

**Libranza y Régimen de Garantías Mobiliarias: Un Estudio de Dos Formas de Financiación
de las Pymes y Personas Naturales**

Lauren Sofía Guerra Viloría

Proyecto de Grado como Requisito para Optar al Título de Abogada

Director:

Daniel J. Rojas

Universidad Autónoma de Bucaramanga

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa de Derecho

Bucaramanga

2019

Contenido

	Pág.
Introducción	5
1. Generalidades del Negocio Jurídico	6
2. Crédito de Libranza o Descuento Directo.....	16
2.1 Base normativa	16
2.1.1 Jurisprudencia Frente a la Libranza.	21
2.1.2 Limites a los Descuentos Directos:.....	24
2.2 Generalidades del Crédito de Libranza.....	26
2.2.1 Objeto de la Libranza: (Teleología).....	26
2.2.2 Definición	27
2.3 Partes en el Contrato de Libranza:	28
2.3.1 Sujetos directos	28
2.3.2 Sujetos Indirectos:	28
2.4 Formas o solemnidades del crédito de libranza:	29
2.5 Contenido del Contrato de Libranza	29
2.6 Aplicación del Negocio Jurídico Libranza	30
2.6.1 Capacidad de pago y capacidad de descuento	30
2.6.1.1 ¿Cómo podemos segregar el riesgo?	31

2.6.2 ¿Cómo se manejan los descuentos? ¿El empleador puede descontar libranzas de la liquidación final de prestaciones sociales?	31
2.6.3 ¿Qué sucede cuando el cliente enfrenta un proceso ejecutivo por alimentos, y otros, por lo cual le han embargado su sueldo y aun así no tiene capacidad de pago? Enfoque normativo.	35
2.6.4 ¿Cómo se actúa procedimentalmente en los descuentos de nómina?:.....	37
2.6.5 ¿Qué pasa si el contrato de trabajo termina y aún existe saldo con el Banco?	44
3. Régimen De Garantías Mobiliarias:.....	46
3.1 Normatividad:	46
3.2 Desglose:.....	48
3.2.1. <i>Objeto</i> : Teleología:	48
3.2.2. <i>Definiciones</i> :	49
3.2.3. Sujetos:	51
3.2.3.1. Directos:.....	51
3.2.3.2. Indirectos:	52
3.3 Formas o solemnidades:.....	52
3.3.1. Contenido:.....	53
3.3.2. Conflictos:.....	54
3.3.3 Opciones para la resolución de conflictos:	54
3.3.4 ¿Quién hace la entrega del bien?	55
3.3.5. ¿A quién se le hace la entrega?.....	55
3.3.6. ¿Qué pasa si no es posible hacer la entrega del bien?	56
3.3.7. Ejecución en Casos Especiales:	56

3.4 Competencia Ejecución Especial:	56
3.4.1. Entidades autorizadas:	56
3.4.2. Competencia jurisdiccional	57
3.5 Modelo Nuevo de Ejecución de Garantías: Ejecución Especial en Línea	57
3.5.1. Normatividad	57
3.5.2. Aplicable para	57
3.6 Procedimiento:	58
4. Conclusión	59
Referencias Bibliográficas	61

Introducción

En este trabajo se busca exponer como la modalidad del negocio jurídico de libranza y el Régimen de Garantías Mobiliarias, contribuyen al acceso a la vida crediticia de una forma más amplia para las personas naturales, tales como: trabajadores y pensionados y para las PYMES, buscando desde el estudio básico de lo que es un negocio jurídico hasta abarcar las posibles problemáticas con las que nos podemos encontrar a la hora de aplicar cualquiera de estas dos modalidades.

Se hace necesario el mostrar la identificación de todos los partícipes, formas y formalidades con las que cuenta, aterrizando así, cada uno de los elementos del negocio jurídico en estos dos tipos de crédito.

Por otra parte el soporte jurisprudencial, el cual ha sido de gran ayuda para la resolución de cualquier problemática y además, para lograr una mayor conceptualización y entendimiento de cómo están reguladas, protegidas, el manejo que se debe emplear y como segregar el riesgo.

1. Generalidades del Negocio Jurídico

Las personas diariamente giran alrededor de hacer relaciones, pero para regular sus relaciones jurídicas, según su voluntad, la ley, nos facilita un instrumento “*el negocio*” el cual no podrá ser, según su voluntad, cambiado en su estructura, en sus requisitos o en el modo en el que este será utilizado.

El negocio jurídico se entiende como una declaración de la voluntad, sobre materias jurídicas, de los sujetos y dicha manifestación produce efectos jurídicos atribuidos por la ley. Por lo anterior cualquier manifestación de voluntad o la voluntad meramente interna, jamás serán un negocio jurídico; ya que su esencia versa sobre la exteriorización de un acto, que es el negocio, y sus efectos.

El negocio jurídico versa sobre una o varias declaraciones de la voluntad, dando así el nacimiento a un negocio jurídico simple (testamento) o complejo (compraventa), en ambos casos, debemos tener en cuenta que la ley reduce la autonomía de la voluntad puesto que esta debe cumplir con ciertos requisitos inalterables del negocio, tales como; la capacidad del sujeto, forma de la declaración, aptitud del objeto, y/o, la entrega de este en los contratos reales). Puesto que la finalidad del negocio jurídico es regular los propios intereses jurídicos y en algunos negocios, regular los intereses ajenos, ya que esta figura nos representa una solución a una problemática jurídica paralela a aquel que es resuelta por el derecho subjetivo privado, porque ambos (derecho y negocio) están bajo las premisas de la libertad y de la autonomía privada, pero estas tienen finalidades, en lo esencial distintas así sean estas correlativas y/o complementarias. De acuerdo a

lo anterior es preciso decir, que el derecho subjetivo tiene con una finalidad estática de conservación y tutela, mientras que la finalidad del negocio jurídico es dinámica, de iniciativa y renovación.

Debemos tener presente que hay una serie de términos que se manejan al referirse a la estructura o composición del negocio jurídico, así como las condiciones que son precisas para que el negocio surja y sea plenamente eficaz. Entre esos términos encontramos: requisitos, elementos, presupuestos, antecedentes; etc. Además, se subdistinguen, por ejemplo, los requisitos, tenemos de existencia, de validez y de eficacia; los elementos en esenciales, naturales y accidentales; etc. (Albaladejo , 2002)

Ubicándonos en uno de los negocios jurídicos, que es el contrato, debemos profundizar en este tema, para entender el cómo abordar los fenómenos jurídicos objeto del trabajo de investigación.

Sobre el contrato, debemos hacer un recuento histórico que nos permita entender lo que alimenta este instituto jurídico. Es preciso resaltar que en el derecho primitivo no era suficiente el mero acuerdo de voluntades para dar nacimiento a relaciones obligatoria, debía haber una acción o como en el derecho romano, un conjunto de actos correspondientes a una causa civilis obligandi. Atendiendo a que los jurisconsultos romanos, según Salvatore di Marzo, no llegaron a formular una definición de contrato, ni concibieron una teoría general, sino que los dispusieron en lista cerrada, y cada uno era regulado por normas especiales propias. Para ellos, el contrato era una convención acompañada de una forma requerida por el derecho, o fundada en una causa idónea para constituir una obligación y por ellos dar un efecto obligatoriamente vinculante, como a su vez lo afirman, Buckland y Mc. Nair.

Por su parte, Schwind, sostuvo que en el derecho romano solo los acuerdos contractuales admitidos como forma típica por el *ius civile* producían acción en juicio, y en su consecuencia solo cuando el derecho les concedía esa categoría eran reconocidos como contratos. En el derecho romano los contratos reales nacían de la responsabilidad derivada de la recepción de una cosa y los consensuales, aparecen a partir del momento en que el juez podía decidir determinados conflictos de intereses conforme a los principios de la buena fe, y las obligaciones que surgían, reconocidas por el arbitrio judicial, dando origen así a la categoría de contratos consensuales.

Ahora bien, en el derecho moderno el contrato formal no supone su celebración con arreglo a una formalidad prevista de manera que de esta e independientemente de la voluntad de las partes surja una relación obligatoria.

En el contrato formal moderno encontramos que se caracteriza porque la expresión del consentimiento está sujeta a cierta formalidad que solo se toma en cuenta como un requisito para su validez. Cosa muy diferente ocurría en el medievo, los canonistas, la escuela del derecho natural y los comercialistas hicieron posible que la voluntad de las partes acabara por imponerse y fuera considerada fundamental, ya que, el contrato llega a ser un pacto o acuerdo de voluntades idóneo para originar una relación obligatoria.

En la doctrina germana, el contrato, es un negocio jurídico esencialmente bilateral, capaz de crear, alterar, o extinguir una relación jurídica entre las partes; y no solo es eficaz para crear obligaciones o derechos de crédito, sino que también puede afectar directamente el estado de los derechos reales.

Encontramos en el artículo 1101 del código francés la definición de contrato como: “una convención por la cual una o varias personas se obligan respecto a una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. (República Francesa, 1804).

Según Koaschaker, los romanistas y los juristas angloamericanos entienden que el contrato sirve de base para el nacimiento de obligaciones; en cambio, para los juristas alemanes, este concepto sirve para ser aplicado a todas las relaciones jurídicas.

Patterson, un autor anglosajón, sostiene que “los contratos se componen de promesas que confieren derechos a los promisorios y que imponen deberes a los promitentes, y de condiciones que califican o deniegan esos derechos y deberes”.

En el derecho anglosajón, para que el contrato exista debe haber una concurrencia de un *quid pro quo*, (dar algo por algo), de acuerdo a esta premisa, es preciso afirmar que era suficiente la consideración para que un pacto cualquiera sea considerado un contrato. De aquí una coruscante diferencia entre el derecho romano, que era un derecho de contrato, y el anglosajón, que era un derecho sobre el contrato. En el derecho romano ningún pacto era un contrato; pero en el anglosajón todo acuerdo que trata de afectar las relaciones jurídicas, es un contrato.

Ahora bien, el contrato debe ser analizado como un negocio jurídico principalmente entre vivos, bilateral, patrimonial y como un instrumento apto para el tráfico jurídico.

Se afirma que el contrato es un negocio jurídico entre vivos porque produce sus efectos sin el presupuesto del óbito de una persona; puesto que cuya función responde a las necesidades de la vida humana de relación, y el acontecimiento de la muerte de una persona no funge de un *conditio iuris*, contrato a los negocios *mortis causa*; puesto que la muerte de un ser humano no es un elemento constitutivo del negocio, ya que es preciso distinguir la adquisición por negocios entre vivos que tenga lugar con ocasión de la muerte de una persona en función de termino suspensivo, como lo cita, Stolfi.

Seguidamente, el contrato como negocio jurídico bilateral, se caracteriza porque de este surgen dos declaraciones y también manifestaciones de contenido volitivo que normalmente,

deben producir efectos respecto de las dos partes, únicas o plúrimas. El único negocio bilateral es el contrato, con intereses contrapuestos u opuestos, pues si fueran convergentes a una función común, nos encontraríamos con un *acuerdo*.

Ahora bien, en consideración a su contenido los negocios jurídicos suelen llamarse de derecho patrimonial cuando transfieren un derecho de esa naturaleza contraponiéndose así a los negocios de derecho de familia, actualmente, el negocio jurídico patrimonial tiende a modificar la actual distribución de intereses (los bienes), normar la prestación de servicios, y su contenido consiste en una atribución patrimonial, de lo anterior el negocio puede ser calificado como dispositivo y obligacional.

Entiéndase atribución patrimonial como el enriquecimiento, incremento o ventaja que se opera en el patrimonio de un sujeto a consecuencia de la declaración o manifestación de contenido volitivo de quien determina la atribución patrimonial. Seguidamente, *Rechtsverkehr*, nos dice que el contrato es un instrumento para el tráfico jurídico, porque este es aplicable a todas las relaciones de derecho; puesto que los juristas alemanes como el no conciben esta *Figuera* como una simple base para el nacimiento de las obligaciones.

Como instrumento, el contrato es utilizado para la composición de intereses privados entre partes, opuestos o contrapuestos, al menos inicialmente; pero es que, además, el negocio jurídico bilateral es una institución jurídica, puesto que es utilizado por las partes para auto determinarse, auto limitarse, auto obligarse en virtud del reconocimiento por el derecho de la autonomía privada.

En cuanto a su estructura, el contrato como negocio jurídico bilateral ya sea civil o comercial, tenemos que estudiar las partes en las cuales se divide que son: la forma y el contenido. La parte estructural llamada forma hace referencia al exterior, al como vemos el negocio, lo cual le permite ser reconocido a la luz en la vida de relación; el contenido, ya se enfoca en su tipicidad interior

(voluntad); pero esta debe ser exteriorizada, y como parte accidental, las cláusulas, que no son más que los también llamados pactos, son proposiciones coordinadas y complementarias entre sí, integradas recíprocamente (Vilariño, 2000). Cosa que comparte Emilio Betti, reconociendo como únicos elementos estructurales del contrato el contenido y la forma; pero, para Antonio Bohorquez Orduz, en su libro: “De los negocios jurídicos en el Derecho Privado Colombiano” (Orduz Bohorquez, 2013), nos dice que los elementos estructurales del contrato son tres: la forma, que es el continente, el contenido definiéndolo como la disposición de intereses, y la vinculación de un sujeto. En cuanto a la esencia del contrato, Bohorquez Orduz, nos dice que la voluntad, si es un elemento importante, pero no es esencial, como se ha venido mencionando.

Sustenta el autor en mención, la anterior premisa, en su respuesta de ¿a quienes afecta el negocio?, haciendo énfasis en que es a los sujetos, no a la voluntad, puesto que la voluntad solo será tomada en cuenta para la validez del negocio que ya ha nacido, la cual podrá ser objeto de oponibilidad, posteriormente, de encontrarse viciada. Este hace mención, que el legislador exige al negocio, en relación con los sujetos, ciertas condiciones o requisitos. En general, que el sujeto debe ser idóneo, lo cual será importante para su existencia o por otra parte, para predicar su validez o su oponibilidad.

Por lo general, los negocios pueden ser celebrados por cualesquiera personas; pero, el legislador, en algunos casos exige, a veces, un número determinado de sujetos, como, por ejemplo, el contrato de sociedad anónima, el cual debe contar con la participación de 5 sujetos, donde si este requisito numérico no se llena, no habrá un contrato de sociedad. En otros casos, este exige cierta calidad del sujeto, donde, por ejemplo, en el contrato de cuenta corriente bancaria, en el cual es indispensable que uno de los extremos de la relación negocial sea un banco, o, el de seguro para el que la parte llamada aseguradora ha de ser, necesariamente, una persona jurídica, sociedad

anónima, debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria para celebrar esta clase de contratos. En todos los eventos se trata de sujetos negociales pues los efectos que frente a ellos pregonan la ley son sin duda derivados de cada contrato. Además de ser clasificados por la cantidad de sujetos (unipersonales y pluripersonales), también pueden ser clasificados cualitativamente, dependiendo de las condiciones que exige la ley a todos los sujetos en: “negocios de sujeto universal y negocios de sujeto calificado”.

Los negocios de sujeto universal son la mayoría de ellos, puesto que, por regla general, los negocios y, en particular, los contratos, pueden ser celebrados por toda clase de personas; sin embargo, como lo mencionaba anteriormente, el legislador, exige que una de las partes tenga ciertas calidades, por ejemplo, en el contrato de seguro o en la fiducia mercantil.

En cuanto a la forma, el Dr. Antonio Bohorquez Orduz, nos dice que el elemento externo del negocio es: “todo ese conjunto de ritos y formalismos que precisa el negocio, exigidos por la ley para algún propósito específico, o bien sea, que los negociantes los hayan querido colocar para revestir su acto y así satisfacer sus necesidades particulares de seguridad o de prueba” (Orduz Bohorquez, 2013).

Es así como la forma puede adquirir diferentes modalidades, puede adoptar la modalidad de “documento escrito, público o privado, de expresiones verbales, de conductas rituales ordenadas por la ley o socialmente aceptadas como forma de los negocios, de formalismos ajenos al acto”; por ejemplo, una escritura como lo externo del negocio es tomado como forma; es considerado este un elemento estructural, no porque estén sometidos por una norma que los exija estrictamente, sino que es necesario señalar que todos los negocios tienen una forma, puesto que solo así es posible que este sea después objeto de estudio o de interpretación, a su vez, si el negocio jurídico carece de forma se vería privado de efectos; pero hay que ser precisos en decir que ante su ausencia

no imposibilita que el negocio nazca para el derecho, aunque si le trae consecuencias nocivas en algún grado.

Los negocios jurídicos frente a su forma se clasifican teniendo en cuenta tres criterios; según su perceptibilidad, según su tratamiento legal y según su relación con el destinatario.

De acuerdo al primer criterio, la perceptibilidad de la forma se puede analizar desde dos puntos de vista; el primero: negocios de declaración, es decir, cuando ellos asumen la forma de un conjunto de vocablos, expresiones o frases por medio de las cuales se exterioriza el negocio que puede ser de forma verbal o escrita, esta última puede ser pública o privada. Segundo: negocios de simple comportamiento, donde las partes llegan a celebrar el negocio o muchas veces llegan al contrato, por su mero actuar.

El comportamiento puede, a su vez, presentarse de dos maneras, podríamos estar frente a una conducta positiva o concluyente (un actuar claro e inequívoco que da lugar a que el sujeto perciba que él ha celebrado un negocio jurídico o contrato); por ejemplo, en el caso del transporte urbano, el pasajero tiene una conducta inequívoca al subir a un bus o tomar un taxi y hacer efectivo el pago del pasaje. Por otra parte, la conducta puede ser omisiva; donde para que el negocio se perfeccione, es preciso que el negociante no haga nada, por ejemplo, este fenómeno, se puede observar en coyunturas ciertamente excepcionales, un claro ejemplo de esto lo trae el artículo 2151 del Código Civil, donde el mandato conferido a distancia a personas que suelen ocuparse profesionalmente de ciertos negocios ajenos, puesto que si pasado el termino estimado como razonable del que habla la norma, no se ha recibido respuesta alguna por el poderdante, la ley presume que el apoderado ha aceptado. (Ley 84 , 1873)

Según su tratamiento legal, se refiere precisamente a la forma que exige la ley para que se perfeccione el negocio y es así como encontramos los “negocios de forma libre”, que son: “todos

aquellos en los cuales el legislador ha dejado a los celebrantes en libertad de escoger la forma que deseen para dar a su negocio, según sus necesidades”. Otro es el negocio de “forma impuesta o solemne”, para el cual el derecho prescribe la forma.

Ya el contenido, es viene siendo el elemento que individualiza cada una de las especies de negocio jurídico; y precisamente es aquí donde encontramos las características específicas que nos permiten saber de la existencia de diferentes negocios jurídicos, ¿Cuándo existe el negocio jurídico?, al identificar la gama de intereses que se regulan podremos identificar plenamente frente a qué tipo de negocio estamos, familiar, patrimonial o simplemente personal.

Podemos decir que el contenido tiene ciertas características; Bohorquez Orduz, nos las clasifica de cuatro formas; nos dice que en primer lugar el contenido es concreto, puesto que siempre encontraremos en él una regla particular de derecho que se refiere a una relación jurídica concreta y específica. En segundo lugar, nos dice que el negocio jurídico es vinculante; como nos lo presenta el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es “ley para las partes”, principio que se les aplicara a todos los negocios jurídicos y contratos, en general. En un tercer lugar, el negocio jurídico siempre está referido a la vida de relación entre los asociados; todo negocio jurídico planteara una relación jurídica sea entre personas o entre una persona en particular y un bien; para crearla, regularla, modificarla o extinguirla; por ello se hace relevante para el derecho. Finalmente, el negocio jurídico es el elemento “diferenciador” entre las distintas especies de negocios jurídicos; aquí es donde vamos a encontrar todos esos factores que nos permiten, por ejemplo; diferir entre una compraventa y un arrendamiento. (Ley 84 , 1873)

El contenido también tiene elementos; encontramos elementos esenciales sin los cuales el contrato o negocio jurídico no existiría, los elementos naturales, que son aquellos que, se entiende, pertenecen al negocio aunque las partes guarden silencio, son aditamentos del contrato, están

implícitos en el desde el momento de su celebración provenientes de dos fuentes, gracias al principio de incorporación, en primer lugar la costumbre y como segunda fuente tenemos la Ley, siendo estas parte de los elementos naturales del contenido.

Los elementos naturales que provengan de la costumbre, siempre serán supletorios, estos son susceptibles de ser alterados por estipulaciones especiales de las partes ya que la costumbre nunca podrá contrariar la Ley imperativa.

Son elementos accidentales todos los demás; aquellos que las partes voluntariamente insertan en los contratos mediante cláusulas especiales buscando de esa manera buscar una necesidad particular. En nada afectan al contrato si estos se le extirpan o no, este no perderá su naturaleza propia. Es más, ni siquiera su presencia altera la identidad del negocio, pero es un elemento que no debe dejarse de lado, este es necesario analizarlo puesto que como todo cumple sus funciones.

Algunas de las funciones de los elementos accidentales son en primer lugar; el determinar las garantías de cumplimiento, en segundo lugar el alterar aquellas cosas naturales que, derivadas de la ley o de la costumbre, son susceptibles de ser modificadas por pactos de las partes dado su carácter supletorio; en tercer lugar, el establecer ineficacias por disposición particular, como por ejemplo el plazo o la condición resolutoria; en cuarto lugar, para satisfacer todo tipo de necesidades negociales lícitas que para su buen suceso, las partes necesitan estipular; como un plazo para el cumplimiento de una prestación o ciertas condiciones especiales para la ejecución del contrato; como por ejemplo, la cláusula de preferencia.

2. Crédito de Libranza o Descuento Directo

Ahora bien, para efectos de un mejor análisis tanto del negocio jurídico de libranza como del régimen de garantías mobiliarias, se hace necesario hacer un desglose de cada tema para lograr identificar desde los sujetos, su base normativa, tomando no solo la parte legal, sino también dado el caso, la jurisprudencia, las formalidades que estos requieren hasta su contenido como negocio jurídico y los elementos de este contenido.

2.1 Base normativa

El eje central normativamente hablando del crédito de libranza es la Ley 1527 de 2012; es la ley “por medio de la cual se establece un marco general para la Libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones que giran alrededor de esta” (Ley 1527 , 2012). En ella a su vez encontramos que su objeto fue modificado por la Ley 1902 de 2018, art. 1, haciendo así esta parte de su base normativa (Ley 1902, 2018).

Esta Ley encuentra su complemento en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 59, donde nos trae el porcentaje máximo que se puede aplicar para el descuento directo del salario del empleado para así no afectar sus derechos a la “vida digna y al mínimo vital”; y el artículo 149, donde se presenta los límites en las deducciones del salario del trabajador entre ellos por conceptos de créditos de libranza.

Por otra parte, en el año 2016 se emitió el Decreto 1348 (Decreto 1348, 2016); por el cual se reglamenta: “la revelación de información y la gestión de riesgos en la venta y administración de operaciones de libranza por parte de entidades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”. Este decreto tiene por objeto: “reglamentar la revelación de información y la administración de riesgos en la venta y administración de cartera correspondiente a operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, bien sea que la venta se haga con responsabilidad cambiaria del vendedor o sin ella, o en el caso de cesión, con garantía de solvencia del deudor o sin ella”.

Entre otros ajustes a la Ley de libranza, debemos tener en cuenta que El Gobierno Nacional sancionó el pasado 22 de junio la Ley 1902 de 2018, por medio de la cual “se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones”.

Además de algunas precisiones relacionadas con el objeto de la libranza, como “un instrumento que posibilita la adquisición de productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza, acreditados con el salario, los pagos u honorarios o la pensión, siempre que medie autorización expresa de descuento dada al empleador o entidad pagadora”, la nueva ley reitera la obligación, esta vez para todas las entidades operadoras, de indicar debidamente en su objeto social la realización de todas las operaciones de libranza y el origen lícito de sus recursos, aspectos que como reiteradamente lo ha señalado esta Confederación, no son elementos propios del objeto social de las empresas y por esa razón pedimos, sin éxito, que se eliminara del texto de la Ley 1527 de 2012 y que no se tuviera en cuenta en el proyecto recientemente aprobado.

Adicionalmente, la nueva ley aclara el concepto de la libranza como un mecanismo de recaudo de los créditos otorgados y se establece con total claridad que las entidades operadoras, de acuerdo con su naturaleza jurídica, “serán objeto de inspección, vigilancia y control por parte de la

Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Economía Solidaria, la Superintendencia de Sociedades o la Superintendencia del Subsidio Familiar, según sea el caso”.

Como una nueva obligación para todas las operadoras de créditos, se consagra en la Ley 1902 de 2018, inicialmente el poder contar con un “departamento de riesgo financiero” al interior de la organización, por medio del cual deberán adelantarse los análisis correspondientes frente a la “viabilidad, sostenibilidad, operatividad y demás estudios”, con fines de pronóstico y evaluación para todo lo que verse sobre el riesgo financiero y control de lavado de activos.

En materia de protección al consumidor, se reitera que,

“con excepción de las entidades operadoras de libranza vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio será la entidad encargada de velar por la protección al consumidor en las operaciones de crédito otorgadas por entidades operadoras de libranza y en los contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios en que la entidad operadora otorgue financiación de forma directa, siempre que dicha vigilancia no haya sido atribuida a otra autoridad administrativa” (Ley 1902 de 2018).

Entre las principales adiciones que hizo la nueva ley, se tiene un artículo referente a las sumas que se reputan como intereses, con el cual se elevó a rango legal la disposición contenida en el numeral 5° del capítulo XI del título V, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de la Economía Solidaria, de la siguiente manera:

“Sumas que se reputan intereses en créditos de libranza. Para todos los efectos legales se reputarán intereses las sumas que la entidad operadora reciba del deudor de un crédito de libranza sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. Así

mismo, se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento.”

Vale la pena recordar que esta Confederación ha venido adelantando gestiones en el Congreso de la República, desde que se inició el trámite del Proyecto de Ley 034 de 2016 en el Senado. El interés gremial apuntaba especialmente a que se permitiera a “las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria”, vender en forma directa los títulos valores que instrumentan los créditos otorgados mediante el mecanismo de la libranza. Pero, tal solicitud no fue acogida y como consecuencia de la situación ocurrida en 2016 en el mercado de las libranzas, el artículo 6° de la Ley 1902 de 2018 incluyó un artículo:

“Se adiciona el siguiente artículo a la Ley 1527 de 2012:

“Artículo 17. Venta de cartera. La entidad operadora de libranza no vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia que pretenda enajenar, total o parcialmente, derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza, a favor de personas o entidades no sujetas a la vigilancia de la mencionada superintendencia, solo podrá hacerlo a favor de:

- Patrimonios autónomos administrados por Sociedades Fiduciarias sujetas a la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Fondos de Inversión Colectiva”. (Ley 1527 de 2012, artículo 17).

En cualquiera de los eventos anteriormente descritos, la enajenación podrá realizarse en desarrollo de un proceso de titularización.

El patrimonio autónomo o fondo de inversión colectiva deberá efectuar la operación de adquisición, recibir los recursos de los descuentos de parte de los empleadores o entidades pagadoras y, en general, administrar la cartera”. (...) (Subrayamos)

La anterior restricción aplica a todas las operadoras no vigiladas por la Superfinanciera, incluso a las cooperativas que ejerzan la actividad de crédito o la actividad financiera bajo la supervisión de la Superintendencia de la Economía Solidaria, las cuales, cuando pretendan vender títulos valores o derechos de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza, deberán hacerlos a través de las dos figuras mencionadas en la norma.

En el mismo sentido y como medidas de protección para las personas que compren derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza, a entidades no vigiladas por la Superintendencia Financiera, se adicionan los siguientes derechos:

- “El derecho a que el contrato de compraventa conste en un documento en el que se identifique detalladamente la cartera adquirida, de cuya existencia y estado se le deben entregar los respectivos soportes.
- El derecho a que se le informe de manera detallada y completa sobre los riesgos de la operación de compraventa de cartera y sobre la situación de la cartera comprada.
- El derecho a que se le revele la situación financiera del vendedor.
- El derecho a que el vendedor implemente mecanismos de gestión de los riesgos de la cartera y de su administración”.

Por otra parte, se le agrega al Registro Único Nacional de Operadores de Libranza, la función de: “incorporar información de las operaciones de compra, venta y gravámenes que se hayan efectuado respecto de los derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones

de libranza, realizados por entidades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”, ello con el fin de que el público pueda acceder a la información relacionada con tales enajenaciones y gravámenes, tratando de evitar que a futuro se repita la situación ocurrida hace algunos años, cuando, abusando del desconocimiento de las personas, entidades inescrupulosas enajenaron varias veces los mismos derechos de contenido crediticio, defraudando a muchos inversionistas.

Es importante mencionar que el artículo 10 de la Ley 1902 de 2018, adicionó un aparte al artículo 1º del Decreto 4334 de 2008 (Decreto 4334, 2008), en virtud del cual “puede generarse la intervención estatal, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas, cuando dichas personas realicen operaciones de venta de derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza sin el cumplimiento de los requisitos legales”.

Finalmente, la ley estableció un régimen de transición para los artículos 6 y 8, los cuales entrarán en vigencia después de 6 meses siguientes a su promulgación, es decir, a partir del 22 de diciembre de 2018. (Confecoop, 2018)

2.1.1 Jurisprudencia Frente a la Libranza.

Encontramos la **C- 032- 2018** la cual nos muestra un resumen de la ley 1527 de 2012, ley de libranza o descuento directo, tomando solo el artículo tercero para el caso en concreto; donde se analizan las Condiciones del crédito a través de libranza o descuento directo. Es una sentencia de inconstitucionalidad donde La Corte se inhibió para pronunciarse sobre el fondo del asunto, al encontrar que el cargo formulado es inepto por no contener los argumentos ciertos, específicos,

pertinentes y suficientes que habilitaran el juicio de inconstitucionalidad, ya que la demanda se estructuró a partir de una lectura subjetiva de la norma, además; Según el actor, la norma desconoce el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos del trabajador establecidos en el artículo 53 de la Constitución, al permitir que el trabajador o pensionado renuncie a su salario. (Ruiz Orejuela, 2018)

“Artículo 3°. Condiciones del crédito a través de libranza o descuento directo. Para poder acceder a cualquier tipo de producto, bien o servicio a través de la modalidad de libranza o descuento directo se deben cumplir las siguientes condiciones:

- 1. Que exista autorización expresa e irrevocable por parte del beneficiario del crédito a la entidad pagadora de efectuar la libranza o descuento respectivo de conformidad con lo establecido en la presente ley.*
- 2. Que en ningún caso la tasa de interés correspondiente a los productos y servicios objeto de libranza, supere la tasa máxima permitida legalmente.*
- 3. Que la tasa de interés pactada inicialmente sólo sea modificada en los eventos de novación, refinanciación o cambios en la situación laboral del deudor beneficiario, con su expresa autorización.*
- 4. Que para adquirir o alquilar vivienda, el deudor beneficiario podrá tomar un seguro de desempleo, contra el cual eventualmente podrá repetir la entidad operadora en los casos de incumplimiento”. (C- 032- 2018, artículo 3° ,Corte constitucional, 2018).*

La **T-168-2016** (Corte Constitucional, 2016), nos trae un caso donde se pone en cuestión los descuentos sobre el salario de una madre cabeza de familia-“En los créditos por libranza el

descuento será del 50% del salario siempre y cuando si se afecta el salario mínimo, no se vulnere el mínimo vital y la vida digna de la persona”:

“Conforme a la normativa, le asiste al empleador una obligación legal, clara y ligada indisolublemente al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, y es la de priorizar y computar los descuentos que les aplicará a los salarios de los trabajadores, por una parte, los que tienen origen en una orden judicial según las reglas de prelación de créditos que el juez señale en el oficio de embargo y, por otra parte, los autorizados expresamente por el trabajador. Para todos el empleador debe tener en cuenta, (i) el orden de llegada, es decir, corresponde aplicar el primer descuento ordenado judicialmente o autorizado por el trabajador, según las reglas de prelación de créditos, y los demás, deben esperar su turno hasta el pago de la primera deuda, y así sucesivamente; (ii) la aplicación de los descuentos no deberá afectar el derecho fundamental al mínimo vital del trabajador, cuando se confronte casos de trabajadores en los que el salario constituye la única fuente de subsistencia y la de su núcleo familiar a cargo”. (Corte Constitucional, 2016)

Mismos derechos de la sentencia anterior y por un caso similar; se ven replicados en la decisión en la T-629-2016. (Corte Constitucional, 2016).

En la **T-510/2016**, se resuelve la problemática laboral que se presenta con los descuentos permitidos al salario de los trabajadores por orden judicial: “En la ley laboral existen unos descuentos que se pueden realizar directamente sobre el salario del trabajador en favor de un tercero, juez, o acreedor, estos son”:

“Los descuentos realizados en favor y con ocasión de la orden de alguna autoridad judicial. Aquellos autorizados voluntariamente por el trabajador en favor de un tercero

acreedor, dentro de los cuales existen aquellos descuentos realizados por la celebración de un contrato de crédito por libranza (actualmente regulados por la Ley 1527 de 2012). (Rodríguez de Uribe, 2016) Los descuentos de ley. (Corte Constitucional, 2016)”.

2.1.2 Límites a los Descuentos Directos:

En la “Sentencia n° 2014-02276 de Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección segunda, de 12 de junio de 2014”, la cual nos cita el artículo 149 del código sustantivo del trabajo, donde nos habla de los descuentos que están prohibidos para el empleador frente al salario de su trabajador para que no sea vulnerado su derecho al mínimo vital que ya esto nos brinda la posibilidad de que esta parte de salario que nos garantiza tener una vida digna sea inembargable. (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2014)

“Artículo 149. Descuentos prohibidos. Modificado por el art. 18, Ley 1429 de 2010.1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos de salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento. 2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento

judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere al monto del salario del trabajador en tres meses”. (“Sentencia n° 2014-02276 de Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección segunda, de 12 de junio de 2014”), (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2014).

En esta sentencia observamos cómo se hace un estudio detallado de los descuentos directos, como deben ser manejados y sus límites y frente a la afección al mínimo vital como aparte de ser inembargable más del 50%, una persona puede llegar a ser declarada insolvente porque su deuda excede los límites permitidos para sobrevivir:

“Embargo del salario-Descuentos realizados con ocasión de una orden judicial será la quinta parte de lo que exceda el salario mínimo. Esta clase de descuentos están regulados por el artículo 154, 155 y 156 del Código Sustantivo del Trabajo (Ministerio del Trabajo, 2019), y presuponen la mediación de un juez. Solo son aplicables cuando a través de un embargo, el juez ordena el descuento. En todo caso, no es posible descontar la totalidad del ingreso del trabajador. Como regla general, el salario mínimo es inembargable y aun así, la única parte embargable es la quinta parte de lo que exceda el salario mínimo. Cuando se trate de cobros por obligaciones alimentarias o en favor de una cooperativa, el límite será el cincuenta (50%) de cualquier salario. De cualquier forma, debe mediar la orden de un juez para que sea procedente realizar el descuento”. (Insolvencia, 2013)

2.2 Generalidades del Crédito de Libranza

2.2.1 Objeto de la Libranza: (Teleología)

El objeto de la libranza lo encontramos en el artículo primero de la Ley 1527 de 2012 (Ley 1527 , 2012) el cual fue modificado por la Ley 1902 de 2018, (Ley 1902, 2018) la cual nos dice:

“ARTÍCULO 1. Objeto de la libranza o descuento directo. (Modificado por la Ley 1902 de 2018, art. 1): Cualquier persona natural asalariada, contratada por prestación de servicios, asociada a una cooperativa o pre cooperativa, fondo de empleados o pensionada, podrá adquirir productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza, acreditados con su salario, sus pagos u honorarios o su pensión, siempre que medie autorización expresa de descuento dada al empleador o entidad pagadora, quien en virtud de la suscripción de la libranza o descuento directo otorgada por el asalariado, contratista o pensionado, estará obligado a girar los recursos directamente a la entidad operadora.” ”.(Ley 1527 de 2012, artículo 1).

De lo anterior podemos concluir que la finalidad del crédito de libranza es procurar el acceso a bienes de tipo comercial a una población mayor con la garantía para el cliente que se le respetara su derecho al mínimo vital, ya que los descuentos serán de acuerdo a sus posibilidades de pago y a su vez, ofrece al dueño del bien el pago inmediato de la cosa que estará a cargo del empleador del cliente.

2.2.2 Definición

“La libranza es un mecanismo de recaudo de cartera en donde el deudor autoriza a su entidad empleadora a descontar de la nómina mensual o quincenal, dependiendo de cómo se maneje el pago en la empresa, una suma determinada, para aplicar a la cancelación de sus obligaciones ante una entidad financiera, y dando origen al nacimiento del compromiso de la entidad de entregar la suma pactada a la entidad financiera en un plazo previamente convenido (Gerencie, 2019)”..

Para tener un adecuado desarrollo del esquema de lo que es la libranza debe la entidad financiera, principalmente, contar con la autorización de descuento de nómina: “deudor-empleado” y el “convenio de recaudo” debidamente suscrito con la entidad empleadora en donde estén plasmadas, expresamente, todas las obligaciones de este convenio.

Es entonces, la libranza es “una figura muy utilizada por las entidades financieras para otorgar créditos a los empleados, por lo que les asegura el recaudo de las cuotas, en la medida que se descuentan de la nómina del empleado, por medio de un pagare”; por lo que se pensaría que es la figura crediticia menos riesgosa.

El pagaré libranza, no viene siendo otra cosa más que “un compromiso de pago a través de un contrato, el cual incorpora una obligación incondicional e irrevocable de quien la otorga, y que en caso de hacerse efectivo el pago de una suma de dinero durante un tiempo específico a otra persona, autorizando el descuento de su sueldo por nómina”.

De lo anterior se considera que se le permite a una empresa, liberar todos esos fondos que tiene comprometidos a título de créditos a su personal, ampliando así su capital de trabajo.

En síntesis, “la Libranza: Es un mecanismo de crédito y pago donde participan tres: Acreedor, trabajador y empresa, pues es un mecanismo de recaudo en el cual un trabajador adquiere un

crédito con un tercero, pero autoriza a su empleador para que le retenga un valor determinado de su salario periódicamente y se lo traslade al acreedor (banco o entidad comercial de bienes o servicios).” (Actualícese, 2009)

2.3 Partes en el Contrato de Libranza:

2.3.1 Sujetos directos

Entidad financiera u operadora: “Es la persona jurídica o patrimonio autónomo que realiza operaciones de libranza, por estar autorizada legalmente para el manejo del ahorro público o para el manejo de los aportes o ahorros de sus asociados; o aquella que sin estarlo, realiza dichas operaciones disponiendo de sus propios recursos o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley”.

Beneficiario: “Es el empleado, pensionado o prestador de servicios, quien adquiere un producto, bien o servicio que se obliga a pagar a través de la modalidad de libranza”.

2.3.2 Sujetos Indirectos:

Empleador o entidad pagadora: “Es la persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, en quien recae la obligación del pago del salario a un trabajador por la ejecución de un trabajo, o el pago de honorarios al prestador de servicios por una laborar o asesoramiento realizado. También puede ser la entidad encargada del pago de pensiones al tener la calidad de administrador de fondos de pensiones y cesantías”.

2.4 Formas o solemnidades del crédito de libranza:

Frente a las formalidades en todo negocio jurídico se tienen tres ítems claves, Absubstantianatus formalidad clave que nos muestra la existencia del negocio jurídico, Adprobationen, formalidad que nos sirve como medio de prueba , y la oponibilidad, para que tenga efectos a terceros; aquí tenemos que tiene el crédito de libranza el cual busca garantizar un contrato de mutuo , encontramos que para que exista, este solo debe de constar de una autorización del trabajador o pensionado, la cual debe constar por escrito, lo cual nos va a servir como medio de prueba, y así será oponible a terceros.

2.5 Contenido del Contrato de Libranza

Todo negocio jurídico consta de tres elementos como lo estudiábamos anteriormente, los elementos esenciales de este negocio, no es otra cosa más que la autorización del descuento directo del asalariado o pensionado en favor de la entidad operadora por parte del empleador o pagador a la entidad financiera; frente a los elementos accidentales, en este tipo de negocio jurídico no existen ya que todo deberá ser pactado.

2.6 Aplicación del Negocio Jurídico Libranza

2.6.1 Capacidad de pago y capacidad de descuento

El primer paso para gestionar el riesgo en la modalidad del crédito de libranza y cualquier otro tipo de obligación crediticia es de gran importancia tener en cuenta “la determinación precisa de la capacidad de pago y la capacidad de descuento”.

La capacidad de pago es determinada por un análisis detallado en donde se cuantifiquen todos los egresos mensuales del deudor entre los que tenemos : “servicios públicos, alimentación, educación tanto del beneficiario de la libranza como de las personas a su cargo, arriendo, impuesto puede decretar el embargo de la quinta parte del excedente del salario mínimo, gastos por salud, obligaciones financieras y demás gastos que se evidencien”, y que, por medio de la información que nos suministra el deudor y con acompañamiento de los documentos que los soportan, y se procesen debidamente frente a los parámetros que tiene establecidos cada cooperativa para “el segmento del mercado” al que pertenece el deudor y la información que el analista pueda detectar y discernir.

“La capacidad de descuento, es el porcentaje o monto que puede ser descontado del sueldo del empleado, que, para el caso de las Cooperativas, de acuerdo con el literal b) del Artículo 59 del Código sustantivo del trabajo (Ministerio del Trabajo, 2019), no puede superar un cincuenta por ciento (50%) de los salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos”.

2.6.1.1 ¿Cómo podemos segregar el riesgo?

En esta modalidad de crédito de libranza aunque sea un descuento directo a la nómina, se pueden presentar ciertas situaciones que nos conduzcan, por ejemplo, a la mora del recaudo del dinero, debido a “embargos, despidos, licencias, fallas operativas en el cargo de la nómina”. Para segregar un poco estas eventualidades se debe acordar en la libranza, principalmente, la obligación que tiene el deudor de cancelar directamente la cuota que por alguna razón o circunstancia, no pueda ser descontada por nómina, como también el replantear la política del tope máximo de descuento, siendo posible la disminución de su valor para que se puedan incluir los casos anteriormente previstos y así, el deudor pueda responder tanto por el crédito como por el imprevisto presentado sin problema alguno para las partes. Además, es preciso decir que, se debe tener la autorización expresa del trabajador, en todo caso, para que la cuota de la libranza le sea deducida de su Nómina, (acuerdo que deberá ser exteriorizado, no solo basta la voluntad de dar el permiso), puesto que ,de lo contrario la empresa podría exponerse a una demanda laboral, debido a que la ley laboral prohíbe que el empleador le descuente al trabajador valor alguno de su salario sin previa autorización del trabajador o sin orden judicial competente.

2.6.2 ¿Cómo se manejan los descuentos? ¿El empleador puede descontar libranzas de la liquidación final de prestaciones sociales?

Es mucha la cautela manejada por los empleadores, últimamente, frente a lo que pertinente en materia de los descuentos de las libranzas a sus trabajadores y posteriormente frente al pago a las diferentes entidades bancarias o comerciales con las que se haya pactado, tanto así, que es algo

normal hacer el descuento de liquidación de las prestaciones sociales cuando se presenta el retiro del trabajador, sin embargo hay dudas sobre si se debe o no hacer este tipo de descuento , ya que da lugar a que se cree confusión en el hecho que “hábilmente” algunos bancos dentro de sus formatos de libranza tienen expresa esta autorización y lo hacen firmar del beneficiario, en este caso el trabajador , es lo que posteriormente sustenta como respaldo para reclamar ante la empresa en caso que esto no se haga efectivo.

Es así que frente a un caso de un despido , es necesario el anticiparse, para así minimizar el riesgo de un posible no pago del trabajador; y para ello hay que conocer con detalle las probabilidades de que cada uno de los clientes en cartera, tenga capacidad de pago al momento de ser liquidado. Por otra parte, la empresa debería tener un contrato con un “seguro de crédito”, con el fin de agilizar el recobro y la negociación con el cliente y así es posible hacer que la empresa recupere esa cartera sin ningún tipo de riesgo.

De acuerdo con lo anterior, el empleador, que es el que en realidad corre con el riesgo, estaría blindado, o por lo menos, correría un riesgo mínimo, ante cualquier eventualidad que pudiere presentarse con sus empleados.

Debemos tener en cuenta que todo sobre el descuento por libranza o descuento directo, se encuentra que la Ley 1527 de 2012, (Ley 1527 , 2012) en donde se establece el marco general en los Artículos 1°, 3°, 5° y en el 6° en lo que tiene que ver con las obligaciones del empleador reza lo siguiente:

“«Artículo 6°. Obligaciones del empleador o entidad pagadora. Todo empleador o entidad pagadora estará obligada a deducir, retener y girar de las sumas de dinero que haya de pagar a sus asalariados, contratistas, afiliados o pensionados, los valores que estos adeuden a la entidad operadora para ser depositados a órdenes de esta,

previo consentimiento expreso, escrito e irrevocable del asalariado, contratista, afiliado o pensionado en los términos técnicos establecidos en el acuerdo que deberá constituirse con la entidad operadora, en virtud a la voluntad y decisión que toma el beneficiario al momento de escoger libremente su operadora de libranza y en el cual se establecerán las condiciones técnicas y operativas necesarias para la transferencia de los descuentos. El empleador o entidad pagadora no podrá negarse injustificadamente a la suscripción de dicho acuerdo.

La entidad pagadora deberá efectuar las libranzas o descuentos autorizados de la nómina, pagos u honorarios, aportes o pensión de los beneficiarios de los créditos y trasladar dichas cuotas a las entidades operadoras correspondientes, dentro de los tres días hábiles siguientes de haber efectuado el pago al asalariado, contratista, afiliado, asociado o pensionado en el mismo orden cronológico en que haya recibido la libranza o autorización de descuento directo.

Igualmente, el empleador o entidad pagadora tendrá la obligación de verificar, en todos los casos, que la entidad operadora se encuentra inscrita en el Registro Único Nacional de Entidades Operadores de Libranza.

Parágrafo 1°. *Si el empleador o entidad pagadora no cumple con la obligación señalada en el presente artículo por motivos que le sean imputables, será solidariamente responsable por el pago de la obligación adquirida por el beneficiario del crédito.*

Parágrafo 2°. *En caso de desconocerse el orden de giro estipulado en este artículo, el empleador o entidad pagadora será responsable por los valores dejados*

de descontar al asalariado, asociado, afiliado o pensionado por los perjuicios que le sean imputables por su descuido.» (Ley 1527 de 2012, 1º, 3º, 5º y 6º).

En la norma citada anteriormente, se hace énfasis en que “la entidad operadora o aquella que otorga los productos se encuentra en la obligación de reportar mediante extracto periódico a sus clientes, donde conste el estado del crédito, indicando en tal extracto los datos de contacto mediante los cuales dichos clientes puedan solicitar aclaraciones o reclamar ante las irregularidades o equivocaciones en su estado de cuenta, igualmente que los empleadores en calidad de entidad pagadora en una relación donde se involucra una libranza o descuento directo, se encuentra en la obligación de retener y descontar las sumas de dinero que el trabajador adeude a la entidad que otorgó el crédito o financiamiento por la adquisición de un bien o servicio conforme la expresa autorización que el mismo haya suministrado en tal sentido” .(*Ley 1527 de 2012, 1º, 3º, 5º y 6º*).

Para limitar los descuentos del salario del trabajador y respetar su derecho al mínimo vital, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, aclaro que los descuentos realizados con ocasión de embargos judiciales, el Código Sustantivo del Trabajo señala que “los jueces pueden ordenar como medida cautelar el embargo del salario del trabajador”, el artículo 154 del mismo, dispone que el salario mínimo es inembargable, el 155, indica que “el operador judicial solo puede decretar el embargo de la quinta parte del excedente del salario mínimo; pero, como excepción a lo anterior, todos los salarios, inclusive el salario mínimo, pueden ser afectados para cumplir con obligaciones alimentarias y deudas con cooperativas, hasta en un 50%”.

Con la expedición de la Ley 1527 del 2012 (Ley 1527 , 2012) el limite al descuento directo se modificó, en tanto un trabajador puede autorizar el descuento de hasta el 50% de su salario aun cuando lo que devengue sea un salario mínimo, sin que se vea afectado su derecho al mínimo vital

o vida digna, ya que los descuentos autorizados por el trabajador nacen de la mera libertad de este para acceder a créditos con un tercero o con el mismo empleador. En ambas situaciones, ante la obligación contraída, el elemento base, es la voluntad del trabajador. Esto lo reitera la Corte en su Sentencia T-864/2014 (Rocha de Rubio, 2014), el C-032/2018 (Ruiz Orejuela, 2018) y en el numeral quinto del artículo 149 del Código sustantivo del Trabajo. (Ministerio del Trabajo, 2019)

Finalmente, la Ley 1527 de 2012 (Ley 1527 , 2012) y el Código Sustantivo del Trabajo (Ministerio del Trabajo, 2019) no regulan nada en lo que concierne a las prestaciones sociales y en particular en lo referente a la aplicación de descuentos a la liquidación final que procede ante la terminación del vínculo contractual, por lo que al no referirse expresamente la Ley 1527 a dichos conceptos, se considera que no es permitido hacerlo, de lo contrario, se considera que esto desvirtuaría totalmente el objeto por el cual fueron creadas las prestaciones sociales. (Ley 1527 , 2012)

2.6.3 ¿Qué sucede cuando el cliente enfrenta un proceso ejecutivo por alimentos, y otros, por lo cual le han embargado su sueldo y aun así no tiene capacidad de pago? Enfoque normativo.

Principalmente debemos definir el concepto de la obligación alimentaria/ derecho de alimentos, según la T-500/2009 (Buendía Otero, 2009) (Ley 1564, 2012):

“El derecho de alimentos es aquel que le asiste a ciertas personas para exigir de otras el suministro de lo necesario para vivir, cuando ellas mismas no tienen la capacidad ni los medios para procurárselo por sí. La obligación de dar alimentos y los derechos que de ella surgen, tiene unos medios de protección efectiva en las disposiciones civiles (Art. 411 a 427 de Código Civil). El concepto de la obligación, las vías judiciales para

reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto y el trámite judicial previsto para reclamar alimentos para menores y mayores de edad (Art. 129 a 135 del Código de la Infancia y la Adolescencia y los artículos 435 a 440 del C.P.C.), permiten al beneficiario de la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía ante las autoridades civiles o administrativas, cuando el obligado elude su responsabilidad.”

El Código General del Proceso nos muestra la figura de la Concurrencia de embargos, en el artículo 465, nos dice (Ley 1564, 2012):

“Cuando en un proceso ejecutivo laboral, de jurisdicción coactiva o de alimentos se decrete el embargo de bienes embargados en uno civil, la medida se comunicará inmediatamente al juez civil, sin necesidad de auto que lo ordene, por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trate.

El proceso civil se adelantará hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, se solicitará al juez laboral, de familia o fiscal la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, se hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial. Dicho auto se comunicará por oficio al juez del proceso laboral, de familia o al funcionario que adelante el de jurisdicción coactiva. Tanto este como los acreedores de origen laboral, fiscal y de familia podrán interponer reposición dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo del oficio. Los gastos hechos para el embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes en el proceso civil, se cancelarán con el producto del remate y con preferencia al pago de los créditos laborales, fiscales y de alimentos. En la parte procedimental, en resumidas cuentas, si al trabajador lo

embargan, tiene créditos, además de libranzas, etc”. (Código General del Proceso, artículo465).

2.6.4 ¿Cómo se actúa procedimentalmente en los descuentos de nómina?:

Inicialmente se descuenta del salario del trabajador el porcentaje que éste debe aportar a su Salud y su Pensión. Seguidamente se debe hacer el descuento de los porcentajes correspondientes a embargos judiciales, calculados sobre el 100% del salario, y sobre el saldo del salario, es procedente la aplicación de los descuentos como libranzas, créditos, cuotas sindicales.

- Reglas para situaciones muy particulares:
 - “Si sobre el salario del trabajador ya se viene haciendo descuentos por libranzas o créditos y llega un embargo judicial, tiene prelación el embargo”.
 - “Si el trabajador tiene embargado el salario por un proceso judicial de incumplimiento o daño (Letras de cambio, pagarés o facturas no pagas, incumplimiento del contratos, daños causados) y posteriormente llega otra orden de embargo pero esta vez es por deuda de alimentos, esta última prevalece y el Empleador primero debe hacer el embargo del porcentaje ordenado por el Juez que conoce de la deuda de alimentos, calculada sobre el 100% del salario, posteriormente sobre el salario excedente, se aplica el otro embargo, siempre y cuando dicho excedente de salario esté por encima de un S.M.M.L.V”.
 - “Si se presentan dos (2) órdenes de embargo del salario del trabajador y ambos embargos son de la misma categoría (alimentos o cooperativas o deudas generales), prevalece la que primero se le notificó al empleador; sobre el excedente del salario se

aplica el segundo embargo, siempre que no se afecte los mínimos vitales que establecen los artículos 154, 155 y 156 del Código Laboral”.

En este estudio del crédito de libranza y cómo gestionar el riesgo del mismo debemos entender que se vienen evidenciando desde la década pasada una serie de diversos acontecimientos relacionados con todo lo que se relaciona a la palabra crédito, teniendo en cuenta que el concepto de riesgo ha evolucionado siendo hoy día llamado “suceso adverso”.

La evolución de en la gestión del riesgo se ha visto marcada por la utilización de un sin fin de modelos y métodos cuantitativos para mitigarlo, pero ninguno está exento de este.

El sistema del crédito tuvo su máxima en 1994 donde se dieron múltiples entradas de adjudicados y con este el choque en la morosidad tuvo sus inicios como un elemento externo en el ciclo bajista de la economía; pero, también en el nivel de eficiencia de la admisión, el seguimiento y la recuperación que había alcanzado cada entidad.

Las fuertes cuotas de mercado en el segmento de la banca comercial en América Latina, la fragilidad financiera de la región, la persistencia de choques macroeconómicos donde tienen una fuerte repercusión sobre la calidad de las carteras y aumento de las tasas de morosidad; son el pilar del riesgo crediticio.

Los diversidad de sucesos o acontecimientos ocurridos en los primeros años de la década plantearon a los “gestores” una serie de temas para reflexionar e intentar un cambio, lo cual arrojó un listado de los principales temas a tratar:

La política de riesgos, donde se analizó que posición quiere tener a medio y largo plazo, frente a los diferentes segmentos de clientes y productos y por, además, la estrategia a señalar con claridad donde no se quiere estar. su objetivo se centró en “establecer las delegaciones, las reglas y la estructura para operar y administrar la cartera de préstamos de forma eficaz”, llegando a la

conclusión que una adecuada política de crédito es la que “proporciona estabilidad a pesar de los cambios en la dirección, una referencia para los gestores, claridad para minimizar la confusión en las directrices de crédito y criterios para evaluar nuevas oportunidades de negocio”.

La implementación de métodos para lograr una optimización a la hora de analizar y calificar a cada uno de los clientes, basando esto en criterios objetivos, frente a métodos subjetivos aterrizados en la experiencia de los analistas y gestores, que busquen los factores que logran explicar la proliferación de modelos, entre ellos los más importantes son: “el incremento de la demanda de créditos que presiona sobre las actividades de estudio y concesión de operaciones, la mayor competencia entre las entidades y la importancia de la rapidez de respuesta y el ascenso de las nuevas tecnologías con la facilidad y posibilidad de manejo de grandes bases de datos, cálculos en tiempo real y entornos amigables para los usuarios”; por ejemplo, el sistema de “Credit Scoring”, que es un “sistema que permite asignar una calificación de riesgo, una puntuación a un demandante de crédito (cliente real o cliente potencial)”. Por otro lado, están los aspectos que tienen que ver con las características de los datos utilizados para diferenciar los criterios contables utilizados, “factores externos o cambios del entorno y los factores concretos de las insolvencias”.

Para mayor precisión de las primas del riesgo, se hace un análisis centrando su foco en la fuerte competencia existente en materia de precios, la cual ya tenía una gran presión por el crecimiento del balance, siendo esta una de las razones de “la reducción del diferencial” sobre los tipos de interés que están libres de riesgo y las dificultades de muchas entidades para medir con precisión las pérdidas esperadas de las diferentes categorías de “clientes y productos” y por lo tanto para medir la suficiente presión de “las primas de riesgo”, en síntesis las pérdidas esperadas según su nivel de *rating*; resumidos así:

- Vinculación entre objetivos de negocio y calidad crediticia:

Validez de los métodos para el seguimiento del riesgo vivo, siendo el foco la cartera sana y no aquella que ya ha presentado dificultades, donde la conducción del seguimiento se ve favorecida y potenciada por la implantación de los sistemas de rating, donde también debe realizarse el seguimiento sobre el buen cumplimiento de la finalidad declarada de las operaciones en curso y de las cláusulas contractuales específicas (covenants).

- Facultades y delegaciones:

La organización de las recuperaciones, siendo esta la gestión del cobro de las deudas pendientes, su admisión y seguimiento siendo este punto objeto de menor atención algunos motivos pueden ser la complejidad de los casos reales que dificultan una estandarización de los procedimientos, “la existencia de intermediarios especializados, la interconexión con ámbitos de decisiones judiciales de difícil control, la debilidad o no existencia de sistemas de información adecuados, y la debilidad de los recursos especializados”.

- Necesidad de información de gestión específica:

A partir de la segunda mitad de la década pasada surgen modelos modernos de riesgo de crédito siendo un desarrollo natural de los modelos de riesgo de mercado, pero también siendo estos el reflejo de que el riesgo de crédito no ha perdido actualidad, un ejemplo de ellos son los episodios de “la llamada crisis asiática durante 1997 y sus posteriores ramificaciones e influencias”; otra razón es el avance en la superación de las deficiencias de la regulación actual que específicamente asigna unas medidas para disminuir el riesgo de crédito de forma excesivamente incrementada.

Es preciso resaltar que un buen modelo de riesgo entonces es aquel que “cubre varios objetivos a la vez y puede y debe utilizarse para distintas aplicaciones”. El objetivo general “es ayudar a

cuantificar, agregar y gestionar el riesgo”, teniendo en cuenta factores tales como los diferentes niveles de calificación crediticia, las líneas de productos, las zonas geográficas y el ciclo económico, la pérdida de créditos a un determinado horizonte, por ejemplo, a un año. No podemos dejar de lado que las mediciones de las pérdidas de crédito dependen de tres variables; la probabilidad de cambio de calidad crediticia de cada contraparte, la exposición de crédito que tiene la contraparte al final del horizonte de medida y la tasa de pérdida condicionada a la realización del evento insolvencia en algunas modalidades.

Toda esta problemática ha sido objeto de estudio muy de la mano con el derecho para lograr gestionar todo lo que sea tomado como un suceso adverso. Por ello, se hace necesario hacer un breve recuento de como el derecho civil y comercial, donde los dos campos hacen un análisis del riesgo contractual en Colombia, y para poder observar una posible solución se deben analizar la diferencia entre estos dos campos del Derecho.

En el régimen civil, en lo que respecta a la teoría del riesgo, para aquellas obligaciones diferentes de “dar o entregar un cuerpo cierto” las asume el deudor, pero en caso tal de ser una obligación de esta clase, la pérdida deberá ser asumida por el acreedor. En materia mercantil la regla general, independientemente de si nos encontramos frente a una obligación de dar, hacer o no hacer, la pérdida le corresponde al deudor.

En materia de la teoría de los riesgos, las regulaciones normativas en ambos regímenes tienen visiones completamente opuestas, cabe resaltar que las diversas disposiciones normativas no constituyen un “absoluto”, por cuanto existen ciertas “excepciones” que las limitan; pero solamente en aquellos casos en los cuales nos encontremos con un contrato civil, cuya obligación contractual sea la de ejecutar una prestación de “dar o entregar una especie o cuerpo cierto” y se llegue a presentar algún tipo de imposibilidad fortuita para que se lleve a cabo el cumplimiento de

dicho contrato, será el acreedor quien deberá correr con el riesgo y cumplir con su respectiva contraprestación; pero, si el contrato es de naturaleza mercantil, el acreedor será quien se libere de efectuar su contraprestación; esto siempre y cuando no nos encontremos en alguna de las excepciones amparadas por la ley.

En materia civil, nos acogemos en nuestra legislación al principio de “*res perit creditori*”, y la razón es que en Colombia hay una especie de separación en cuanto al “concepto y el efecto” del título que soporta un derecho y su “obligación correlativa”, y el “modo” en que son jurídicamente realizados.

En el artículo 1607 del Código Civil (Ley 84, 1873), solo se hace alusión al riesgo contractual, el cual estipula que “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega”.

Ya el artículo 1604 del mismo código, contempla la mora del deudor para aquellos casos en los cuales hay un caso fortuito, donde “solo deberá el deudor, en estos casos, la indemnización de los perjuicios ocasionados por la mora o los “perjuicios moratorios”, desde el momento del pago de la obligación de dar hasta la pérdida del bien por fuerza mayor compartido por el deudor y el acreedor. Pero, se requieren dos requisitos, “1) el caso fortuito ocurrió una vez el deudor se constituyó en mora, y, 2) que dicha pérdida del bien de “especie o cuerpo cierto” por caso fortuito hubiese ocurrido de igual manera, así el acreedor tuviera en ese momento la posesión material de la cosa” (Código Civil, artículo 1604).

De acuerdo con estos dos artículos el deudor no es responsable de la pérdida del bien, por fuerza mayor o caso fortuito, de “especie o cuerpo cierto” y aun en mora el bien, si de igual manera

hubiere perecido en manos del acreedor del bien de especie o cuerpo cierto por el mismo caso, este solo esta obligado a pagar los perjuicios moratorios, y conservara el bien.

Pero en la teoría del riesgo en materia civil con relación al artículo 1604 y la aplicación del principio es evidente que “se establece la responsabilidad del deudor, conforme al cual, si el deudor no se encuentra en mora de entregar y ha cuidado la cosa con la diligencia debida, no podrá reprocharle el acreedor que se haya presentado la extinción de su crédito a pesar de que sea imposible satisfacer su pretensión”, pero, excepcionalmente , la comentada solución se invierte respecto de las ventas a prueba o de cosas de género que deban ser “contadas, pesadas o medidas” o de las ventas sujetas a condición suspensiva, o de la asunción por el deudor del caso fortuito, o de la venta de un conjunto de cosas de género, siendo así que en estos casos el riesgo deberá ser asumido por el vendedor.

En el caso de aquellos contratos que no sean constituidos por una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto, se aplicara el principio en el cual “la cosa perece para el deudor” sea por ejemplo “el contrato de obra, de arrendamiento de cosas o de sociedad” como lo dice Tamayo Lombana.

Finalmente, se puede concluir que:

En materia civil, la teoría de los riesgos solo se aplica para aquellos casos en donde se consagran obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, independientemente que el problema de los riesgos no es excluido de este tipo de obligaciones, sino que se puede presentar en todas sus clases, se adopta como principio el “*res perit creditori*”, la disolución de un contrato se da de forma “*ipso iure*”, donde la función del juez “se limita a la verificación del acaecimiento del caso fortuito, la disolución del contrato conlleva efectos retroactivos, devolviendo a las partes a la situación anterior a la celebración del contrato, dicha disolución no genera efecto frente a los terceros poseedores”, y finalmente, hoy en día, doctrinalmente hablando se prefiere utilizar la

teoría moderna “mixta”; donde se establece que: “en caso de que sea imposible la ejecución para una de las partes de la obligación debido a la ocurrencia de un caso fortuito, implica la disolución del contrato”. Ya en lo que comprende la parte del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) inicialmente se establece como principio general en el contrato de compraventa el “*res rerit debitori*”, que no establece regla aplicable a los contratos bilaterales cuando se hace imposible su ejecución por una de las partes por la ocurrencia de un caso fortuito inimputable y es resuelto por el Código Civil aplicando el principio del “*res perito creditori*”, donde el impase de la ley mercantil, por no tener una regulación para los contratos bilaterales cuyo objeto sea diferente a dar o entregar una especie o cuerpo cierto, cuando debido a la ocurrencia de un caso fortuito que no pueda ser imputable a las partes y por el cual se haga imposible la ejecución de la obligación, dando la doctrina como solución a esta situación la moderna teoría mixta conforme a la cual las dos partes quedarían exoneradas de sus correlativas obligaciones debido a la disolución del negocio jurídico.

2.6.5 ¿Qué pasa si el contrato de trabajo termina y aún existe saldo con el Banco?

Este sería uno de los interrogantes más frecuentes debido a la realidad laboral de nuestro país y modelos de contratación donde ya paso a un tercer plano la contratación a término fijo; pero esto no tiene nada de problemático puesto que “cuando el trabajador autoriza por escrito a su empleador para que le retenga parte de su salario para hacer efectivo el pago de la cuota periódica al Banco o Entidad Financiera, debe también autorizar en el mismo documento al empleador a retener de las prestaciones sociales e indemnizaciones a que tenga derecho por el valor de las cuotas que faltan por pagar”, por otro lado, si la liquidación final de prestaciones sociales no alcanza a cubrir la

totalidad del saldo, hay dos opciones: La primera, “es hacer efectivos los pagarés o cobros que fueron exigidos, al momento de prestarle dinero a un trabajador a través del sistema de Libranza”. La segunda, es que, “al no existir codeudores, el Banco o Entidad Financiera tendrá que permitirle al trabajador que ya no labora en la empresa que siga pagando directamente en sus dependencias las cuotas faltantes”.

3. Régimen De Garantías Mobiliarias:

“La institución de las garantías mobiliarias tiene su origen en el Derecho Romano, ya que una obligación, para ellos, podía ser garantizada de maneras distintas. Por un lado, se buscaba el obligar a un tercero en favor del deudor de la obligación en caso de que este llegare a incumplir con lo pactado, y por otra parte se podía entrar a garantizar la obligación respondiendo con una cosa de la que fuera titular el deudor y la cual pasara a cabeza del acreedor en caso de incumplimiento.”(Arangio Ruiz, Caramés Ferro, & Elguera, 1986).

3.1 Normatividad:

- Ley 1676 de 2013 (Ley 1676, 2013)
- Decreto 400/2014: Nos habla del funcionamiento del registro de garantías mobiliarias. (Decreto 400, 2014)
- Decreto 556/2014: Añadió a la Ley 1676 del 2013 la reglamentación de la actividad del evaluador. (Decreto 556, 2014)
- Circular externa 032 de septiembre de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia (Superintendencia Financiera de Colombia, 2015). 1. Criterios para determinar el valor de las garantías de los créditos. Para bienes muebles el valor está determinado con un avalúo técnico con vigencia de un año. 2. Modificar la valuación, calificación y provisionamiento de cartera. Incluye las garantías mobiliarias como garantías idóneas en

créditos comerciales. Para efectos de Provisiones para créditos comerciales vencidos, aplican los siguientes criterios: tiempo de mora de 0 a 12 meses de las garantías hipotecarias 70% y las garantías mobiliarias 70%; para un tiempo de mora de 12 a 24 meses serán para ambas de un 50%.

- Resolución 103590 de 2015 de la SIC modifico la circulas única de 2001 sobre el “Procedimiento de inscripción en el Registro Especial de las garantías mobiliarias sobre los derechos de propiedad industrial”.
- Resolución 100-001920 de la Superintendencia de Sociedades. Mayo de 2016 Lista de evaluadores de la Superintendencia de Sociedades autorizados: Se autorizan para valuar en liquidaciones judiciales los Avaluadores, Tasadores y demás términos asimilables a ellos. Se excluyen los que hayan sido sancionados por entidades de autorregulación. Lista actualizada está disponible en el Registro Abierto de evaluadores.
- Decreto 1349 de 2016 (Decreto 1349, 2016): “Por el cual se adiciona un capítulo al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015”. (Decreto 1074, 2015) , ademas hace referencia a la “circulación de la factura electrónica como título valor y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 466 de 2016 (Decreto 466, 2016): “en este decreto se adiciona un literal sobre las garantías no admisibles; Garantías no admisibles.” y lo cita textualmente así: “No serán admisibles como garantías o seguridades para los propósitos de los Títulos 2 y 3 del presente Libro, aquellas que consistan en la entrega de títulos valores, salvo que se trate de la pignoración de títulos valores emitidos, aceptados o garantizados por instituciones financieras o entidades emisoras de valores en el mercado público. Tampoco serán garantías admisibles para un establecimiento de crédito las acciones, títulos valores,

certificados de depósito a término, o cualquier otro documento de su propio crédito o que haya sido emitido por su matriz o por sus subordinadas, con excepción de los certificados de depósito emitidos por almacenes generales de depósito”.

- Resolución 2215/17 de Mincit: Manual de Funcionamiento Registro de Facturas Electrónicas REFEL.
- Resolución 0294/18 de Mincit Manual de Funcionamiento de los Sistemas de Negociación Electrónica de Facturas Electrónicas.
- Mayo 28 Circular de Ministerio de Transporte No 20184000206231 Organismos de Transito a Nivel Nacional Transferencia de Propiedad de Vehículos automotores por efecto de la ejecución de una garantía mobiliaria.

3.2 Desglose:

3.2.1. *Objeto:* Teleología:

“Garantías Mobiliarias es un Servicio Empresarial que busca incrementar el acceso al crédito de las empresas, en especial **PYMES**, operará a través de un sistema de archivo, de acceso público a la información de carácter nacional, teniendo por objeto dar publicidad a través de Internet, en los términos de la ley 1676 de 2013 (Ley 1676, 2013), a los formularios de la inscripción inicial, de la modificación, prórroga, cancelación y ejecución de garantías mobiliarias”.

“El registro en conjunto con los otros elementos contenidos en dicha ley, tienen adicionalmente como propósito mejorar el ambiente de negocios y entorno empresarial, mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria

simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas.” (Confederación Colombiana de CAM, 2013).

En síntesis, el propósito de las Garantías Mobiliarias; es el incremento en el acceso al crédito mediante “la ampliación de bienes, derechos o acciones”, que pueden ser objeto de garantía mobiliaria, simplificando la “constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas”.

3.2.2. Definiciones:

La definición de Garantía mobiliaria nos la trae la Ley 1676 de 2013 (Ley 1676, 2013) y se refiere a:

“toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación”.

Las garantías mobiliarias a las cuales hace referencia la Ley 1676 del año 2013:

“se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento

de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía”.

Principalmente debemos tener en cuenta que está clara la motivación para la expedición de esta ley, por su parte, la Superintendencia de Sociedades ha sido bastante enfática al indicar que para el año 2011 sólo el 12% de las **PYMES** tenían acceso a créditos efectivos por parte de las entidades financieras. Por lo anterior, lo que esta ley tiene como finalidad entonces es que se pueda generar un cambio en el régimen de garantías, para que este tipo de empresas (**PYMES**) puedan acceder de forma efectiva a los diversos canales de financiación para que aumenten su productividad y los ayuden a estabilizarse financieramente. En nuestro país, Colombia, se ha hecho una búsqueda constantemente por parte del gobierno nacional de estas modalidades efectivas de acceso para que las personas tanto naturales como jurídicas puedan acceder a productos del sistema financiero con mayor facilidad, y esto va ligado de manera especial al cambio impulsado en la ley 1676 de 2013.

Pero, encontramos al autor Bonilla Sanabria, el cual nos hace un llamado de atención ya que debemos tener en cuenta los factores económicos que la ley no puede controlar, tales como “el valor líquido de ciertos bienes”, y además nos cita que será el mismo mercado, compuesto por las instituciones de crédito y las **PYMES**, el que desarrolle la forma más eficaz de “convertir en patrimonio líquido los bienes dados en garantía”.

“Si bien es acertado que la reforma haya buscado aumentar el número de bienes o derechos susceptibles de servir de garantía, también es cierto que dicho aumento depende del desarrollo que en la práctica tengan los mecanismos de liquidez de los nuevos bienes o derechos que pueden usarse como garantía. Según el tipo de bienes, estos serán más o menos líquidos, y lo son o serán

por razones que exceden la lógica del legislador de garantías. Este asunto de la liquidez de los bienes dados en garantía no se encuentra regulado en la ley, ni debería haberlo sido en razón a que es un tema de mercado y deberá ser desarrollado por el mismo de forma paulatina. Por lo tanto, serán las entidades de crédito, y en general los acreedores dispuestos a recibir este tipo de bienes en garantía, quienes tendrán un interés y por lo tanto un incentivo para contribuir al desarrollo de mecanismos de valoración de los bienes o derechos que no tienen un mercado secundario líquido”. (Bonilla Sanabria F, 2014).

3.2.3. Sujetos:

3.2.3.1. Directos:

- *Acreedor garantizado:* “Sera toda persona natural, jurídica, patrimonio autónomo, o entidad gubernamental en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin tenencia”.
- *Deudor:* “Es la persona a la que corresponda cumplir una obligación garantizada propia o ajena”.
- *Garante:* “Aquella persona natural, jurídica, entidad gubernamental o patrimonio autónomo, sea el deudor o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria; el término garante también incluye, entre otros, al comprador con reserva de dominio sobre bienes en venta o consignación, y al cedente o vendedor de cuentas por cobrar, y al cedente en garantía de un derecho de crédito”.

3.2.3.2. *Indirectos:*

El comprador o adquirente en el giro ordinario de los negocios: “Es un tercero persona natural o jurídica actuando de buena fe que no tiene conocimiento de que esa venta se hace en violación de los derechos de un acreedor garantizado, los compra o adquiere y toma posesión de estos al valor de mercado, de un garante dedicado a comerciar bienes del mismo tipo que los bienes sujetos a la garantía mobiliaria, dentro del giro ordinario de sus negocios. Estarán exceptuados de esta categoría los parientes del garante dentro del cuarto grado de parentesco por consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, los socios de sociedades de personas, sus representantes legales, sus promotores, interventores o liquidadores”.

3.3 Formas o solemnidades:

En este tipo de contrato para que exista y nos cumpla con la formalidad “Adprobatoren” debe constar por escrito y además la inscripción en los respectivos registros, este tipo de solemnidad nos sirve para generar efectos hacia terceros del negocio jurídico que se está generando, dicho lo anterior, debemos tener en cuenta que el de régimen del garantías mobiliarias nos ubica en el marco de un acreedor preferente, el cual me otorga un derecho especial de persecución frente al bien objeto de la correspondiente garantía ; ¿qué quiere decir?, que los demás acreedores tienen que conocer mi condición para que así se pueda dar por perfeccionado esta solemnidad y se hace necesario en el régimen de garantías mobiliarias la inscripción de las medidas en los registros pertinentes para así generar un efecto de publicidad. Las garantías mobiliarias constituidas conforme a los requisitos de la Ley 1676 del año 2013 (Ley 1676, 2013) responden

de acuerdo al principio “*prior tempore potior iure*” lo cual conlleva como implicación el que estas garantías constituidas con arreglo a la citada ley sobre un mismo bien deban ser graduadas sobre el orden de registro del gravamen. Esta regla es aplicable inclusive para garantías sobre bienes muebles constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de garantías mobiliarias, ya que dichos gravámenes prevalecerán sobre las garantías mobiliarias siempre que hubiesen sido registradas en el Registro Mercantil y su titular haya migrado dicho registro al nuevo Registro de Garantías Mobiliarias.

3.3.1. Contenido:

La Ley 1676 simplificó su constitución al mencionar en su artículo 14 las condiciones para que se pueda constituir una garantía mobiliaria a saber: “a. Nombres, identificación y firmas de los contratantes. b. El monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria. c. La descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía. d. Una descripción de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras o de los conceptos, clases, cuantías o reglas para su determinación implícitos en el contrato de Garantía Mobiliaria que deberá ser sometido a inscripción y registro. Siendo estos los elementos esenciales y naturales del contrato de régimen de garantías mobiliarias”.

Instituciones jurídicas: venta con reserva del dominio, prendas, garantías y transferencias por cobrar, compras y cesiones en garantía, consignación con fines de garantía, derecho de retención, anticresis,

3.3.2. Conflictos:

- *Conflictos de prelación:* estos conflictos se resuelven teniendo en cuenta la regla básica que nos dice que las garantías mobiliarias “no pueden tener prelación sobre el derecho de un tercero a menos que esa garantía sea oponible a ese tercero, y que las formas de oponibilidad dependen del tipo de bien que se está gravando. Según criterio cronológico, **“prior tempore, potior jure”** está vinculado a la existencia de un registro público . cuando concurren conflictos entre acreedores garantizados y ordinarios y entre garantías concurrentes sobre los mismos bienes”. (Decreto 400, 2014).
- *Solución alternativa de conflictos:* el artículo 78 de la Ley 1676/2013 nos dice: “cualquier controversia que suscite respecto a la constitución, interpretación, prelación, cumplimiento, ejecución, y liquidación de una garantía mobiliaria, puede ser sometida por las partes a conciliación, arbitraje, o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos”
- *Procesos de ejecución:* “cualquier acreedor puede exigir la entrega de los bienes (art. 75 Ley 1676/2013)”.

3.3.3 Opciones para la resolución de conflictos:

- Pago por consignación.
- Proceso judicial.
- Proceso de ejecución especial.

Sucedan además dos casos muy particulares de resolución de un posible conflicto y son:

- la “*Entrega por pago directo (voluntaria)*”: donde el proceso que se debe seguir es la notificación por la dirección electrónica del deudor del RGM y este tendrá 5 días para hacer la entrega del bien o acudir a la autoridad jurisdiccional competente. Cuando no procede la entrega voluntaria; el acreedor o el tercero que adquiere ere el bien, podrán solicitar a la autoridad jurisdiccional que ordene la aprehensión del bien, para esta diligencia, serán competentes el notario o funcionario de la cámara de comercio, presentando el contrato o el soporte de las modificaciones o acuerdos posteriores. Enfáticamente, debe hacerse la inscripción del formulario de RGM , dar aviso al deudor y al garante; este formulario deberá ser remitido a los otros acreedores en un término de cinco días. Por su parte, la aprehensión del bien, entrega voluntaria o judicial, dependerán del avalúo del bien, el resultado de este avalúo determinara si es mayor o menor su valor al de la obligación, para así poder dar por terminada la ejecución con la apropiación del bien en pago.
- *Ejecución especial*: Aquí se deberán tener en cuenta los siguientes interrogantes:

3.3.4 ¿Quién hace la entrega del bien?

Funcionario comisionado o la autoridad de policía.

3.3.5. ¿A quién se le hace la entrega?

- Acreedor.
- -Tercero adquirente.

- -Tercero indicado por el acreedor.

3.3.6. ¿Qué pasa si no es posible hacer la entrega del bien?

- El deudor garante tendrá la custodia o guarda del bien.
- Se deshabilitará el uso del bien.

3.3.7. Ejecución en Casos Especiales:

- Títulos de crédito y documentos negociables - facturas como bienes atribuibles (art 69#2).
- Bonos y acciones.
- Garantías constituidas sobre cesantías y fondos de pensiones voluntarias.

3.4 Competencia Ejecución Especial:

3.4.1. Entidades autorizadas:

- Notarios.
- Cámaras de comercio.
- Centros de conciliación.

3.4.2. Competencia jurisdiccional

- Juez competente.
- Superintendencia de sociedades.
- Arbitro.

3.5 Modelo Nuevo de Ejecución de Garantías: Ejecución Especial en Línea

3.5.1. Normatividad

- Ley 1676 de 2013.
- Decreto 1835 de 2015.
- Resolución 001 de 2015.
- Resolución 1196 de 2016.

3.5.2. Aplicable para

- Expedientes centralizados.
- Insumos del registro de garantías mobiliarias.
- Asignación de casos a cualquier centro.
- Notificaciones automáticas a las partes (deudores, acreedores y concurrentes).
- Reportes de gestión.
- Repositorio de documentos.

- Expedientes digitales, exportables y completamente en línea.

3.6 Procedimiento:

Se debe hacer la inscripción del registro, después se envía una copia al garante y a los demás acreedores que aparezcan inscritos; seguidamente se da un plazo de cinco días para presentar oposiciones por la contraparte, la autoridad competente decidirá y se pasara finalmente a proceder con la venta del bien.

4. Conclusión

De acuerdo a lo estudiado anteriormente sobre el Régimen de Garantías Mobiliarias se pueden evidenciar las siguientes consideraciones:

1. rente al negocio jurídico crédito de libranza podemos concluir que, como herramienta de recaudo del pago de obligaciones autorizadas por el trabajador o pensionado, siendo un ejemplo cierto de un contrato de mutuo y debido a su manejo, se amplía la capacidad de consumo de productos en el mercado nacional y el riesgo que se maneja frente a la pérdida de cartera que se emplea con esta modalidad es casi nulo, ya que por ser un descuento directo donde se hace efectivo el pago por parte del empleador, la protección para este que nos regalan la jurisprudencia y las leyes laborales y demás, en caso de despido y demás posibles situaciones frente a la exigibilidad del pago, lo hace un sistema seguro frente a otro tipo de cedritos.

2. Este nuevo sistema de garantía crediticia que desde hace mucho tiempo ya se implementa en otros países, busca incrementar, ampliar todo un panorama de posibilidades a todos los que estén interesados en acceder a una financiación o acceso a un crédito, pero se habían visto impedidos ante la imposibilidad de poder ofrecer garantías sobre bienes muebles e inmuebles; además, lo que esta ley busca entonces es que se pueda dar un cambio en el régimen de garantías, para que empresas como las **PYMES** puedan acceder de forma efectiva a canales de financiación que aumenten su productividad y los ayuden a estabilizarse financieramente.

Para concluir, en primer lugar, es preciso decir que la Ley de Garantías Mobiliarias no supuso una derogatoria del Régimen de Prelación de Créditos consagrado en nuestro Código Civil; puesto

que, está claro que el acreedor garantizado obtiene un derecho de preferencia “especial” que, por lo mismo, no se encuentra regulado en las normas del Código Civil, sino en el Régimen particular de la Ley 1116 de 2006 y las posteriores normas de la Ley de Garantías Mobiliarias.

En segundo lugar, la problemática parece radicar en una equivocada comprensión de las normas sobre los procesos de reorganización y liquidación judicial que contempla la ley de Garantías Mobiliarias.

Por su parte, la preferencia “especial”, opera bajo el criterio de la especialidad de la Ley, además, esta condición se justifica en la medida en la que surge con ocasión de la manifestación de la voluntad que realiza el acreedor garantizado de renunciar a los beneficios que le confiere su garantía. Finalmente, la condición especial debe ser entendida como un efecto de la modificación del Régimen de Garantías Mobiliarias en virtud del cual se optimizan los medios de ejecución de las Garantías Mobiliarias en todos los escenarios de ejecución posibles.

Por lo anterior, es posible concluir que la Ley de Garantías Mobiliarias no deroga el Régimen de Prelación de Créditos no hizo nada más allá que consagrar algunas disposiciones de carácter especial que establecen una “prelación especial” propia de los procesos contemplados en la Ley 1116 de 2006, necesarios para asegurar la efectividad de las Garantías Mobiliarias.

Referencias Bibliográficas

Actualícese. (2009). *Embargos, libranzas, créditos, descuento de seguridad social: ¿En qué orden se descuentan del salario?*

Albaladejo , M. (2002). *El Negocio Juridico* . Barcelona: Bosch.

Buendía Otero, M. E. (20 de Enero de 2009). *Sentencia T-500*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-500-09.htm>

Confecoop. (2018). *Ley 1902 de 2018. Ajustes a la ley de libranzas*. Obtenido de <https://confecoop.coop/actualidad/actualidad-2018/ley-1902-de-2018-ajustes-a-la-ley-de-libranzas/>

Confederacion Colombiana de CAM. (2013). *Finalidad*. Obtenido de <https://www.garantiasmobiliarias.com.co/Informacion/Finalidad.aspx>

Contreras Ospina, J. A. (s.f.). *Trabajo de grado*. Obtenido de <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2675/Trabajo%20de%20Grado%20-%20Jos%C3%A9%20Alberto%20Contreras%20Ospina.pdf?sequence=1>

Corte Constitucional. (11 de Abril de 2016). *Sentencia T168*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-168-16.htm>

Corte Constitucional. (11 de Abril de 2016). *Sentencia T-168/16*. Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-168-16.htm>

Corte Constitucional. (16 de Septiembre de 2016). *Sentencia T510*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-510-16.htm>

Corte Constitucional. (15 de Noviembre de 2016). *Sentencia T-629/16*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-629-16.htm>

Corte constitucional. (2 de Mayo de 2018). *Sentencia C-032*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-032-18.htm>

Decreto 1074. (26 de Mayo de 2015). *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo."* . Obtenido de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2015/Decretos2015/DECRETO%201074%20DEL%2026%20DE%20MAYO%20DE%202015.pdf>

Decreto 1348. (2016). *"Por el cual se reglamentan la revelación de información y la gestión de riesgos en la venta y administración de operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, se adiciona un capítulo al título 2 de la parte 2 del libro 2 y se modifi."* Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201348%20DEL%2022%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf>

Decreto 1349. (22 de Agosto de 2016). *Por el cual se adiciona un capítulo al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, referente a la circulación de la factura electrónica como título valor y se dictan otras disposiciones.* Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=75854>

Decreto 400. (24 de febrero de 2014). *por el cual se reglamenta la Ley 1676 de 2013 en materia del Registro de Garantías Mobiliarias y se dictan otras disposiciones.* Obtenido de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1850598>

Decreto 410. (27 de Marzo de 1971). *Por el cual se expide el Código de Comercio.* Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Decreto 4334. (2008). *por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008.* Obtenido de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1544970>

Decreto 466. (17 de marzo de 2016). *por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la inclusión de las garantías mobiliarias como garantías admisibles.* Obtenido de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30023903>

Decreto 556. (14 de Marzo de 2014). *Por el cual se reglamenta la Ley 1673 de 2013* . Obtenido de

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2014/Documents/MARZO/14/DECRETO%20556%20DEL%2014%20DE%20MARZO%20DE%202014.pdf>

Gerencie. (7 de Marzo de 2019). *Nómina*. Obtenido de <https://www.gerencie.com/nomina.html>

Gil Montaña, I. R. (2018). *Nuevo contrato de garantías mobiliarias, implicaciones contractuales frente al contrato de prenda*. Obtenido de

<http://bdigital.unal.edu.co/64854/3/IvanGil.2018.pdf>

Insolvencia. (3 de Diciembre de 2013). *Limites a los descuentos por libranzas*. Obtenido de <https://insolvencia.co/limites-a-los-descuentos-por-libranza/>

Ley 1527 . (27 de abril de 2012). *Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1527_2012.html

Ley 1564. (12 de julio de 2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Ley 1676. (20 de Agosto de 2013). *Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1676_2013.html

Ley 1902. (22 de Junio de 2018). *Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de <https://actualicese.com/normatividad/2018/06/22/ley-1902-de-22-06-2018/>

Ley 1902. (2018). *Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de https://www.google.com/search?q=ley+1902+de+2018&rlz=1C1OKWM_esCO831CO831&oq=Ley+1902+&aqs=chrome.1.69i57j0i5.3850j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Ley 84 . (26 de Mayo de 1873). *Codigo Civil Colombiano*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Ministerio del Trabajo. (2019). *Código Sustantivo del Trabajo*. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Ordúz Bohórquez. (2013). *Los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Ortiz Romero, F., & Vivas Ruiz, C. J. (2015). *Régimen actual de garantías mobiliarias - Ley 1676 de 2013: una mirada desde la ejecución de las garantías y la prelación*. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/34463/OrtizRomeroFederico2015.pdf?sequence=1>

Ramos Galindo, F. (2013). *Ejecución de garantías mobiliarias en Colombia según la Ley 1676 de 2013*. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15103/1/Ejecuci%C3%B3n%20de%20garant%C3%ADas%20mobiliarias%20en%20Colombia%20seg%C3%BAn%20la%20ley%201676%20de%202013.pdf>

República Francesa. (1804). *Código Civil de Francia*. París.

Rocha de Rubio, A. B. (12 de Noviembre de 2014). *Sentencia T-864*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-864-14.htm>

Rodríguez de Uribe, Y. (16 de Septiembre de 2016). *Sentencia T-510*. Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-510-16.htm>

Ruiz Orejuela, W. (2 de Mayo de 2018). *Sentencia C-032*. Recuperado el 2019, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-032-18.htm>

Sentencia T-269, Personas en Situación de Discapacidad (Bogotá 23 de Mayo de 2016).

Superintendencia Financiera de Colombia. (24 de Septiembre de 2015). *Circular Externa 032*. Obtenido de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8OjhfNnXAkWJ:https://www.superfinanciera.gov.co/descargas%3Fcom%3Dinstitucional%26name%3DpubFile1014990%26downloadname%3Dce032_15.doc+%&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (12 de Junio de 2014). *Sentencia n° 2014-02276 de Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección segunda*. Recuperado el 2019, de <https://jurisprudencia.vlex.com.co/vid/641138913>

Vilariño, A. (2000). *La gestión del riesgo de crédito* .