

Panamá, 14 de junio de 2002.

Doctor

Carlos A. Barsallo P.

Comisionado Presidente de la Comisión Nacional de Valores

E. S. D.

Señor Comisionado Presidente:

Con agrado le brindo mi parecer jurídico a su consulta Administrativa identificada CNV-COM-50-2002, relacionada a la aplicación de las normas especiales de la Comisión Nacional de Valores (en lo sucesivo la C.N.V) que regulan la ejecución de los créditos de las empresas dedicadas al negocio y a la actividad bursátil, en procesos de intervención o de liquidación forzada.

Como quiera que la Ley 38 de 2000 obliga a que las consultas elevadas a esta Procuraduría se refieran a un caso específico y concreto, hemos preguntado a la entidad consultante cuales son las razones fácticas que han originado la consulta, y se nos ha informado que si bien no existe una relación directa entre una liquidación o intervención de un Agente de Bolsa, se desea tener claridad respecto de la solución jurídica sobre el tema consultado.

Así las cosas, es de suyo recordar que este proceso de liquidación ha tenido, como bien ha expresado la entidad consultante, una trascendencia jurídica relevante, y precisamente en este momento se discute si el Banco Nacional de Panamá (BNP) ha tenido el derecho de ejecutar por sí mismo, la prenda bancaria que poseía a favor de su acreencia.

Ahora bien, sin abordar directamente la situación del BNP, relacionaremos este Dictamen con esa problemática para ejemplificar la respuesta y que ésta sea lo más clara posible. Con todo y ello hay que aclarar que, aunque se trate de un mero

ejemplo, el BNP no puede ser tratado como un ente público revestido de todas sus características, pues al ser un ente financiero, se rige por el Derecho Privado¹.

Advertencia previa.

Es forzado para este despacho, antes de dejar enunciado su parecer jurídico respecto de la cuestión consultada advertir que, si bien esta consulta dice relación con una compleja categoría jurídica: la aplicación de los poderes regulatorios de la administración en caso de duda respecto de la interpretación de normas legales incompletas; la solución o punto de vista jurídico que se brinde, no puede ser el único ni el más importante eje de apoyo a la adopción de una solución definitiva. Antes bien, la problemática es mucho más compleja y no se puede resumir en una cuestión de derecho. Involucra un estudio más prolijo y posiblemente reformas legales

En otras palabras, la complejidad de las tareas por emprender necesariamente debe tener de presente la visión jurídica de la posible solución, pero más importante que ella, es la visual a futuro que se tenga de una la regulación pública. Y esto último depende mucho del marco de proyección político institucional de la propia Nación panameña.

En el sentido aludido de la compleja averiguación del verdadero sentido de la ley en esta materia, hasta organismos reguladores de la actividad financiera como la propia Superintendencia de Banca, en su momento ha tenido dudas².

¹ Ciertamente, si bien el BNP ha sido creado por autorización del legislador y por ser una sociedad legalmente constituida tiene personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, no se dan en él todos los requisitos que según la norma de derecho público caracterizan los establecimientos públicos, a saber:

No está encargado de atender principalmente funciones administrativas, conforme a las reglas del Derecho Público, sino que de acuerdo con las leyes y el contrato social que lo rigen, sus funciones son principalmente de carácter económico.

Es decir que si bien el BNP reúne algunos de los requisitos para decir que un ente público ordinario, pues su capital no está “constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial”, sino que se refiere a ingresos netamente especulativos y propios de actividades lucrativas de tipo comercial.

Por otro lado, la circunstancia de que el Banco tenga un régimen legal propio, conformado por su ley especial, que no reviste el carácter de estatutaria ni de orgánica, y por sus estatutos, que tienen un campo específico de regulación, no significa que dicho régimen sea único y excluyente, porque en modo alguno ha regulado todo el sistema jurídico, comprensivo de la normatividad que le puede ser aplicable en desarrollo de sus funciones y operaciones, o a sus funcionarios y trabajadores. Por lo tanto, no se excluye la posibilidad de la aplicación, al Banco y a sus servidores, de normas contenidas en los Códigos Civil, Comercial, Penal y en otros estatutos.

² Afirmamos esto con fundamento en la Nota SB-DJ-1381-2001 del 26 de noviembre de 2001, contenida en el expediente administrativo correspondiente, en donde luego de tener noticia de la consumación de la puesta en el mercado libre de valores, de las acciones que tenía en Banco Nacional de Panamá; la Superintendencia afirma: “No obstante todo lo anterior, de considerarse perfeccionada la transacción en Bolsa, al vender el Banco Nacional de Panamá títulos valores pignorados y luego adquiridos de vuelta, transacción que enrarece el mercado de valores, se deberá considerar también satisfechas la totalidad de las obligaciones garantizadas de Banco DISA para con el Banco Nacional de Panamá, quedando incluso un saldo en exceso que deberá ser

Ciertamente, las normas por interpretar, según afirma el hoy día consultante en su nota COM-CNV-402-01, “tienen lectura diferente” para algunos organismos públicos como la Superintendencia y el BNP.

Consideraciones y dudas de derecho:

De la *consulta de marras*, parece deducirse que la cuestión de derecho, o sea la indagación del querer del legislador y la normativa mercantil en materia de derechos reales; es realmente compleja y por ello subordina los hechos y las consideraciones fácticas.

Por tanto, desde nuestra perspectiva jurídica, la presente *consulta* dice relación con las siguientes instituciones de derecho:

1. El valor de los contratos de prenda mercantil en donde el bien pignorado es un título valor.
2. El contexto de la contratación mercantil como condicionante del derecho aplicable.
3. El papel regulatorio de las entidades públicas en materia del negocio mercantil de financiación.
4. La solución jurídica aplicable, en caso de duda, respecto de la aplicación de normas de derecho público, cuando éstas no son específicas y claras, frente a la autonomía de la voluntad.

Las Consultas específicas.

Específicamente se pregunta:

1. “Si una institución ha celebrado contrato de prenda sobre bienes muebles de su propiedad para garantizar obligaciones propias de la institución intervenida y se produce un incumplimiento de la obligación, ¿puede el acreedor prendario ejecutar su garantía prendaria durante el periodo de intervención de la institución registrada decretado por la autoridad reguladora competente?”
2. ¿Es relevante para los propósitos de la consulta anterior el mecanismo utilizado por el acreedor para la ejecución de la garantía prendaria (ejecución judicial o mecanismo pactado privadamente según los artículos 814 a 829-A del Código de Comercio)?

devuelto a Banco DISA, y la consiguiente liberación de la prenda mercantil existente sobre el resto de los títulos valores”.

3. Se entiende rescindido de pleno derecho el contrato de prenda entre la institución registrada y el acreedor prendario, celebrado antes de decretada la intervención, desde la fecha en que quede ejecutoriada la resolución mediante la cual se decreta la liquidación forzosa, al tenor del artículo 247 antes citado?
4. De considerarse rescindido de pleno derecho el contrato de prenda y ser esa la interpretación del artículo 247, ¿cómo queda el contenido del artículo 250 del Decreto ley 1 de 1999, posterior, que hace referencia a la existencia de créditos o derechos garantizados con prenda o hipoteca que gozan de preferencia sobre cualesquiera otros créditos, respecto de los bienes gravados, hasta donde alcance su valor y que dispone que los acreedores podrán presentar dichos créditos o derechos en la liquidación o exigirlos por separado mediante el proceso ejecutivo correspondiente”.

Deducción de la Procuraduría respecto de lo indagado.

Desde nuestra perspectiva la cuestión es saber lo siguiente:

1. ¿Puede una entidad nacional o no nacional, vender títulos valores tenidos como garantía prendaria; durante el periodo de intervención o liquidación del Banco deudor panameño o extranjero? Teniendo en cuenta que la garantía ha sido expresamente pactada y no han sido declaradas ilegales.³
2. ¿Realmente son válidos los contratos o pactos de garantías prendarias (de títulos valores) que se puedan ejecutar directamente por el acreedor, sin necesidad de acudir a la vía ejecutiva o judicial?⁴
3. ¿Es cierto que durante la intervención o liquidación bursátil o bancaria, salen del mercado todos los bienes de la entidad intervenida o liquidada, aunque estos bienes estén en posesión legítima de un acreedor prendario?

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Por la complejidad de la situación por tratar, creemos que antes de nada valdría la pena transcribir las disposiciones que en materia intervención y liquidación establece la ley bursátil, además de tener igualmente presente las normas legales sobre la prenda y la prenda especial de valores. Claro está, sin dejar de reproducir el papel de los funcionarios en el campo de la regulación privada, establecido en el propio Texto Constitucional. Veamos:

Legislación aplicable.

³ Aquí sería bueno saber si la Intervención o liquidación de la empresa involucra la pérdida del “poder de dirección del los valor dados en prenda.

⁴ Y ¿estos métodos especiales de enajenación de los títulos valores, puede afectar la eficacia de la liquidación o la intervención administrativa de la empresa?

- Texto constitucional.

“**artículo 17.-** Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; **asegurar la efectividad de los derechos** y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley”. (la negrita es nuestra)

“**artículo 18.-** Los particulares sólo son responsables ante la autoridad por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas”.

- La Ley Bursátil.

“**Artículo 220. Suspensión de términos**

Mientras la Comisión mantenga intervenida una institución registrada, se entenderán suspendidos los términos prescriptivos de todo derecho y de toda acción de que sea titular la institución registrada, y los términos en los juicios o procedimientos en que la institución registrada sea parte. Dichos términos se mantendrán suspendidos hasta que termine la etapa de intervención, salvo que se ordene de inmediato la liquidación forzosa, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 238 de este Decreto-Ley”.

“**Artículo 221. Nombramiento de interventores; facultades**

En la resolución que decreta la intervención, la Comisión designará el interventor o los interventores que estime necesarios, a fin de que ejerzan privativamente la representación legal, la administración y el control de la institución registrada intervenida; y deberán responder e informar del progreso de su gestión a la Comisión.

El interventor o los interventores tendrán, entre sus facultades, las siguientes:

1. Suspender o limitar el pago de las obligaciones de la institución registrada intervenida, por un plazo que en ningún caso excederá del término de la intervención.
(...)”.

“**Artículo 226. Protección de la institución registrada intervenida**

La institución registrada intervenida no podrá ser objeto de secuestros, embargos o retenciones, ni procederá contra ella ninguna otra medida

cautelar. Asimismo, se suspende la prescripción de los créditos y las deudas de ésta a partir de la notificación de que trata el artículo 219.

Tampoco podrán pagarse, sin la autorización de la Comisión, las deudas de la institución registrada intervenida, que se hayan originado con anterioridad a la intervención”.

“Artículo 247. Rescisión de contratos

Desde la fecha en que quede ejecutoriada la resolución mediante la cual se decreta la liquidación forzosa, todos los contratos de que sea parte la institución registrada quedarán rescindidos de pleno derecho, pero el liquidador quedará facultado para reafirmar cualquier contrato antes de finalizar el proceso de liquidación mediante una simple comunicación escrita, en cuyo caso se restituirá el contrato en su totalidad según los términos originales pactados entre las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, el liquidador notificará a los deudores de la institución registrada que dicha resolución ha quedado ejecutoriada, y les solicitará que comparezcan a la institución registrada a cancelar sus obligaciones, para lo cual contarán con un término de dos meses, transcurridos los cuales podrán interponerse las gestiones liquidatorias que correspondan”.

“Artículo 250. Créditos garantizados con prenda o hipoteca

Sujeto a lo establecido en este Decreto-Ley, los créditos o derechos garantizados con prenda o hipoteca gozarán de preferencia sobre cualesquiera otros créditos respecto de los bienes gravados, hasta donde alcance su valor, siempre y cuando estos gravámenes no hayan sido creados en violación del artículo 186 de este Decreto-Ley. Los acreedores podrán presentar dichos créditos o derechos en la liquidación o exigirlos por separado mediante el proceso ejecutivo correspondiente”.

- La Ley Civil y Comercial.

“Artículo 1562. No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso”. (Código Civil)

“Artículo 1563. El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder a la enajenación de la prenda en la forma prevenida por el Código Judicial.

Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio”. (Código Civil)

“Artículo 818. El contrato de prenda confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar con el valor de la cosa empeñada con preferencia a los demás acreedores”. (Código de Comercio)

“Artículo 819. La prenda responderá del pago de la deuda principal, de los intereses de ésta, de los gastos hechos por el acreedor para la conservación de la prenda y de los de la cobranza en su caso”. (Código de Comercio)

“Artículo 820. En caso de incumplimiento y si no se hubiese pactado un modo especial de enajenación, el acreedor o el depositario tendrán el derecho a enajenar los bienes muebles dados en prenda previa notificación por escrito al propietario de los mismos por lo menos treinta (30) días calendarios antes de la fecha en que se ha de realizar la venta y previo el avalúo al cual se refiere el artículo 821”. (Código de Comercio)

“Artículo 821. En los casos previstos en los artículos 820 y 822, las partes deberán convenir en el contrato de prenda el método que se ha de utilizar para determinar el valor de las cosas dadas en prenda, a fin de asegurar su justo valor al momento de hacer su aplicación a la deuda. En su defecto, la prenda será valuada por dos peritos nombrados uno por cada parte o por un tercero nombrado por éstos en caso de discordia, o por la autoridad judicial en defecto de peritos.

En todo caso, el acreedor será responsable de los perjuicios que ocasione en la aplicación de lo dispuesto en este artículo o en los artículos anteriores”. (Código de Comercio)

El mandato constitucional de que se debe procurar que los derechos de los ciudadanos sean realizables.

En el campo del derecho privado las personas no tienen más que el deber de cumplir con la ley, y esto se restringe a aquellas leyes que expresamente le prohíben hacer determinadas actuaciones. Es decir que el deber es negativo ya que, las personas tienen la libertad de actuar de acuerdo a su libertad, pero en este ejercicio deben cuidarse de saber qué cosas no pueden hacer, y lo sabrán porque el legislador debe decirlo de manera concreta y expresa. Si el legislador calla y no limita la libertad de los particulares, estos pueden realizar todas las acciones que tengan a bien realizar. Y en este accionar, la ley no le impone a los particulares que actuar a favor de otros particulares, salvo claros y contados casos, como por ejemplo el deber de socorro al accidentado de un accidente

automoviliario o a la infancia, en el caso de que se tenga algún nexo familiar con el niño.

En el campo del derecho público es otra cosa distinta, los funcionarios, durante el ejercicio de funciones públicas, no están en libertad de hacer todo aquello que su libertad de hombre digno les dicte, sino sólo aquello que la ley expresamente haya determinado. Pero hay a su vez una exigencia constitucional que complica aún más las cosas: el funcionario no puede ser un obstáculo al particular y a sus derechos. Es decir el funcionario debe procurar que los derechos de los ciudadanos sean realmente útiles. En otras palabras, si bien los derechos consagrados en la ley no son lo mismo que los derechos en sí; el funcionario debe procurar que la ley que consagra derechos se cumpla.

El contrato de prenda mercantil.

Actualidad del contrato.

Con el objeto de poder enfrentar la práctica comercial moderna, es muy común que los accionistas sean incapaces o simplemente no querrán aportar dineros o bienes personales con el objeto de generar "capital de trabajo para la sociedad, es por ello que las sociedades -cualquiera sea su tipo- deben recurrir al sistema financiero para obtener recursos, por la vía de los créditos, sean estos hipotecarios o mediante la existencia de líneas de crédito por medio de las cuales financiar sus operaciones. En este contexto es que cobra relevancia la prenda ya que, viene a ser un medio de asegurarle al financista que en caso de problemas, cobrará su crédito.

Generalidades del contrato de prenda.

¿Qué es un contrato de prenda?

Es un contrato, por medio del cual una persona (deudor prendario) constituye un derecho real (de prenda) sobre un bien mueble, determinado y transmisible, a favor de otra persona (acreedor prendario) a quien se entrega el bien para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. En este contrato la entrega es un elemento esencial, en donde tiene que haber efectiva entrega de la cosa al acreedor.⁵

Es aquel contrato de garantía real celebrada entre comerciantes o que garantiza un acto de comercio. Y "deberá constituirse con las mismas formalidades que el

⁵ Este derecho de retener la cosa es también un deber del acreedor. La retención es consecuencia del desapoderamiento de la cosa dada en prenda, que es entregada por el deudor al acreedor. Es inherente a la esencia del contrato y al privilegio prendario.

contrato a que sirve de garantía”⁶. Pero “en los préstamos bancarios la prenda mercantil será válida cuando ha mediado **entrega de la cosa al acreedor**⁷ o a un depositario elegido por el acreedor y el deudor, y el contrato se ha hecho constar en cualquier forma escrita. **Tal contrato producirá efecto contra tercero desde la fecha del respectivo documento sin necesidad de autenticación ni formalidad especial alguna**”⁸.

Así visto el contrato de prenda mercantil, le permite al “acreedor el derecho de hacerse pagar con el valor de la cosa empeñada con preferencia a los demás acreedores”⁹. Esto significa que será la prenda quien “responderá del pago de la deuda principal, de los intereses de ésta, de los gastos hechos por el acreedor para la conservación de la prenda y de los de la cobranza en su caso”¹⁰.

Este derecho de hacer que la cosa dada en prenda responda con por la obligación principal, se hace efectivo por medio de regularse, en le Artículo 820 del mismo Código de Comercio, que “en caso de incumplimiento y **si no se hubiese pactado un modo especial de enajenación**, el acreedor o el depositario tendrán el derecho a enajenar los bienes muebles dados en prenda previa notificación por escrito al propietario de los mismos por lo menos treinta (30) días calendarios antes de la fecha en que se ha de realizar la venta y previo el avalúo al cual se refiere el artículo 821”¹¹.

Es de notar que esta materia es nueva y viene de la mano de las reformas del año 1997 en donde además se estableció que “en los casos previstos en los artículos 820 y 822, las partes deberán convenir en el contrato de prenda el método que se ha de utilizar para determinar el valor de las cosas dadas en prenda, a fin de asegurar su justo valor al momento de hacer su aplicación a la deuda. En su defecto, la prenda será avaluada por dos peritos nombrados uno por cada parte o

⁶ Es accesoria, pues la prenda debe acceder a una obligación principal que garantiza. Por ello la nulidad, resolución o rescisión de ésta o su extinción, producirán la nulidad, resolución o extinción de la prenda.

⁷ Una cuestión de importancia es que la entrega, es decir la posesión es el elemento característico de la prenda. Por esta razón, los derechos de posesión son asumidos por acreedor prendario y por ello, mismo rigen a su favor principios de derecho como los siguientes:

1. La posesión ilegítima no puede proporcionar título firme al poseedor (“*improbata possessio firmum titulum possidenti praestare non potest*”),
2. En derecho igual es mejor la condición del que posee (“*in aequali jure, melior est conditio possidentis*”),
3. A favor del poseedor en caso de duda (*in duobus reis par utrisque causa est*”).

⁸ Ver el artículo 814 del Código de Comercio según fue modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 7 de 11 de febrero de 1931, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.944 de 2 de marzo de 1931.

⁹ Ver el artículo 818 del Código de Comercio.

¹⁰ Ver el artículo 819 del Código de comercio.

¹¹ Esta fue una importante y actualizadora modificación llegada de la mano del Artículo 36 del Decreto Ley N° 5 de 2 de julio de 1997, publicado en la Gaceta Oficial N° 23.327 de 9 de julio de 1997.

por un tercero nombrado por éstos en caso de discordia, o por la autoridad judicial en defecto de peritos¹².

Es coincidente el nuevo derecho de enajenación de la cosa dada en prenda, establecido en los artículos 821 y 822, luego de 1997; con el artículo 829 de la Ley de Comercio en donde se establece que, “el acreedor prendario no estará obligado a restituir la prenda sino cuando la deuda garantizada y los gastos de su conservación le hubieron sido totalmente pagados”.

Del artículo 814 del C. de Comercio, se deduce que para calificar de mercantiles los contratos accesorios de prenda, deben atenderse a la naturaleza de la obligación principal a que acceden. Lo que sugiere pensar que, en sí misma, la prenda no suministra antecedentes para saber si es civil o mercantil; hay que ir, entonces a la obligación caucionada y, así, será mercantil la prenda cuando la obligación sea mercantil y viceversa. Sobre los rasgos distintivos de la prenda bursátil, en el Decreto Ley 1 de 1999, en el artículo 174 la posibilidad de que se disponga de la cosa dada en prenda, según se vera en su momento.

El fin último perseguido por el contrato de prenda¹³.

El contrato de prenda tiene la particularidad de crear en favor del acreedor un derecho real, que goza de las características de persecución y preferencia. Así el sentido de las estipulaciones de las partes, deben orientarse a la creación de un privilegio: el de poseer una cosa, para si la obligación principal no es cumplida a favor del acreedor, este se cobre con la venta de aquella.

Por ser la finalidad del contrato de prenda, la protección del crédito del sujeto que se ha desprendido de parte de su patrimonio para colaborar con otro sujeto: el deudor; es importante destacar que estos derechos del acreedor no se deberían ver afectados en caso de quiebra o concurso del deudor o liquidación. Es por ello que se permite que el acreedor retendrá a la cosa dada en prenda, y procederá a su venta judicial o extrajudicialmente (venta especial), a su opción. Y es que en el

¹² Ver el artículo 821 del Código de Comercio, según su modificación por el Artículo 37 del Decreto Ley N° 5 de 2 de julio de 1997, publicado en la Gaceta Oficial N° 23.327 de 9 de julio de 1997.

¹³ **Definición doctrinaria:** “Contrato en que se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito, otorgándole la facultad de perseguir la cosa empeñada, retenerla en ciertos caso, y pagarse preferentemente con el producto de su realización, si el deudor no cumple la obligación garantizada”. Rojina Villegas menciona que es un contrato accesorio, ya que el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida una vez que se cumpla dicha obligación. En términos generales, hay constitución de prenda cuando el deudor o un tercero por él, entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito, en seguridad de una deuda, cierta o condicional, presente o futura.

fondo, el privilegio comprende el derecho de vender el bien y cobrarse con preferencia a cualquier otro acreedor.

En concreto, en caso que existan varios acreedores en contra del fallido, deben cobrar primero los acreedores con privilegio especial, y estos tienen privilegio sobre el patrimonio producido por la venta de determinados bienes afectados a ese privilegio e igualmente este tiene privilegio también sobre gastos y costas, intereses anteriores a la intervención, liquidación o quiebra.

El procedimiento especial de venta.

Según se puede ver en el artículo 820¹⁴ del Código de Comercio, “en caso de incumplimiento y **si no se hubiese pactado un modo especial de enajenación**, el acreedor o el depositario tendrán el derecho a enajenar los bienes muebles dados en prenda previa notificación por escrito al propietario de los mismos por lo menos treinta (30) días calendarios antes de la fecha en que se ha de realizar la venta y previo el avalúo al cual se refiere el artículo 821”.

En base a esta preceptiva legal, el contrato de prenda deriva un derecho a favor del acreedor, de retención y posterior venta de la cosa pignorada; siempre que las partes haya pacta un método especial de venta.

Así pues, de existir pacto expreso, las partes de un contrato de prenda, puede hacer uso de un método o procedimiento especial de venta. En este caso, el acreedor tiene el derecho de retener los bienes dados en prenda hasta que le sea pagado el crédito que la prenda garantiza y si llegara el proceso de liquidación o de intervención, habida cuenta de que al pacto de venta especial, no está prohibido por la ley¹⁵, antes bien, permitido: Así las cosas, el deudor o constituyente de la prenda no podría privar al acreedor prendario del derecho de vender la cosa recibida en prenda, en la forma antes referida.

Si se trata de títulos de renta, acciones y otros títulos de crédito negociables en bolsa o mercado de valores, si el acreedor fuera un banco, este debe hacer vender esos títulos por un corredor de bolsa, al precio de cotización del día siguiente al del vencimiento de la obligación.

En otro orden de ideas, esta práctica de la disposición libre e independiente, (ya por un método especial de enajenación o no) de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, no es extraña a la actividad bursátil pues, en el artículo 176 del Decreto Ley 1 de 1999, se establece la posibilidad de que el acreedor pueda vender o disponer de los bienes dados en prenda Veamos:

¹⁴ Este Artículo fue Modificado por el Artículo 36 del Decreto Ley N° 5 de 2 de julio de 1997, publicado en la Gaceta Oficial N° 23.327 de 9 de julio de 1997.

¹⁵ En ese sentido, es importante recordar un sencillo pero importante principio general de derecho, que a propósito en nuestro derecho tiene rango constitucional: “lo que no está prohibido a los particulares se entiende permitido”.

“Artículo 176. Prenda

Los valores representados mediante anotaciones en cuenta podrán ser objeto de prenda especial según las disposiciones del presente artículo.

El contrato de prenda deberá constar por escrito. Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberán estar identificados en el contrato de prenda o deberán ser determinables según parámetros contenidos en éste. Bastará la identificación que se haga por categoría o clase, por cantidad, por medio de fórmula o procedimiento matemático o por cualquier otro método que permita la identificación objetiva de los derechos o los bienes que son objeto de la prenda.

La prenda podrá garantizar obligaciones tanto presentes como futuras, y podrá ser constituida sobre derechos o bienes existentes en el momento de su constitución o que sean adquiridos con posterioridad a ello.

La prenda quedará perfeccionada y será oponible a terceros desde el momento en que el acreedor prendario adquiera poder de dirección sobre los valores representados mediante anotaciones en cuenta, y el emisor o el representante de éste haga la anotación correspondiente en el registro. La prenda tendrá fecha cierta desde su perfeccionamiento, sin requerir autenticación notarial.

El acreedor prendario podrá disponer de los derechos o bienes dados en prenda, según se haya acordado en el contrato de prenda. Si no existe acuerdo entre las partes, el acreedor prendario podrá disponer de los derechos o bienes dados en prenda en el mercado, sin requerirse avalúo. (la negrita es de la Procuraduría de la Administración)

La regla es confirmada en el artículo 194 de la Ley Bursátil, en el caso de la prenda de derechos bursátiles que puede tener un tenedor indirecto sobre activos financieros en cuenta de custodia en el sentido de que “el acreedor prendario podrá disponer de los derechos o bienes dados en prenda, según se haya acordado en el contrato de prenda. Si no existe acuerdo entre las partes, el acreedor prendario podrá disponer de los derechos o bienes dados en prenda en el mercado, sin requerirse avalúo”.

El método de enajenación especial de la prenda realmente sustituye el procedimiento ejecutivo ordinario?

Se puede inferir de la regulación de Valores y Bancaria, que este método de disposición de bienes prendarios de contenido bursátil, no impide que si el acreedor lo prefiere, demande judicialmente el cobro de su crédito.

¿Porqué las reformas de 1997 de la ley mercantil permitirá este método de enajenación especial?

Si bien no sabemos a ciencia cierta cual ha sido la intención del legislador patrio en introducir esta nueva forma de ejecución de los títulos valores dados en prenda, si podemos decir que según la doctrina más autorizadas, textos como este, se han dado en razón de facilitar a las empresas bancarias y al público en sus relaciones mutuas, las operaciones de crédito, estableciendo formalidades rápidas y sencillas para la constitución y realización de las prendas que se otorguen a favor de los Bancos, modificando a este respecto las disposiciones del derecho común.

Ahora bien, es esta regla, ley de excepción, por cuanto se refiere **únicamente a “bienes cotizables”**¹⁶, y específicamente provenientes de negocios propios de la intermediación mercantil; excepción que está justificada por la seriedad de las empresas que negocian ese tipo de valores, por el importante papel que desempeñan en la economía nacional y por las precauciones con que la actual Ley de Bancos y de Valores, ha asegurado su funcionamiento.

No es una regla de carácter general para todas las prendas que se otorguen a los Bancos o negocios de bolsa. Sus disposiciones se limitan a las que se constituyan sobre valores mobiliarios, por ser ellos los que principalmente sirven de caución a las operaciones bancarias y de bolsa. Quedan por tanto, excluidas de los beneficios de este tipo especial de prenda, aquellas garantías que versen sobre mercaderías u otros bienes muebles, las cuales seguirán regidas por los preceptos del derecho común, aun cuando se otorguen en garantía de obligaciones a favor de los Bancos o entidades destinadas al negocio bursátil.

Creemos que lo dispuesto en el artículo 1563 del Código Civil y 820 del Código de Comercio, no es más que la forma de dotar de medios fáciles y expeditos a los sujetos del derecho privado (sobre todo bancario) para conseguir el fin que con ellas se persiguen de lograr financiamiento y seguridad en el crédito.

Nos parece que se debe concluir con estas normas que, el Legislador se ha guiado por la idea de que la constitución en prenda de un título de crédito no debería tratarse con más rigor que su transferencia de dominio. Así como los

¹⁶ Esto según el artículo 1563 del Código Civil. Veamos: “**Artículo 1563.** El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder a la enajenación de la prenda en la forma prevenida por el Código Judicial.

Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio”.

documentos al portador se transfieren por la tradición manual, los documentos a la orden por el simple endoso y los normativos por la entrega del título y la notificación al deudor, así también podrá ahora constituírseles en prenda en una forma análoga, y sin más requisitos o condiciones, ejecutar dicho crédito. Quedando el acreedor prendario facultado para cobrarlo y aplicar sin más trámites su valor al pago de su crédito.

Es más tampoco se justifica la subasta de los títulos valores, pues en caso de este tipo especial de bienes basta su puesta en bolsa. Ciertamente en aquellos casos de valores que se negocian en un mercado de valores no sería necesario observar el procedimiento de subasta y pudiéndose venderlos a través del mercado de valores.

Principios y reglas de interpretación en materia de derecho comercial aplicables.

El sentido de una locución afortunada: “las convenciones tiene entre las partes lugar de ley”

Los latinos llegaron a afirmar que el contrato daba ley (*legem contratus debet*), para sentar las bases de lo que luego sería una extendida y popular regla de derecho¹⁷: las convenciones hacen la ley.

¿Cuál es el sentido de esta formula?

Sería realmente exagerado afirmar que el contrato crea el derecho, por ello, más sensato parece lo afirmado por Savigni en el sentido de que no iba en ella una equiparación real, apta para concluir en una explicación genética, en una posición lógica respecto del problema de las fuentes del derecho. “Colocar en una misma línea a las leyes y a los contratos, contemplar a los contratos como fuentes del derecho, es confundirlo todo”, advertía. El fin de la locución a que aludimos no es erigir a la convención privada en una ley propiamente dicha (en esto seguimos a Demolombe), sino expresar, de una manera enérgica, el lazo que resulta de ella para las partes. En efecto, las partes están ligadas por su consentimiento tan rigurosamente como lo estarían por la voluntad del legislador”.¹⁸

La expresión es nítida. Las convenciones no “tienen el lugar de la ley”, ni “hacen la ley”, ni “son la ley”. Tan sólo forman una regla privada que obliga “como la ley”.

¹⁷ Esta regla no parece haber surgido en Roma sino mas bien de los glosadores e interpretes del derecho romano, entre los cuales Demat aparece como el creador de ella.

¹⁸ DEMOLOMBE C., Tratado de las obligaciones en general, París, Editorial Rousseau, 1942 Tomo. XXIV., pagina 367; Savigny F. C. von, op. y loc. Cit. Véase también: MARCADE V., Cours de Code Napoléon, París, Delamotte, 1873, t. IV, pág. 402, 463; LAURENT f., OP. CIT., t. XVI, pág. 238, N° 178. Comp.: TOULLIER C. M. B., Le droit civil francais, Bruselas, Wahlen et Cie., 1824, t. VI, pág. 125, N° 191 y 192. Véase también BONNECASE, Supplément, cit., págs. 533 y sigs., N° 439 y 440, donde se resume la interesantísima polémica de TOULLIER, LAROMBIÈRE Y JOURDAN

Con ese vigoroso lenguaje, es obvio que se afirma la raíz moral de la fuerza obligatoria del contrato; y en efecto: únicamente sobre el fundamento de una obligación moral, como lo quiere Ripert, la obligación civil permanece incólume¹⁹. **Los contratos concluidos con entera libertad deben cumplirse escrupulosamente por las partes.** Corresponde hacer honor a la fe empeñada. He aquí el sustrato ético del artículo 1134 del Código Civil francés, el artículo 1106 del Código Civil español y el artículo 976 de nuestro Código Civil.

Así pues esta locución de Domat involucra la ponderación jurídica de una regla moral, que la ley recoge tras un proceso lento pero seguro de espiritualización del derecho privado. Esa regla, entrañablemente unida al régimen de las obligaciones y a la estabilidad y seguridad del comercio jurídico, es la que postula el respeto fiel y celoso de la fe empeñada.

Tanto más cierto resulta lo anterior, en la medida en que se considera que la “autonomía de la voluntad apegada a derecho” o “autonomía legis”, con la fuerza que tiene en derecho comercial, no se limita al concepto de ley positiva, sino que va mucho más lejos, a la extensión de todo acuerdo que no contradiga la ley. Con lo cual, forzosamente, es también preciso tener en cuenta que el acuerdo de voluntades mercantil que, al tenor del artículo 976 del Código Civil, tiene fuerza de ley; no es un valor subalterno, sino igual, en cuanto cumpla con las requisitos establecidos en la mencionada normativa.

Mal podría predicarse de la autonomía de contratar²⁰, que tiene en una relación convencional la misma fuerza de la ley; sino se reconociera su capacidad de extenderse a vacíos en la regulación mercantil: tener la misma fuerza que la ley significa, ser ley en sentido material, ya que evidentemente no en sentido formal. Y si es ley en ese sentido, no puede negársele carácter vinculante y obligatorio. De que la autonomía de contratar en el campo financiero, sea lo mismo que corresponde a la ley, deriva su importancia práctica incuestionable, en la medida que viene a constituirse en causal o fuente de adaptación a las cambiantes situaciones en las cuales se mueven los hombres de negocios; actualiza permanentemente el derecho financiero y comercial; lo lleva a responder a las nuevas necesidades; impide que lo jurídico se quede atrás de lo vivido.

En otro orden de ideas, no concederle valdes a un acuerdo legalmente celebrados; sería tanto como presumir que los contratantes has suscrito dicho negocio con la previa intención de desconocer los derechos de terceras personas. O sea, que se estaría presumiendo el dolo. Y Como bien reza el aforismo latino, luego asumido, en su sentido contrario, por el artículo 419 del Código Civil panameño²¹: “*dolum non praesumitur*”. O sea que, no habría razón para presumir

¹⁹ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, cit.

²⁰ Como se establece en el artículo 976 del Código Civil.

²¹ “**Artículo 419.** La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”.

que el fallido y el acreedor prenda se hayan puesto de acuerdo para, defraudar el crédito de los ahorrista, depositantes o demás acreedores; sin antes probar tal componenda.

Por lo antedicho, si es cierto que lo accesorio accede a lo principal²², y que el contrato de prenda sigue al contrato de préstamo (mejor mutuo), crédito bancario o bursátil, es un hecho real que el contrato principal ha servido como un esfuerzo de facilitar financiamiento a la empresa que otorgó la prenda, en consecuencia ésta (la prenda) ha contribuido a que se alcance un crédito y con ello, una colaboración de orden económico a la empresa que luego, podría ser objeto de intervención o liquidación. O sea que, el crédito principal, en su momento contribuyó a que la empresa financiada mantuviera sus operaciones, favoreciendo así los intereses de los depositantes, ahorristas y demás acreedores.

- Justificación de la consulta a los principio del derecho comercial.

Creemos que en ocasiones como la presente, cuando nos enfrentamos a una interpretación integral de la situación normada habida cuenta de que la solución concreta y específica ha sido dejada fuera de la regulación comercial; debemos acudir a los principios y finalidades de la rama del derecho especialmente aplicable. En este caso, de regulación bancaria y bursátil no parece dar una respuesta directa de si la prenda puede o no ser enajenada durante el periodo de la intervención o luego de ella, en el caso de la liquidación. Por esto son revisables los fines y cometidos de las normas aplicables, para perfilar una respuesta. En este orden de ideas, los fines del derecho se han de relacionar con los intereses de la propia vida negocial y del mercado mercantil.

- Se trata de un derecho flexible y aplicable a la realidad del mercado.

El derecho mercantil, con todas su variantes, invade por todas las vías, la vida negocial de las personas dedicadas profesionalmente al comercio, introduciéndose por todos los resquicios, avasallando todos los obstáculos, penetrando inconteniblemente el campo de los derechos reales y el de los derechos personales, es decir, el de las relaciones sociales entre los particulares²³.

Más que la propia regulación legal, el derecho del comercio bursátil y bancario

²² “*accessorium cedit principali*”

²³ Por ello, henos aquí a los abogados del sector público del siglo XXI enfrentados a la necesidad de salirnos de nuestros conceptos tradicionales, de nuestros formulismos dispendiosos de nuestros principios atávicos de control y dirección de las acciones de los ciudadanos (anteriormente llamados administrados) para responder a las exigencias de una vida moderna fuertemente marcada por el signo del cambio, del ajuste, de lo nuevo, síntomas de nuestra época que no podemos desconocer, so pena de que el carro de la historia nos deje atrás. No tengamos que renunciar a nuestra tradición, sino que estamos compelidos a proyectarla, a abrirla hacia la vida nueva.

puede encontrarse en las actuaciones negociales de los agentes económicos, pues siendo estas disciplinas del mundo mercantil, y este la órbita propia del comercialista, tremendamente evolutivo, estos derechos marchan impulsados por la imaginación del hombre de negocios. Por esta razón el derecho positivo bursátil y bancario se ve permanentemente desbordado. Y por ellos los entes reguladores van apenas tratando de sistematizar, en principios de control y regulación coherentes y compatibles con los grandes fundamentos del derecho, lo que la vida negocial y empresarial misma ya ha creado.

Por lo antedicho, por regulación bancaria o bursátil no podemos ciertamente y ésta es apenas una afirmación elemental, entender las solas normas del Código de Comercio, el Decreto Ley 1 de 1999 o el Decreto Ley 9 de 1998. Así, el régimen de constitución y de operación de las entidades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria y de la Comisión Nacional de Valores, le es aplicable los criterios y principios generales del derecho comercial, en todo en cuanto no toque con las normas propias del derecho administrativo, que se entrecruzan con las de la legislación privadas en estas materias. Igualmente, tantos otros regímenes particulares que cubren, con la misma limitación del encuentro con el derecho público, tantas otras actividades propiamente mercantiles.

Dicho sea de paso, el carácter superior de las normas del derecho público obliga a reconocer su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico y a extraer de este reconocimiento las consecuencias pertinentes toda vez que un principio comercial choque con una norma administrativa, aquel deberá necesariamente ceder el paso a ésta, como lo debe hacer cualquier caballero galante a una dama²⁴.

Ahora bien, según se ha afirmado y reconocemos, en la problemática planteada, no existe una norma de derecho público que expresamente regule la materia, y por tanto riña con la legislación de derecho privado.

Ideas sobre la naturaleza de la intervención y la liquidación.

Hoy en día cuanto la entidad rectora del negocio de banca, de valores o de seguros: luego de las investigaciones y controles previos, crea con seriedad, que una entidad (bancaria, de seguro o bursátil) se puede ver involucrada en un estado de cesación, puede ordenar una intervención, que no es más que permitir un examen más prolijo de parte de un “experto”. Si esta persona recomienda que se procesa a la liquidación forzosa del Banco intervenido, la liquidación (satisfacción de créditos) y distribución de los activos del Banco, lo hará un grupo de personas nombradas por el órgano regulador.

²⁴ En este sentido coincidimos con la afirmación de la Superintendencia de Bancos la afirmarse en la Nota SB-DJ-1375-2001 que es sabido que en materia mercantil, “priva aquí la norma de derecho público, administrativo”

Este régimen es novedoso respecto de la antigua quiebra, en donde era un funcionario judicial: juez de quiebra, el que hacía aquella labor de liquidación.

¿Porqué hoy en día se prefiere a un grupo de “expertos”, para que hagan la evaluaciones de la potencial situación de cesación de pagos de una empresa, y posteriormente, la liquidación de los créditos en contra de un Banco? ¿Porqué esta medida es replicada en el caso de la intervención y posterior liquidación de los sujetos regulados por la legislación de valores y de seguros? ¿Cuál es el objeto de esta nueva jurisdicción administrativa–privada? ¿Qué objetivos pretende lograr?

Para el caso bajo estudio, creemos que un objetivo de la reforma de intervención bancaria, bursátil y de seguros estuvo dada por el agotamiento de los poderes decisorios del juez en cuanto a la posibilidad de evaluar una orden de mérito a las soluciones crediticias acordadas entre el deudor y el acreedor. A fin de conceder a éstos últimos un mayor protagonismo en el proceso de intervención y luego, de ser necesario, de liquidación; y no quedar circunscriptos las dilaciones propias de los procesos judiciales, se ha incorporado la figura de la intervención y luego de la liquidación.

Evidentemente las nuevas leyes sobre Banca, mercado de valores y seguro han tratado de darle a los acreedores una participación fundamentalmente activa en el proceso de intervención y de liquidación, ya que se considera que son una pieza fundamental en el proceso de crisis empresarial.

Un buen ejemplo de la preocupación de los entes reguladores de los intereses de los depositantes y acreedores, lo es la intervención y posterior liquidación forzosa del Banco DISA, ordenada (no decimos decretada ya que en derecho el único que decreta es el Presidente de la República) por la Superintendencia de Bancos. En este sentido se desprende de la respectiva declaratoria de intervención que el interés ha sido el de defender los derechos depositantes y acreedores, pues de proseguir las operaciones del Banco DISA se ponía en **“peligro los intereses de los depositantes y demás acreedores del Baco”**.

En este sentido se expresa en el artículo 115 del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, por medio el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Superintendencia de Bancos que “Si la Superintendencia estima necesaria la liquidación forzosa del Banco objeto de la intervención o reorganización, dictará una resolución motivada en que ordenará su liquidación administrativa y designará a uno o más liquidadores que deberán reunir los mismos requisitos que los establecidos para actuar como interventor de un Banco” y en este sentido, “el liquidador orientará la marcha del proceso de liquidación forzosa tomando en cuenta los siguientes criterios:

1. La celeridad que debe revestir el proceso a fin de liquidar con la mayor prontitud posible los bienes del Banco **para satisfacer las acreencias que hubiere.**
2. La informalidad y transparencia en el trámite.
3. El respeto de los derechos y prelación que reconozca este Decreto-Ley”.

¿Existen realmente intereses contrapuestos: por un lado, el del acreedor prendario, y por el otro, los del resto de los acreedores que no tienen un crédito protegido o garantizado?

La puesta en venta de la prenda bursátil o bancaria, podría ser considerada como un acto insensato, apresurado y poco prudente habida cuenta de que, dicha acción sólo beneficia a un sólo acreedor, en detrimento del interés común y con grave menoscabo de los intereses de los otros acreedores.

Desde nuestra perspectiva, si una persona tiene el derecho de cobrar su crédito por medios rápidos, sencillo y poco onerosos, no habría razón de pensar que ha actuado de manera apresurada si decide acudir a ese remedio, sin esperar la vía judicial o administrativa, en tanto que estas sean más lentas o costosas que la primera.

¿La venta de la prenda podría ser vista como un acto apresurado?

No cabe la menor duda de que algunas personas podrían pensar que la venta de la prenda, antes de la orden del liquidador o el permiso del interventor, impide el trabajo de inventariar y cuantificar el patrimonio del fallido (la empresa intervenida o liquidada), amén de no respetarse los principios de oportunidad y seguridad jurídica.

Para contestar esta duda habría que recordar que, el inventario es lógicamente sobre los bienes que se encuentran en posesión del fallido; y los bienes pignorados no se encuentran en posesión del fallido, y si el acreedor prendario los hubiese devueltos se presumiría que renuncia a la prenda, es de suponerse que la ley no espera que los interventores o liquidadores, tengan la posesión de aquellos bienes.

Conclusiones.

Interpretar que la prenda no se puede ejecutar durante el periodo de intervención o liquidación, si en el respectivo contrato del gravamen real se estipuló esa forma especial de enajenación; es seguir con ello una tendencia contraria a del Derecho Mercantil moderno nacional y comparado que trata de ser más simplista. Y sería proceder al revés de lo que ha hecho el Poder Ejecutivo al dictar (mejor, decretar) los Decretos de Leyes regulatorios del negocio bancario y de valores, pues en

ellos se busca la protección del crédito. En este orden de ideas, no creemos que sea el sentido real de la legislación estudiada que los derechohabientes de gravámenes reales, tengan que esperar hasta que se terminen de resolver todas las impugnaciones que se pueden dar respecto de las decisiones de los liquidadores para luego poner en la bolsa los títulos. Sería tanto como ordenarles que esperen para lo mismo que quiere la ley, que se cobre sus acreencias con el fruto de la venta de los bienes pignorados. Amen de ser un tanto excesivo el control regulatorio, al contradecir la propia voluntad de los otorgantes de la garantía real, cuando no existe una norma legal que prohíba ese tipo de convenios privados, y los entes encargados no hayan dictado normas regulatorias de esta actuación convencional.

Y es que tratándose de créditos dados en prenda, el hecho de la constitución en prenda, importa en un mandato legal tácito para que, en caso e incumplimiento, se cobre el capital y los intereses de la enajenación de la cosa pignorada.

En nuestra opinión la nueva legislación sancionada y promulgada en 1997 faculta a los acreedores prendarios para proceder, sin forma de juicio y sin tampoco requerir autorización del tribunal o de la autoridad administrativa, a la enajenación de la prenda, desde que se haya hecho exigible cualquiera de las obligaciones a que acceda.

En este sentido se puede afirmar que:

1. La oportunidad de la venta de la prenda no la ha determinado la ley, por ello puede quedar a regulación contractual.
2. El principio de seguridad jurídica nace de la certidumbre de un derecho, así que en todo caso el que tiene la seguridad de un derecho es el acreedor prendario, y no el resto de los acreedores que no cuentan con las garantías reales necesarias.

Ahora bien, el acreedor sólo podrá vender valores en la cantidad que sea necesario para el pago de las obligaciones vencidas, y la venta debe llevarse a cabo en remate en una Bolsa de Comercio por ser el mercado natural de los valores mobiliarios y, donde se fijan sus cotizaciones y se efectúa la mayoría de sus operaciones sobre ellos.

En cuanto a la actuación de los entes reguladores de la actividad financiera y económica, creemos que su participación, para el caso de los pactos o contratos de prenda de títulos valores con reservas de enajenación especial; no está facultada para declarar de hecho e implícitamente la nulidad de estos contratos, ya que al estar permitidos por la ley se deben presumir eficaces y por tanto, oponibles a terceros.

La no oponibilidad de los contratos de prenda con cláusulas de ventas especiales, no se presume sino que se debe probar, y ante el texto claro de los artículos 17 y 18 constitucionales, en el campo de las relaciones privadas, los funcionarios debemos procura la efectividad de todos aquellos derechos que no sean expresamente prohibidos por la ley.

Respuestas específicas.

1. En el evento de que una empresa registrada haya celebrado un contrato de prenda sobre bienes muebles de su propiedad para garantizar obligaciones propias de ella misma, y es intervenida por la CNV, y al mismo tiempo se produce un incumplimiento de aquellas obligación; el acreedor prendario, sí puede ejecutar su garantía prendaria durante el periodo de intervención de la empresa registrada.
2. En verdad no parece ser relevante para los propósitos de la consulta anterior el mecanismo utilizado por el acreedor para la ejecución de la garantía prendaria (ejecución judicial o mecanismo pactado privadamente según los artículos 814 a 829-A del Código de comercio), pues queda a su arbitrio el medio de efectivizar su derecho de prenda.
3. No creemos que se debe entender rescindido de pleno derecho el contrato de prenda entre la institución registrada y el acreedor prendario, celebrado antes de “decretada” la intervención, desde la fecha en que quede ejecutoriada la resolución mediante la cual se “decrete” la liquidación forzosa, al tenor del artículo 247 antes citado. Esto ya que la expresión de que quedan rescindido de pleno derecho los contratos celebrados por el fallido, con anterioridad al proceso de intervención o liquidación; no significa que la ineficacia de los contratos obra “ope legis”. Amen de que sobre la validez de los contratos opera una presunción juris tamtum.
4. La respuesta anterior se sustenta precisamente en lo establecido en el artículo 250 del Decreto Ley 1 de 1999, posterior, que hace referencia a la existencia de créditos o derechos garantizados con prenda o hipoteca que gozan de preferencia sobre cualesquiera otros créditos, respecto de los bienes gravados, hasta donde alcance su valor.

Recomendaciones.

Creemos que se requiere una regulación legal que aclare de una sola y buena vez la situación planteada, ya que se requiere llenar una sentida necesidad, pues se de autorizar expresamente al acreedor prendario de títulos valores para ordenar su puesta en venta, aun durante el procesos de liquidación. En cuanto a la intervención, se debería proceder al contrario, dado que aún se puede salvar a la empresa, se debe restringir ese derecho.

Ciertamente la posibilidad de que los acreedores prendario estén directa y expresamente autorizados por la ley para la enajenación de la prenda, es un instituto de la mayor utilidad para las actividades bancarias y bursátiles de crédito, ya que se le concede mayor certidumbre al la acreencia.

Así pues estas iniciativas tocan un aspecto relevante para la economía nacional, el crédito, que es un instrumento indispensable para impulsar la reactivación económica del país y generar empleos.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.