa seguridad se ve privado de ella por decisión del deudor. Es importante saber que cuando se acepta la pignoración de rentas de este tipo, está dejando en manos del acreedor el cumplimiento de la seguridad dineraria. En la práctica, este hecho muchas veces ha llevado a que se presenten problemas, porque las entidades estatales, por constituir una circunstancia, a veces no cumplen esos compromisos y terminan con inconvenientes.

Se ha hablado de la situación normal de la ejecución de la garantía, pero otro caso se da cuando ese deudor entra en un proceso de liquidación. Aquí se hace más relevante la consideración de si la pignoración de rentas es o no es propiamente una prenda. Si se llega a la consideración de que la pignoración de rentas no es propiamente un contrato de prenda, entonces la consecuencia lógica de esto es que en el proceso de liquidación del deudor, lo que hay es un crédito quirografario, dentro de la quinta clase. Otro caso es que el acreedor de un crédito quirografario diga que tenía una garan-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

tía especial, y que pida que se la hagan valer, pero en esencia tenía un crédito quirografario, mientras que si se trata de una pignoración de rentas donde sí hay un contrato de prenda porque se pignora un crédito, entonces sí puede existir un acreedor prendario y debe reconocerse como tal dentro de la dinámica del crédito.

Finalmente, se da el tema del Código Penal; uno de los supuestos es que se haya acudido a otra prenda; entonces sí, el deudor ha constituido una prenda posteriormente y ha dispuesto indebidamente del objeto dado en prenda; pero si no hay prenda, se pasaría a otro de los elementos del tipo penal. Exactamente, la utilización indebida de bienes pignorados.

Aparece ahora el tema de la pignoración de rentas como garantía visible, que es un sistema que interesa fundamentalmente a las entidades financieras; aquí es importante aclarar que la pignoración de rentas sólo constituye garantía visible para las entidades financieras cuando se acompañe de la prenda del crédito. Porque de otra manera no sucede esto. El efecto práctico es que cumpliendo unos requisitos que trae la ley financiera de que la garantía visible tenga un valor que es técnicamente establecido y ayude al pago de una obligación, por otorgar al acreedor un acrecimiento de menor derecho para obtener su pago, entonces se le presenta una mayor exposición al banco, frente al volumen del crédito y al patrimonio técnico. Es decir, si el banco no tiene garantías visibles, solamente puede prestar hasta el 10% del patrimonio técnico. Si las tiene, podría llegar hasta un 25% de este patrimonio.

En cuanto al tema de la prenda de acciones hay algunas particularidades, y algunos interrogantes: si es nula la prenda en acciones futuras, o cómo celebrar un contrato de prenda sobre acciones futuras. También está el ejemplo de una empresa que se va a capitalizar, pero los accionistas que quieren hacerlo no tienen los recursos suficientes, y acuden a un crédito. Le dicen a un tercero que les preste para poder pagar el valor de esta capitalización, suscribiendo una nueva emisión de acciones, y le dan como garantía las acciones que justamente van a suscribir con lo que éste les va a prestar. ¿Podría o no constituirse allí un prenda de acciones futuras? En la medida en que el contrato de prenda mercantil con tenencia es consensual, es jurídicamente viable que las partes acuerden la pignoración de acciones futuras, dando así lugar a un contrato válido, pero el acreedor no tendrá el privilegio que nace del gravamen

sino a partir de la inscripción del contrato en el libro de registro de acciones del emisor.

Es decir que el contrato se puede hacer, pero el gravamen como tal y de lo que éste se acompaña sólo existirá a partir de la inscripción en el libro de registro de acciones del emisor. Salvo pacto en contrario, la prenda de acciones no confiere al acreedor prendario los derechos inherentes a la calidad de accionista. Desde luego, si se está en la posición del acreedor, debería buscar la inclusión de ese pago en el contrato. O sea que entre más derechos pueda tener el acreedor, mejor. Estos derechos son: el derecho a voto, la posibilidad de que el voto en las asambleas sea ejercido no por el accionista sino por el acreedor prendario, que en un momento dado puede representar un elemento importante para preservar la seguridad de la prenda. Está también el derecho a recibir una parte proporcional de los beneficios sociales; se debe analizar qué sucede con estos dividendos; si acrecen la prenda o no; si el dividendo es en dinero y acrece la prenda, entonces habría un depósito en garantía por el valor de unos dividendos cobrados en efectivo, si no es una prenda entonces se le debe entregar al accionista. Todos esos aspectos deben ser regulados con claridad en un contrato de prenda sobre acción. Es perfectamente previsible que se den en el desarrollo del negocio. Otros derechos son los de inspeccionar los libros y papeles sociales; ejercer el derecho de inspección como lo ejercería el accionista, dentro de los quince días hábiles anteriores a la fecha de la asamblea de propietarios, y el derecho de suscribir preferentemente acciones en nuevas emisiones.

¿Qué pasa si se tiene hoy una prenda representativa del 20% de las acciones en circulación de la entidad emisora y posteriormente hacen una emisión de acciones? Pues que este 20% en principio, si no se suscribiera la parte proporcional, se reduciría a la mitad. En este caso, el acreedor prendario puede verse desmejorado no solamente con el valor individual de la acción, sino con la participación porcentual que ese paquete accionario representa en el capital social de la entidad emisora. No es lo mismo tener una prenda del 20% que una prenda del 10%. ¿Qué pasa entonces si dentro de la vigencia del contrato de acciones se produce una nueva emisión? ¿En qué condiciones pasaría esa nueva emisión? Debe existir una cláusula dentro del contrato de prenda que especifique una emisión que obligue a suscribir de manera que se mantenga todo el tiempo el porcentaje o que, entonces, se le ceda a un tercero una posibilidad de acuerdo con la entidad.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

Respecto al acreedor prendario de esta obligación, el reciente sistema de autorización previa de la Superintendencia, bajo el régimen de enajenación de acciones del estatuto orgánico, es poco utilizado. Si nos remitimos a las normas del estatuto orgánico, en el artículo 88 se estipula que toda transacción que tenga por objeto la enajenación de acciones que sean de una entidad vigilada que representen el 10% o más, requiere autorización previa de la Superintendencia, so pena de indemnizar, de pleno derecho, dice la ley. Esta norma está diseñada para negocios que impliquen la enajenación de las acciones, venta, permuta, daciones en pago, cualquier negocio que implique la transferencia de la propiedad de una persona a otra, es decir, lo que tiene que ver con el sistema del control de la propiedad de una entidad financiera.

La Superintendencia, por razones de orden interno, saca un concepto que dice: “esto también se requiere cuando se va a constituir la prenda sobre acciones que representen el 10% o más”. Ésta sería otra manera de transferir el control accionario a un tercero. Se plantea el ejemplo de tomar un paquete del 50% de las acciones de un Banco, éstas no se venden, pero se dan en prenda y se da derecho a voto al acreedor prendario.

En este ejemplo se está entregando el control político por esa vía; ante esa circunstancia, la Superintendencia exige ceder ese contrato, antes que liquidarlo. La norma en la cual se apoya la Superintendencia no estipula esto. Por tanto, su posición no tiene hoy por hoy un fundamento legal claro, pero existe; si alguna vez se da esa circunstancia, se debe tener en cuenta que esa es la conclusión, por lo menos en este momento, de la Superintendencia y, según ellos, si no se cumple ese requisito, habría ineficacia del contrato de prenda, cuando existe incumplimiento de esta condición.

2. PRENDA DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Cuando la prenda excluye el activo circulante, el prendor puede disponer de ese activo, pero tiene el deber de reponerlo, de reemplazarlo por otro equivalente que mantenga el valor correspondiente. Si es un almacén de electrodomésticos y se pignora el establecimiento de comercio con el activo circulante, esa pignoración no quiere decir que el vendedor pierda poder de disposición sobre dicho activo. Lo puede seguir enajenando, pero lo debe reemplazar por otro equivalente. Esto quiere decir que respecto del activo circulante no opera el

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

privilegio de persecución. Por ejemplo, Z compra un televisor, por tanto, el televisor es de Z, y el acreedor prendario del que se lo vendió no puede quitárselo, porque justamente el deudor mantiene poder de disposición, no obstante que eso estaba sujeto a una prenda. Deberá recibir un tratamiento muy especial.

Respecto del activo circulante opera la subrogación legal, entonces lo que sale es reemplazado por lo que entra y lo que entra, en suma, es igual a lo que sale.

También es posible constituir prenda sin tenencia solamente sobre los activos circulantes, pero obviamente es una garantía mucho más precaria y por eso la jurisprudencia ha dicho que en ningún caso podrá ser tenida como garantía real.

Estos son algunos comentarios breves sobre la prenda frente a la Ley 550, donde se ve la suspensión de la exigibilidad de las garantías soportadas por terceros para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del empresario, abocado a un acuerdo de reestructuración. Es un campo en el cual el empresario tiene un tercero garante que constituye prenda para responder por las obligaciones del primero. Entonces, si se trata de garantías otorgadas antes de la vigencia de la Ley 550, sólo pueden hacerse efectivas al transcurrir cuatro meses contados a partir de la fecha en que queden definidos los derechos de voto, si no se celebra el acuerdo de reestructuración.

Mientras se tramita el proceso de reestructuración, es posible ejecutar al tercero garante, pero el proceso debe suspenderse antes del remate y sólo se podría continuar después de vencido el plazo de los cuatro meses. Las garantías otorgadas en procesos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 550 se sujetan a que la acción debe decidir sobre si opta por ejecutar la garantía o si opta por cobrar el crédito dentro del proceso de Ley 550; si opta por hacer efectiva la garantía, entonces se sale de la Ley 550 y puede ejecutar al garante, al tercero garante, en este caso al acreedor prendario; si opta por perseguir las obligaciones dentro del trámite de la liquidación, queda sujeto a la suerte del sistema de reestructuración.

Si el acuerdo de reestructuración termina por incumplimiento, se restablecen de pleno derecho las garantías reales y entonces se podría en ese momento iniciar la ejecución de la prenda. En el acuerdo puede regularse lo relativo a la posibilidad de hacer efectivas las garantías durante el cumplimiento sin el voto del beneficiario.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

Una hipótesis más bien remota en la práctica, pero que teóricamente podría darse, es que en el acuerdo se autorizara para determinados casos la ejecución de la garantía en función del mismo acuerdo; obviamente el tratamiento penal es sólo para recordar que el nuevo Código Penal mantiene el tipo de disposición de bien propio gravado con prenda en el artículo 255, según el cual «el deudor que con permiso del acreedor abandone, oculte, transforme, enajene o por cualquier otro medio disponga del bien gravado en prenda y cuya tenencia conservare, incurrirá en prisión de 1 a 4 años y multa de 10 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes».

El tipo penal supone, desde luego, que haya un contrato de prenda y, que se trate de una prenda sin tenencia, aplicable fundamentalmente al saldo de la misma.

FIDUCIA DE GARANTÍA

Carlos Manrique Nieto*

La noción general de garantía se encuentra en el Código Civil, que se torna muy modesta para el fin de su definición: es una obligación que se contrae para seguridad de otra obligación propia y ajena. Esta definición cabe más dentro de las garantías personales, porque el tema de las garantías reales con la afectación de un bien a otra, podría ser discutido, si hay una obligación de una persona adquirida para seguridad de otra; sin embargo, dentro del tema de las garantías reales también hay algunas tesis que dicen que a pesar de ser reales, de todas maneras hay una obligación del sujeto que da la garantía, de permitir o de ceder el derecho de uso o sea el derecho de disposición sobre el bien, salvo que la garantía se haya ejecutado.

La obligación es un vínculo jurídico dentro del cual una persona tiene pretensión o tiene acción, dependiendo de la escuela que se tenga, para exigir a otro que haga o no haga algo; es definitivamente un vínculo jurídico diferente de la obligación principal que se va a garantizar. Eso tiene sus efectos y tiene la característica de que las obligaciones pueden ser dadas por una persona diferente al deudor principal.

Dentro de la clasificación macro hay garantías de carácter general; la garantía general esencialmente está dada por la ejecución del patrimonio: “todos los activos que una persona tiene pueden ser perseguidos por sus acreedores para satisfacción de su deuda”, y he aquí el fenómeno de patrimonio autónomo, que es una garantía general también, en la medida en que no termina un activo específico, un bien específico, como objeto sobre el cual se monta la garantía, sino que es la masa general de bienes de una determinada persona, o en el caso de un patrimonio autónomo afecto a un determinado negocio.



* Abogado egresado de la Universidad de los Andes, especializado en esa misma universidad en Gestión Pública e Instituciones Administrativas, cursa actualmente la maestría en Derecho en la misma institución educativa. Se ha desempeñado desde el año 1984 como profesor en Derecho Comercial, Derecho de Obligaciones y Derecho Financiero en la Universidad de los Andes, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Universidad de La Sabana, Instituto Politécnico Grancolombiano y Universidad Externado de Colombia.

Las garantías específicas son las creadas por la voluntad de una persona para seguridad de una o más obligaciones, y tiene como característica específica que afectan uno o más bienes determinados, de manera que con estos bienes, y hasta el monto y la cuantía de ellos, lo que se respalda es la obligación sin tener que ejecutar la garantía.

Las garantías reales dan derecho sobre el bien fuente de la garantía. Su característica fundamental es el derecho de persecución, es decir, que el bien con que se afectó a la garantía puede ser usado para pagar la deuda garantizada aun si ya no se encuentra en cabeza de la persona que otorgó la garantía. De igual forma, es un derecho de preferencia que se reconoce en las normativas sobre procesos concursales, según el cual quien tiene garantía real tiene una mejor posición o un privilegio para pagarse las obligaciones por encima de las personas que no la tienen.

Hay que recordar que el derecho de preferencia no se predica respecto del bien que se dio como garantía, sino de la posición sobre todo el patrimonio, en el caso de procesos concursales. Es de advertir que este tema del derecho de preferencia de las garantías reales ha ido perdiendo fuerza a través de la historia, y hoy en día hay una tendencia a imponer preferencias por encima de las garantías reales, dadas las características y obligaciones de naturaleza social o de derechos especialmente protegidos de origen constitucional, o de interés general.

Las garantías personales son aquellas en las cuales un deudor consigue que otra persona se obligue a pagar la deuda en caso de que él no la pague, y en este caso existen dos patrimonios que garantizan la deuda: el patrimonio del deudor principal y el patrimonio del garante. Las garantías activas, llamadas accesorias o vinculadas, son aquellas que se conocen ordinariamente en Colombia, en las cuales para ejecutar la garantía hay que comprobar previamente la existencia, validez y exigibilidad de la obligación que se va a pagar, y deben hacerse ante un juez –las comprobaciones–. De otro lado están las llamadas garantías abstractas o de primera demanda, sobre las cuales se tiene poca experiencia en Colombia, y se usan mucho en operaciones internacionales, en donde primero se ejecuta la garantía y luego se discute si había o no lugar a ello.

Las garantías abstractas son aquellas en las cuales el vínculo entre garante y garantizado es autónomo, no necesariamente accesorio

a la obligación garantizada. Este tipo de garantías abstractas se caracteriza porque la relación del garante con el garantizado es totalmente separada, autónoma, distinta de la obligación, del vínculo jurídico que tiene la obligación principal u obligación garantizada. En estas garantías el garante no tiene excusa para no ejecutar la garantía, no hay excepciones ni objeciones, no hay ningún tipo de alegato por parte del garante; éste no tiene nada que ver, no tiene ningún análisis que hacer respecto a si la obligación principal existe no, o tal vez no se ha cumplido o falta la condición, etc. El garante debe pagar al beneficiario sin condición a su primera demanda, salvo que evidentemente le esté presentando un documento falso, mientras se esté comprobando este objetivo de manera evidentemente inadecuada o no correspondiente con la fórmula que se ha pactado para la garantía. La doctrina insiste en que sea evidente, manifiesta, para que el garante pueda oponerse a cumplir con su encargo de ejecutar la garantía.

En caso de que el garante pague mal, de que se equivoque, puede ser sujeto de una acción para que reparta al garantizado por los daños que haya causado.

La estructura de estas garantías tiene una lógica diferente a la que se ve usualmente aquí en Colombia; y también en muchos países. El método y procedimiento con el cual se ejecutan las garantías normales, habituales, que se manejan en nuestro país, es un mecanismo proteccionista. Y esto es un valor importante que el legislador escoge, ya que tiene como contrapartida que se dificulta la práctica y el ejercicio del comercio en la medida en que el acreedor va a tener que tomar medidas extras para poder otorgar el crédito, dar el plazo, entregar la mercancía antes de recibir el pago, lo cual tiende a hacer un poco más engorrosos los negocios.

Este tipo de garantías surgieron en el comercio internacional porque la gente prefiere asumir el riesgo de que paguen mal con tal de poder hacer los negocios más ágilmente. Así por ejemplo, si alguien sabe que el banco Y tiene una orden de pago por 100.000 dólares, y que si se presenta el recibo de entrega de una maquinaria en la fábrica XX, van a pagar esta cantidad, pues con seguridad el análisis de crédito al deudor y los antecedentes se harán rápidamente, lo cual agiliza mucho el comercio.

Sin embargo, el esquema de negocio fiduciario resulta a veces un poco sofisticado; esencialmente se da cuando se encarga a otra persona para que realice actos o negocios públicos con la característica esencial de que el resultado patrimonial del negocio que realiza el encargado con éste, tiene que regresar a su patrimonio. O sea, el encargado es un intermediario transparente, neutral, que no puede aprovecharse ni perjudicarse con el resultado del negocio.

Entonces, cuando alguien llama al mensajero y le da 20.000 pesos para que le compre un paquete de papas y una gaseosa, le está haciendo un encargo para que él realice un acto fiduciario. De hecho, del nivel de sencillez a la sofisticación de los negocios fiduciaros por intermediación de gestión hay una gama infinita de negocios fiduciaros. El mandato bajo esta definición es un negocio fiduciario; el mandato con representación o sin representación, la agencia, y muchos de los negocios que están identificados en nuestro Código de Comercio, y la mayoría de los artículos que se practican en el mundo de los bancos y del comercio en general, son negocios fiduciaros. Pero en Colombia los institucionalizamos, los matizamos con características de interés general o de interés público. Se institucionalizan porque en la medida en que estos negocios implican que alguien transfiere a otro intermediario parte de su patrimonio, se consideró que esta actividad implicaba una cierta protección que iba a ser de manera masiva y habitual; el mismo fenómeno que se dio con el sistema de la captación masiva y habitual de los bancos, se trasladó a este tipo de negocio. De manera que por la vía de la intervención del Estado y la protección del ahorro del público, se incluyó dentro de las normas y la estructura del derecho financiero este tipo de negocios. Estos negocios son tres:

- La fiducia mercantil, que originalmente es un contrato del Código de Comercio; a pesar de que está tipificado dentro de este Código, está totalmente inmerso dentro de los contratos típicos de derecho financiero, contratos intervenidos subjetiva y objetivamente.
- Encargo fiduciario.
- Fiducia pública.

Siempre hay una doble relación jurídica: hay un vínculo contractual entre quien encarga y el encargado. Ese vínculo jurídico tiene todas las características como tal, tiene una prestación, la capaci-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

dad de exigirla judicialmente, y unos sujetos, un deudor y un acreedor. El objeto de esa prestación es poder exigir al encargado que produzca unos actos y contratos, y que el resultado de esos actos y contratos se los transfiera al encargante principal; una doble relación jurídica.

Como no se conoce en este momento, el resultado debe quedar siempre en el patrimonio del constituyente. Cuando en estos negocios se permite que participen el riesgo y el resultado del negocio intermedio, esos ya no son negocios fiduciarios.

A veces es difícil discutir cuál es el negocio –por ejemplo en el campo del derecho bursátil–, porque el comisionista de bolsa puede recibir un título sin hacerse dueño de él, para vendérselo a otra tercera persona, recibir la plata y transferirla al encargante. Pero igualmente puede exigirle comprar el título para venderlo de inmediato a otro, caso en el cual debe obrar una recomendación de comisión para el precio. Ese segundo negocio ya no es un negocio fiduciario. Así quedarán idénticos en el precio para el consumidor final. Son estructuras jurídicas diferentes, que tienen efectos jurídicos diferentes.

El otro elemento fundamental consiste en que el encargante debe dejar al encargado una finalidad; esto significa que si Y le da 20.000 pesos al mensajero, y no le indica nada, no puede cumplir el encargo, pues es necesario que le indique que consiga una determinada cosa (las papas y la gaseosa). En un negocio de esta naturaleza siempre debe haber un fin específico que no puede estar implícito, tiene que ser necesariamente explícito.

Esta doble relación jurídica se puede manejar de varias maneras:

1. Primero, frente al fenómeno de la representación, está tipificada dentro de la legislación mercantil civil; entonces, cuando Y además de hacer el ensayo, le otorga al encargado el poder que consigna la ley, de que lo represente, el segundo negocio que esa persona realiza afecta directamente el patrimonio de Y; nunca se afectó el patrimonio del intermediario. Ni los activos que se le dan para que cumpla ni los que él obtiene de regreso pasan por el patrimonio de esa persona.
2. Un segundo elemento es mediante la tenencia; éste es un puro problema de apariencia que finalmente está soportado sobre el principio de la buena fe; es un negocio estimatorio o de con-

signación que está tipificado también. Resulta que X va a un supermercado, al Éxito por ejemplo, y compra una nevera, pero dicha nevera no es del Éxito; el Éxito simplemente le transfiere el derecho de dominio sobre la nevera que es, por ejemplo, de Challenger, que se la entregó en consignación, no le transfirió el dominio, solamente la tenencia, y en virtud de esa tenencia el almacén puede vender la nevera; entonces, la mera tenencia acompañada de una presunción de ley que dice que los bienes que están en un establecimiento de comercio son de propiedad del comerciante, más el principio de buena fe de que se tiene derecho a confiar en que si los bienes están ahí se legitima a adquirir un bien de quien no es el propietario.

3. Tercero, la transferencia de propiedad. Aquí el mandato sin representación es el típico: se le transfiere el derecho y el dominio de la nevera al Éxito, éste paga un precio hoy o a plazos y así el Éxito vende como propietario. Con lo que obtiene de la venta paga la parte que corresponde; mandato sin representación. Es importante distinguir y tener claro a qué título se transfiere la propiedad, pues para efectos jurídicos es distinto cuando la propiedad se transfiere a título de mandato, que cuando se transfiere a título de propiedad para hacer una simulación; porque se puede tener un acuerdo secreto u oculto –en el buen sentido de la palabra– con la persona a la cual se le transfiere para que realice una gestión y devuelva la plata; pero al transferir a título de propiedad, se está enfrente de un fenómeno de simulación, que tiene efectos parecidos a los del mandato sin representación. Es distinto cuando se transfiere a título de mandato para que esa persona tenga el poder o potestad de propietario para poder cumplir la gestión que se le encargó.

Una variación de esta última sucede cuando se transfiere la propiedad, pero se afecta a un patrimonio autónomo o especial fenómeno que se presenta en los artículos 1227 y 1233 del Código de Comercio.

Las partes de los negocios fiduciarios son: el fideicomitente o encargante que es quien da las instrucciones, determina la finalidad, aporta los bienes, y decide quién es el beneficiario; puede serlo cualquier persona natural o jurídica y las entidades llamadas estatales en la Ley 80. El fiduciario, por el contrario, es un sujeto muy especial en Colombia, lo que no sucede en otros países; el fiduciario es un agente calificado, sujeto al control del Estado mediante la

Superintendencia Bancaria, lo que significa que tiene que cumplir con unos requisitos mínimos para poder existir como persona jurídica, así: debe tener un patrimonio mínimo determinado; debe tener unos estatutos y objeto social exclusivo y excluyente, o sea no puede realizar sino negocios fiduciarios y los que la ley le permita, no cualquier otro negocio. Este sujeto, además, tiene control sobre los negocios que realiza. El Estado puede supervisar sus actividades, y solamente esas sociedades fiduciarias, y en algunos pocos casos algunas entidades financieras de creación legal que contemplaban en la Ley de creación de agentes fiduciarios, pueden disfrutar la actividad; algunas son Findeter y la Fen; hay cuatro o cinco entidades financieras de creación legal que tienen la función de fiduciarias. Nadie más puede ser fiduciaria en Colombia. Hay otros países donde los notarios o los abogados pueden ser fiduciarios.

El beneficiario puede ser cualquier persona, menos el mismo fiduciario, y de acuerdo con la institución de la Circular Básica Jurídica, en la fiducia en garantía el acreedor garantizado debe ser el beneficiario; hay otros mecanismos a fin de que la fiducia sirva para finalidades de garantía sin que el acreedor garantizado sea beneficiario.

La fiducia mercantil es un contrato en el cual hay transferencia de propiedad, la propiedad como habilitador del sector intermedio; existe la determinación específica de una finalidad, pero la gran característica que la diferencia de los otros negocios fiduciarios es que se crea un patrimonio especial, autónomo y separado.

Las obligaciones civiles tienen dos elementos: un elemento subjetivo y uno objetivo.

El subjetivo es un elemento de contenido reconocido por el derecho, en el cual si se adquiere un compromiso contractual, existe obligación de realizar los pasos necesarios para cumplirlo. Es lo que se denomina el deber; cuando se celebra un contrato, existe el deber de cumplir con él.

Pero la gran diferencia en materia de contratos y de obligaciones patrimoniales es que si no se cumple con ese deber, esa obligación subjetiva que se tiene genera responsabilidad y la responsabilidad es objetiva o patrimonial. En el derecho romano hubo una época en la que cuando los sujetos no pagaban al vencerse el plazo, era el propio sujeto quien asumía la responsabilidad por las obligaciones de contenido comercial o del tráfico normal de la vida. En algún

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

momento parece que esto se protestó y se volvió de naturaleza objetiva. Entonces, si se incumple el deber contractual adquirido, no pueden entenderse con el sujeto mismo, sino que persiguen los bienes y de ahí surge la regla general del patrimonio, en la que le reciben todo lo que tenga y pueda tener en el futuro. Esta es la noción que surge de patrimonio.

En ese orden de ideas, se entiende que en el momento en que se incumpla una obligación, surge la posibilidad de perseguir unos activos para hacer ejecutiva dicha obligación.

Así está normatizado en el artículo 1546 del Código Civil: cuando se adquiere una obligación es necesario cumplir la prestación por quien esté en el deber de adquirir o, de lo contrario, ser forzado a cumplir la prestación, pagar los perjuicios, la sanción económica, la sanción patrimonial o simplemente a que se termine el contrato y todo se pague por equivalente; cuando no se cumple la prestación, entonces se avalúa y se cumple por equivalencia, siempre con un contenido de naturaleza patrimonial. Es ésta la definición de patrimonio autónomo, de patrimonio en general.

Dentro del marco general del principio de que todas las obligaciones que se tengan están garantizadas con todos los bienes, aparece una ley posterior especial que es el Código de Comercio, expresando que cuando el fiduciario realice un contrato en cumplimiento de la finalidad del negocio fiduciario, es decir, el negocio fiduciario, las obligaciones que adquiere, el deber, no está respaldado objetivamente en el patrimonio del fiduciario, sino en un patrimonio especial que se genera al momento de celebrarse el contrato fiduciario. Le hizo una excepción a la regla general del artículo 2488 del Código Civil. Esto significa que el patrimonio autónomo no es un ente, una persona jurídica, un sujeto especial, es simplemente una forma de limitar la garantía general que la ley creó. La común usanza aquí en Colombia es decir que la fiduciaria actúa como vocera o personera del patrimonio autónomo; esto no es del todo preciso, pues la vocería se lleva respecto de otra persona. Y el patrimonio autónomo no es persona. Simplemente el fiduciario actúa como sujeto de derechos, éste debe cumplir las obligaciones con la sola advertencia de que si no cumple, la persecución de la sanción patrimonial va contra el patrimonio autónomo.

No existe definición legal sobre encargo fiduciario. Éste tiene su historia en la Ley 45 de 1923, la ley bancaria que decía que dentro del objeto de los bancos había una lista de actividades que éstos podían realizar: ser agentes de transferencia, realizar gestiones por cuenta de terceros, registrar giros y transferencias, y otras funciones. A esas funciones la doctrina les dio el nombre de encargo fiduciario.

Cuando se hizo la Ley 45 de 1990 –la reforma al sistema financiero–, esa lista de funciones pasó a las sociedades fiduciarias como un tipo especializado y por eso se dice que pueden realizar encargos fiduciarios.

La Superintendencia Bancaria, mediante la Circular Básica Jurídica, para efectos de calificación de la ley por vía de doctrina ha dicho que es de la esencia del contrato que haya transferencia de tenencia.

Al aplicar dentro del esquema que se ha tratado la doctrina de la Superintendencia Bancaria, el encargo es el negocio fiduciario, cuando se da la tenencia de unos bienes al fiduciario a fin de que le sirvan para realizar la acción. Esa definición presenta un problema: cómo se entrega la tenencia de los bienes fungibles o consumibles.

Si se entrega un millón de pesos a título de encargo fiduciario a una entidad fiduciaria para que invierta y genere rentabilidad, ¿cómo se le entrega a título de tenencia? Necesariamente será menester transferirle la propiedad para que la fiduciaria la consuma, y después devuelva otro millón de pesos diferente al que se le entregó, más su rentabilidad. Desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico, los encargos fiduciarios de inversión, que están regulados en la misma resolución, no podrían existir si la doctrina especificara que eventualmente se transfiriera.

¿Qué es la fiducia pública?

En la doctrina se decía que era fiducia pública cuando el constituyente, o el fiduciario, o el beneficiario era público, o cuando la finalidad del negocio era pública, o una combinación de algunos de ellos o, de igual forma, todos los anteriores. Pero en la legislación colombiana se definió así: las entidades estatales, hasta la Ley 80, podían celebrar negocios de fiducia con las siguientes características:

- No transferencia del dominio, es decir, no se vale de la propiedad. En consecuencia no hay patrimonio autónomo. Si no hay

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 194-276, enero-junio de 2005

transferencia de la propiedad, no se puede generar el fenómeno del patrimonio autónomo.

- No se puede delegar la adjudicación de los negocios que celebra la fiduciaria en cumplimiento del negocio fiduciario, por lo cual la fiduciaria no puede celebrar la segunda relación jurídica. Tiene que celebrarla o realizar este acto el mismo encargado.
- Pierde un plazo determinado.
- No remuneración contra rendimientos.
- El encargo fiduciario que se menciona también allí en la ley sin mucha razón de por qué lo distingue, sería solamente para pagar obligaciones de unos contratos.
- Siempre se contrata por licitación o concurso.
- La segunda relación jurídica se somete a contratación estatal.
- No puede tener como finalidad violar la Constitución, observación importante de la Ley 80.

En un primer momento la Corte Constitucional aclaró que las entidades estatales pueden celebrar encargos fiduciarios, además de fiducia pública. En la redacción de la norma no se está restringiendo el objeto de las sociedades fiduciarias cuando contratan con entidades estatales para este tipo de negocio. Pero el Consejo de Estado, la Procuraduría, la Contraloría, la Pagaduría, la Contaduría, dicen que el objeto de la ley consistía en prohibir a los fiduciarios celebrar contratos de fiducia mercantil y restringir el objeto del encargo fiduciario. Esa es la aplicación que da y que prima hoy en día.

Por una parte se dice que para efectos jurídicos la fiducia pública y el encargo fiduciario son lo mismo, son el mismo negocio, sin ninguna diferencia esencial. ¿Qué implica estar sujeto a la Ley 80 y su decreto reglamentario? Implica que para contratar las fiduciarias, hay que hacer selección objetiva del contratista, y que la fiduciaria debe hacer selección objetiva para hacer el precontrato que debe adjudicar la entidad, estar sujeta a cláusulas exorbitantes, a las inhabilidades e incompatibilidades que señala la Ley 80, estar sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa, para efectos de control y vigilancia.

Otra observación importante consiste en que el fideicomiso deudor ha sido ideado para un prestamista, y para éste es ideal tener un bien claramente determinado, que le garantice su obligación con las garantías reales y que, además, el deudor no pueda movilizarlo, no pueda evadirlo y esté vigilado todo el tiempo sobre la cantidad y la permanencia en la probabilidad que tiene. Una forma de lograr eso es constituir con un activo determinado un fideicomiso, y que el acreedor le preste la plata al mismo.

Así, éste es un buen mecanismo para tener unas operaciones de crédito seguras, en el cual se utiliza la fiducia con las garantías, pero sin ser una fiducia de garantía. El mismo caso se da cuando se hace el llamado fideicomiso de codeudor solidario que consiste en que un activo se coloca en fideicomiso y la obligación la firman el deudor principal y el fideicomiso. Así el acreedor sabe que siempre va a tener un bien con el cual va a poder ejercer rápidamente su proceso.

En el caso de pago condicionado, el fideicomiso es un negocio en el cual se entrega al fiduciario el objeto del negocio y se le explica qué hacer cuando un deudor pague, para que le sea entregada la suma pagada a otro.