



**Revista de  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.857.965>

# **Enfoque funcional de las garantías mobiliarias: reserva de dominio, retención y anticresis**


*A Functional Approach to Security Interests  
in Movable Property: Retention of Title,  
Right of Retention, and Antichresis*

JOSÉ LUIS ZÚÑIGA ORDÓÑEZ

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de San Buenaventura y Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho y doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Docente de planta y miembro del Grupo de Investigación Derecho Privado y Globalización de la Universidad del Cauca.

[josezuniga@unicauca.edu.co](mailto:josezuniga@unicauca.edu.co)

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.958.546>



## Resumen

El modelo de garantías mobiliarias, adoptado en Colombia por la Ley 1676 de 2013, se basa en un enfoque funcional, el cual significa modificaciones a la concepción principalmente del contrato de prenda. En ese orden de ideas, el nuevo enfoque transforma el instituto prendario, lo cual representa una mejor protección al crédito como eje fundamental de la economía, y derriba paradigmas históricos que debilitaron su aplicación práctica en el tráfico. La citada Ley de manera unitaria abarcó, entre otras formas y acuerdos de garantía sobre bienes y activos muebles, el derecho de retención, el pacto de reserva de dominio y anticresis, instituciones que, desde luego, se vieron modificadas jurídicamente en favor de su función misma de ser garantías del crédito.

### PALABRAS CLAVE

Garantías mobiliarias, derecho de retención, pacto de reserva de dominio, anticresis.

## Abstract

The model of movable guarantees, adopted in Colombia under Law 1676 of 2013, is based on a functional approach to guarantees, leading to significant modifications in the traditional understanding of pledge contracts. This new perspective transforms the pledge as an institution, offering enhanced protection for credit, a fundamental pillar of the economy, while dismantling historical paradigms that weakened its practical application. The aforementioned law comprehensively encompasses various forms and mechanisms of guarantees related to movable goods and assets, including the right of retention, the pact of reserve of domain, and antichresis. Consequently, these institutions have been legally modified to better serve their primary function as credit guarantees.

### KEYWORDS

Movable guarantees, right of retention, pact of reserve of domain, antichresis.

## INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento de la Ley 1676 de 2013 al ordenamiento jurídico colombiano se introduce el modelo de garantías mobiliarias, el cual se fundamenta en un enfoque funcional, distinto al enfoque formal de la prenda. En ese orden de ideas, el nuevo modelo cubrirá cualquier acuerdo, negocio o contrato que tenga la finalidad de ser garantía de un crédito, en la medida que su objeto sea un activo mueble.

De manera concreta se ha elegido como puntos de estudio el derecho de retención, el pacto de reserva de dominio y el contrato de anticresis, dado que de manera textual la Ley los menciona en su cuerpo normativo y por su importancia en el ordenamiento jurídico. Los tres institutos tienen regulación, aunque de tipo residual, en lo atinente al derecho de retención, lo que significará definitivamente modificaciones al *statu quo* jurídico en que se uniformaban. Así entonces, se analizaron sus alcances a la luz de la normatividad ya vigente con el nuevo modelo, con lo cual se pudo evidenciar que, en cuanto al derecho de retención, le dio alternativas de constitución y, especialmente, una ejecución que antes no tenía. Al pacto de reserva de dominio le representa facultades de realización, con una adecuada estipulación, en ejercicio de la autonomía privada. En el contrato de anticresis, como garantía mobiliaria, se pudo identificar que su énfasis sería comercial y que en una ampliación en las cosas y derechos que sean su objeto, le favorecen como una herramienta que podría revitalizarse en la actualidad y de cara a un abanico siempre abierto para los negocios. Se realiza un método de estudio correlacional y comparativo de las normas vigentes y en el derecho comparado. No puede olvidarse que las garantías mobiliarias son un instituto presente en la plataforma de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), al lado de la compraventa internacional de mercaderías, arbitraje internacional, entre otros, lo cual significa su relevancia en el comercio transnacional.

La metodología utilizada fue la del estudio correlacional, en el sentido de que se hace un análisis de instituciones jurídicas ya existentes, sus alcances, ontología y se las compara con un nuevo modelo normativo que justamente presenta cambios sustanciales para el ordenamiento jurídico, constituyendo un antes y un después.

## ENFOQUE FUNCIONAL DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS (LEY 1676 DE 2013)

Cuando se aborda el estudio de las garantías, sean estas reales o personales, indudablemente se tiene como punto de referencia otra institución con la cual ha estado íntimamente relacionada, esto es, el crédito. Este instituto es base fundamental del comercio, y como tal debe ser protegido por el derecho, lo que se evidencia en las disposiciones del derecho comercial (Velásquez,

1998). Por citar algunos ejemplos, la presunción de solidaridad pasiva del artículo 825 del Código de Comercio y la institución misma de los títulos-valores, especialmente en presunciones y deducciones legales favorables al acreedor, como las que se encuentran en los artículos 622, 632, 634 inciso segundo y, cómo no, el carácter autónomo de la obligación cambiaria. “La tutela del crédito, la protección de los terceros, la certeza y seguridad que deben mostrar sus instrumentos (..) hacen que el derecho cambiario tenga una proyección social, se dirija a toda la comunidad y afecte el orden público en general” (Ravassa, 2001, p.151).

Un crédito garantizado, sin duda, es de mejor raigambre que uno sin garantía. “La eficiencia del mercado del crédito bascula sin duda en la tutela del crédito, tutela preferencial, rígida, segura de aquellas obligaciones con garantía” (Veiga, 2017b, p. 35). Si se trata de garantías reales, estas pueden incluso disminuir el coste de acceso a capital en empréstito, ya que el acreedor quedaría relevado de monitorear las actividades del deudor (Picker, 1992). El valor del bien objeto de una garantía debe mantenerse, ya que una rápida depreciación podría detonar acciones de aceleración o anticipación del pago que se hayan estipulado, o en el caso de una hipoteca, el legislador mismo ordena su mejoramiento (Código Civil, art. 2451). Una garantía sobre un bien productivo, por ejemplo, requeriría de un mayor monitoreo, por cuestiones del riesgo de actividad. No obstante, la constitución de la garantía conlleva que dicho monitoreo sea menos costoso, como efectivo, ya que se centra en único objeto, no en la empresa del deudor (Scott, 1997). La relación crédito- garantía es causal, porque es la razón de su existencia, también retributiva, porque lo mejora, lo cualifica, es un factor de contundencia cualitativa y cuantitativa económica y jurídicamente.

En ese orden de ideas, por principio, las normas que rigen la garantía deberían tener como función la protección del crédito, su robustecimiento, seguridad y dinamismo. En tal cometido, en cuestión de activos mobiliarios o no inmuebles, históricamente la alternativa jurídica ha sido el contrato de prenda, que como el de hipoteca, aplicable a bienes raíces, ha gozado de la categoría de ser un derecho real.

La dinámica de regulación y de la función jurídica de la institución contractual de la prenda en un primer estadio, o primera generación, elevó “la desposesión efectiva del deudor a rango esencial” (De Cores 2010, p. 54) como tal, así se consagra en el artículo 2411 del Código Civil. La entrega del bien mueble del constituyente deudor o tercero al acreedor es su eje fundamental (Garcés, 2015). En la clasificación que hace el estatuto civil de los contratos, según su perfeccionamiento, denomina como contratos reales a aquellos que la entrega de la cosa que constituye su objeto es presupuesto de su perfeccionamiento o constitución jurídica. Sin embargo, dicha entrega, como elemento objetivo alejado de una manifestación de voluntad que sea su génesis, fue una consideración que entró en crisis; incluso se entendió como un obstáculo, una rémora

para los alcances de un negocio prendario claramente acordado con otras expresiones volitivas que, a todas luces, conllevan a su celebración efectiva. Voces como la de Jordano (1958) se manifestaron en pro de su replanteamiento definitivo en el sentido de que la entrega sin un elemento volitivo resultaba inútil.

Antes de la introducción del modelo de garantías mobiliarias, como lo hemos sostenido, las normas que históricamente rigieron la institución de la prenda, que surgió del derecho romano, se han sustentado en un enfoque formal; en los primeros estadios de la prenda, la entrega de la cosa mueble era un presupuesto esencial, al punto que el Código Civil establece en el artículo 2411 una categoría en la clasificación de los contratos, distinguiéndolos como contratos reales. La entrega del bien mueble del constituyente deudor o tercero al acreedor es su eje fundamental (Garcés, 2015). Dicho enfoque formal requiere la existencia del bien mueble, que constituye su objeto, aunado al desplazamiento hacia el acreedor. La especialidad, como principio, requiere que, al momento de la celebración del contrato, se dé la identificación del bien pignorado y cumplimiento de requisitos ordenados en la legislación, so pena de algún tipo de ineficacia.

Con la evolución y la complejidad de los negocios en una sociedad en que el Estado daba aplicación a una economía de mercado, quienes acudían al crédito empresarial sufrían la carga de tener que entregar al acreedor bienes productivos, que al desposeerlos perdían gran parte de su valor y utilidad, lo cual afectaba de contera, la posibilidad de recuperar el capital colocado por el acreedor, lo cual generaba un bucle nocivo para la relación jurídico-económica de acreedor y deudor. En consecuencia, plantear la posibilidad de un gravamen prendario o pignoraticio sobre un bien mueble productivo que el deudor conserve, constituía una necesidad que a gritos pedía una regulación, una respuesta desde el derecho positivo.

León (2009, p. 470) manifiesta que las instituciones comerciales modernas y la agilidad del comercio generaron la necesidad de constituir garantías sobre bienes muebles que puedan producir frutos, sin que sufrieran la desposesión del deudor, tales como establecimientos de comercio, maquinaria, entre otros. En Perú, país que ha acogido en su ordenamiento jurídico el Modelo Interamericano de Garantías Mobiliarias de la OEA, por medio de la Ley 28677 de 2006, se planteaba la misma discusión, en el sentido de la precariedad normativa de la prenda, lo cual llevaba no pocas veces a los actores de la relación crediticia a acudir a “garantías ocultas” (Regjo, 2005), que, desde luego, navegaban en una informalidad legislativa, aunque se fundaran en el principio de la autonomía privada, sin embargo, su ejecución se veía en dificultades, dado el formalismo de las normas procesales, que son de orden público.

En una economía de mercado, con agentes de diversas latitudes, donde la circulación de capitales, de bienes y servicios requieren de fuentes diversas de capital para inversión, las garantías

al crédito cumplen un rol esencial en el desarrollo económico. Sin embargo, las legislaciones nacionales resultan diversas, pues la promulgación normativa es manifestación de soberanía<sup>1</sup>, situación que para CNUDMI representa ciertas dificultades. “El mayor problema que plantean a nivel mundial las leyes relativas a las operaciones garantizadas, es la multiplicidad de regímenes y las lagunas e incongruencias a que da lugar”<sup>2</sup>.

Bajo las anteriores condiciones, las instituciones de garantía existentes, que históricamente estaban a disposición de las personas, han sido la hipoteca y la prenda, que, a la postre, resultaron insuficientes a los requerimientos del tráfico, dada su fuente original napoleónica, que parece dejar su posición, cediéndosela a otra “visión inspirada en el derecho alemán y del ‘common law’” (De Cores, 2007, p. 72).

A mediados del siglo XVIII y principios del XIX existían los sistemas administrativos de registro inmobiliario, que podían adaptarse a las nuevas garantías prendarias sin desplazamiento, que empezaron a desarrollarse al margen de los códigos civiles a partir de la segunda mitad del siglo XIX en América Latina.

En el caso colombiano, la Ley 24 de 1921 introdujo la figura de la Prenda Agraria, que permitió que bienes muebles tales como maquinaria, cultivos o animales fueren pignoralizados sin que el deudor perdiera la tenencia de estos; luego, con el Decreto 553 de 1932, se incluyó el contrato de prenda industrial, que en el mismo sentido permitía la pignoralización de activos muebles relacionados con la actividad industrial, conservando el deudor la tenencia de aquellos. Estas garantías, previas a la expedición del Código de Comercio que con su entrada en vigencia las absorbió legalmente. El Código de Comercio Decreto 410 de 1971, incorporó una prenda con tenencia, similar a la tradicional del Código Civil, pero de carácter consensual, es decir, la entrega no será requisito constitutivo o esencial. Más la verdadera novedad del estatuto mercantil fue la institución de la prenda sin desplazamiento o sin tenencia, con un objeto determinado, traducido en aquellos bienes muebles necesarios para una explotación económica, destinados a ella o que sean su resultado consecuencial. Abarcando las prendas agrarias y mineras antes citadas<sup>3</sup>, pero

---

1 “El fenómeno de la globalización y la apertura e intensificación del comercio internacional resultan en un cambio de los modos de comportamiento de los diferentes pueblos que nos rodean. Los modos de producción, mercadeo y comercialización de bienes y servicios, y los movimientos de capital se adelantan ya no bajo la antigua concepción de un mercado local, sino bajo la concepción de un mercado global” (Rodríguez, 2009, p. 94).

2 Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Garantías Mobiliarias 2016. [https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/modellaw/secured\\_transactions](https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions)

3 Pérez Vives (1999, pp. 313 a 374) desarrolla de manera suficiente las prendas sin desplazamiento, agraria, industrial y minera.

creemos que, se pudo haberle concedido un mayor alcance y eficacia a este contrato, con un objeto más amplio, superando la estricta naturaleza mobiliaria del activo a pignorar sin importar su carácter y destinación económico o industrial.

A pesar del avance que significó la regulación de la prenda sin tenencia, que puede considerarse de segunda generación (Cores, 2010), esta seguía fundándose en el principio de especialidad, en el sentido de que el legislador continuaba usando la acepción “bien mueble”, el cual requiere identificación o individualización, lo que en la práctica de negocios más complejos o, incluso, situaciones fácticas más complejas que implicasen un ejercicio de una garantía, significaron una limitación en su objeto. El enfoque formal a que hacemos referencia encasilla la prenda como contrato y como derecho real, como el c. inc. 2º aso colombiano (Código Civil, art. 665, inc. 2º y art. 2409), en otras latitudes, como ocurre en el Código Civil catalán, ubica la prenda entre los derechos reales; el BGB alemán define las garantías como derechos reales limitados; en Perú, antes de la entrada del régimen interamericano de garantías mobiliarias, la prenda era considerada como contrato y pasó a ser clasificada como derecho real a partir del Código Civil de 1936 (Jerez, 2017, p. 35).

El parámetro conceptual de las garantías mobiliarias de tercera generación, que se incluyó en varios ordenamientos jurídicos de cuño romano continental, como el chileno, argentino, uruguayo, español, entre otros, se basa en un enfoque funcional, es decir, la identidad del instituto no la contiene su definición jurídica, sino la función que cumple, la cual no es otra que la de garantizar una obligación que requiere ser caucionada por su monto y riesgo concomitante; como tal, no interesa si la garantía mobiliaria es un contrato o un derecho real, sino que esté dotada de una eficaz ejecución en caso de incumplimiento. “La garantía mobiliaria es un derecho de preferencia para el cobro, a favor de un acreedor, sobre bien, determinado o determinable” (Jerez, 2017, p. 36). Como el verdadero núcleo de la garantía no es su encuadramiento legislativo, en esta regulación puede encasillarse cualquier negocio de garantía, sea fideicomiso, *leasing*, o aquellos basados en la propiedad, como las ventas con pacto de reserva de dominio, o garantías globales o flotantes.

Este enfoque, que se encuentra en desarrollo, permite una ampliación aún más extensa de la que una prenda comercial puede otorgar, esto es, el de las cosas muebles corporales o incorporeales que estén en el comercio como objetos susceptibles de pignoración. Permitiendo numerosas posibilidades de negocios de garantía con diversos objetos, con la sola limitante de que no sean inmuebles y, claro, la prohibición emanada de las normas imperativas, incluyéndose en un acuerdo de garantía los derechos a los que las partes concedan un contenido económico. La autonomía privada puede configurar los derechos y objetos de garantía, “que también han

proyectado su sombra y cobijo frente a otros activos igualmente inmateriales o incorporales, por ejemplo: derechos audiovisuales” (Veiga, 2017, pp. 167-168).

El enfoque funcional de la garantía mobiliaria destaca la prelación que se le concede al acreedor, respecto de los potenciales acreedores del deudor, alejándose de los derroteros formales de los modelos napoleónicos que, como se ha dicho, han inspirado los códigos civiles iberoamericanos, en los cuales existe “la valla de la tipicidad rígida, basada en la idea de la causa” (De Cores, 2010, p. 68). El instituto de garantía permite la realización de un negocio abstracto, lo que se deduce claramente del inciso segundo del artículo 3º de la Ley 1676 de 2013, al establecer que “independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante”. Tal abstracción es una plataforma para la autonomía privada, una suerte de *numerus apertus* de negocios de garantía; los móviles que llevan a la realización del contrato o negocio de garantía son irrelevantes ante una causa socioeconómica abstracta que se alinea al aporte que económicamente la garantía del crédito pueda contribuir al desarrollo de los países. “La función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido mínimo necesario” (Betti, 2000, p. 163).

Desde la fuente misma de la Ley 1676 de 2013 hacemos referencia a la Ley Modelo Interamericana concebida en la Sexta Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) de 8 de febrero de 2002; a pesar de que establece que las garantías mobiliarias pueden constituirse mediante contrato, contempla una posibilidad que va más allá de esta institución: nos referimos al concepto de operación jurídica, en la medida que tenga la función de garantía de alguna obligación. Es decir, contempla los casos en que la forma contractual determinada no sea suficiente para concretar los intereses perseguidos por las partes; como tal, el acuerdo de garantía puede contener aspectos complejos no tipificados de manera precisa en el ordenamiento bajo un manto contractual determinado. “Así, más allá del tipo actúa la operación económica, esto es, la concreta regulación del auto reglamento de los intereses privados” (Gabrielli, 2017, p. 8).

En un escenario de negocios más complejo se pueden expresar manifestaciones de voluntad y disposición de intereses patrimoniales de gran valor, donde el riesgo es un factor que no deja de estar presente, el cual debe conjurarse o prever las consecuencias de futuros incumplimientos; como tal, la garantía debe ser dúctil, simplificada y segura; este último aspecto tiene que ver con su ejecución. Ante esta situación que se plantea, la prenda o la hipoteca se quedan cortas, por factores formales, iliquidez de los activos inmobiliarias y limitaciones legales en la regulación de la prenda. Entonces, el modelo de garantía mobiliaria simplifica su constitución a acuerdos ajustados a los montos máximos, el objeto de la garantía y la identificación de las partes, pero sin

que la determinación y demás parámetros formales le resten eficacia a la operación. “La noción de operación económica, como categoría conceptual, identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí el reglamento, todos los comportamientos que con él se vinculan para la consecución de los resultados queridos” (Gabrielli, 2017, p. 7). Un acuerdo complejo de garantías que incluya derechos económicos de negocios empresariales en desarrollo, flujos de caja futuros y rendimientos esperados, por supuesto, pueden gravarse, pero bajo el manto de la garantía mobiliaria, por su misión omnicompreensiva. Un ejemplo de este tipo de acuerdos mercantiles complejos es el Project Finance, que se basa fundamentalmente en los flujos de caja de un proyecto de inversión, el cual es la garantía para los inversores<sup>4</sup>.

## LA AUTOEJECUCIÓN: HERRAMIENTA FUNDAMENTAL DEL ENFOQUE FUNCIONAL DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

La garantía real tiene dos fases: la estática y la dinámica (Rubino, 1952). La primera blindo el bien gravado de las contingencias que puedan malograr la satisfacción del acreedor; la segunda se refiere a los medios legales que el acreedor tiene a su disposición para forzosamente, si es del caso, obtener el pago de su acreencia.

Uno de los pilares de la institución de la garantía mobiliaria es la auto ejecución, o autorregulación, que se fundamenta en el principio de la autonomía privada, lo que se puede colegir de los siguientes documentos trasnacionales:

La Ley Modelo Interamericana Sobre Garantías Mobiliarias, de la que hemos hecho referencia, y que es la fuente directa de la Ley 1676 de 2013, establece en su introducción que uno de sus objetivos es procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante”.

El National Law Center for Inter-American Free Trade (NatLaw) desarrolló *Los doce principios para las Garantías Mobiliarias en las Américas año 2006*. En el principio 10 manifiesta el concepto de la auto ejecución o auto regulación, que consideramos uno de los ejes del instituto objeto de este estudio, de la siguiente manera:

La auto-cancelación de las garantías mobiliarias exige que la reposición de las garantías y su ejecución se pueden realizar a través de mecanismos de resolución contractual y de ejecución extra-

---

4 Dentro de esta estructura puede considerarse así mismo que los sponsors zbuscarán contar con algún tipo de garantía con el objeto de tener la posición de acreedores garantizados y de gozar de una preferencia en el pago. Dicha preferencia será, por supuesto, posterior a la de los proveedores de financiación (Arias, 2012, p. 225).

judicial, confiriéndole al acreedor o a quien se haya acordado habrá de actuar como fiduciario la potestad de tomar posesión o retener y hacer ejecutar la garantía ya sea de manera privada o a través de un proceso judicial altamente expedito.

La apertura a la auto ejecución rompe vertebralmente un principio de la prenda, esto es, la prohibición del pacto comisorio (Código Civil, art. 2422, inc. 2º), instituto proteccionista del deudor propio de la codificación civil, que consideraba a priori en el acreedor una parte con posición dominante, de la cual había que frenar sus alcances, condenando de nulidad el acuerdo previo o pacto pignoraticio, que en caso de incumplimiento le permitiera al acreedor apoderarse del bien objeto del contrato<sup>5</sup>.

La auto ejecución, que prioriza la autonomía privada sobre los formalismos legislativos fundados en la tradición romanista, logró, por lo menos tangencialmente, que la prenda, como acceso al crédito, perdiera eficacia económica. Más, en los escenarios contractuales contemporáneos terminan cualificando el crédito garantizado con una garantía que permita al acreedor diseñar, al momento de la celebración del acuerdo, la manera en la cual, en caso de incumplimiento, se pueda satisfacer el crédito que el deudor no supo honrar. Ahora bien, estas alternativas tienen cabida en un modelo funcional, precisamente porque la función de toda garantía es la de satisfacer al acreedor. “Al estimular el cumplimiento y remediar las consecuencias del incumplimiento” (Veiga, 2022, p. 145).

Efectivamente, si las garantías pueden mitigar los riesgos provocados por las disfunciones del mercado de la financiación ocasionados por la asimetría de la información, es fundamental no solo que el acreedor obtenga la realización de valor del bien gravado, sino que, además, los procedimientos para obtenerlo sean sencillos, ágiles y eficaces, protegiendo a todas las partes interesadas (otorgante, acreedor garantizado, otros acreedores y terceros). (Feliu, 2017, p. 189)

La Ley 1676 de 2013 introdujo dos alternativas de ejecución, todas ellas de tipo dispositivo, es decir, pueden estipularse al momento de la celebración del contrato de garantía o, posteriormente, el pago directo y la ejecución especial de la garantía. No obstante, se debe destacar que si el acreedor al momento del incumplimiento detente posesión del bien, será requisito de aplicabilidad de cualquiera de estos modos de auto ejecución que llevará a una transferencia de la propiedad a aquel.

---

5 No era admisible para la prenda de primera generación en ningún caso que el acreedor tuviese un derecho legítimo de venta que le permitiera disponer de la prenda o apropiársela (pacto comisorio); dicha prohibición se origina en el siglo XVI y trasciende al Código Civil francés de 1804, y más tarde a los códigos chileno y colombiano (Zúñiga Ordóñez, 2023).

El nuevo modelo ha conservado un aspecto fundamental de la prenda clásica: la posesión del acreedor, que sin duda resalta el acto de la entrega, que no deja de ser esencial, en el sentido de que materializa el derecho real y genera oponibilidad erga omnes ante los otros acreedores del garante. Así ha sido desde los albores de la prenda en el derecho romano<sup>6</sup>, y ha conservado su viabilidad económica y jurídica aun en tiempos contemporáneos, pero solo para dar oponibilidad al contrato de garantía. No tiene carácter constitutivo.

El pago directo permite al acreedor establecer que en caso de incumplimiento pueda pagarse con el bien dado en garantía, lo cual opera, por acuerdo expreso o cuando el acreedor sea tenedor del activo pignorado (Ley 1676 de 2013, art. 60, inc. 1º). El valor del activo mueble en esta instancia soportará el valor del crédito; como tal, es requisito *sine qua non* un peritaje de experto de lista dispuesta por la Superintendencia de Sociedades. No puede haber una correcta función de una garantía si se obstaculiza la realización directa.

En cuanto a la ejecución especial de la garantía, opera de igual forma cuando el acreedor esté en tenencia del bien garantizador y cuando este ejerza derecho de retención, desde luego, sobre un activo mueble. Con estas manifestaciones legislativas, no es forzado concluir que en la relación de garantía en la que el acreedor sea el tenedor del activo mobiliario, esto le significa *ipso facto* la posibilidad de una inmediata autorrealización en caso de incumplimiento del deudor garante. Los alcances de la ejecución de la garantía pueden ajustarse a las necesidades del acreedor; en tanto que la prenda solo otorgaba el camino procesal, regido por normas de orden público, que se encaminaba mayormente a la venta del bien mueble en subasta pública. En la garantía mobiliaria, la ejecución queda en manos de las estipulaciones de las partes de la relación de garantía, lo que es posible en el enfoque funcional del actual modelo. Claramente significa un cambio de paradigma. Una realización eficaz en caso de incumplimiento es el gran atributo que debe contar una garantía, cualquiera que sea. “De este modo, la sujeción del bien, la facultad de proceder a su venta forzosa y el privilegio de cobro, constituyen la esencia y característica común de los derechos reales de garantía” (Veiga, 2021, p. 153).

Finalmente, podemos concluir que el enfoque funcional favorece la garantía real mobiliaria, o, si se quiere, se puede denominar garantía funcional, en el sentido de que facilita la realización del contrato de garantía o de esta si es de orden legal, en caso de incumplimiento del deudor, otorgando un alcance pleno a las alternativas de auto ejecución que se estipulen en la constitución de la garantía o posteriormente, con la única limitante del orden público, lo cual se ajusta

---

6 En Roma, “la función de garantía, era cumplida amplia y cómodamente por la *fiducia cum creditore contracta*” (Biscardi, 1994, p. 25), o como define Pérez (1999): “*Fiducia cum creditore contracta*. Se hacía el desplazamiento de propiedad por la mancipatio o la in jure cesio” (p. 239).

a las limitaciones propias de la autonomía privada del derecho privado contemporáneo, como pueden ser las disposiciones que protegen al consumidor (artículo 62, núm. 1º, que prohíbe las cláusulas abusivas). En la Ley Modelo de CNUDMI Sobre Garantías Mobiliarias de 2019, en el plano de garantías mobiliarias internacionales, en el artículo 72 se establece que

Tras producirse el incumplimiento, el otorgante y el acreedor garantizado podrán ejercer: a) Cualquiera de los derechos que les confieren las disposiciones del presente capítulo; y b) Cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía o en cualquier otra ley, salvo en la medida en que sea incompatible con las disposiciones de la presente Ley<sup>7</sup>.

La auto ejecución fortalece la garantía, le da seguridad al acreedor y, claro, cualifica el crédito. Es un atributo sustancial que complementa su funcionalidad.

## ENFOQUE FUNCIONAL EN EL DERECHO DE RETENCIÓN

El enfoque funcional de la garantía mobiliaria que estableció la Ley 1676 de 2013 de manera expresa plantea que el derecho de retención debe ser concebido como una garantía mobiliaria. En consecuencia, le imprime las prerrogativas de dicha institución jurídica, tales como: oponibilidad, ejecución, además del privilegio del acreedor, en este caso, el retenedor. Desde que se ejerce, extendiéndose incluso en los procesos de insolvencia del deudor y de liquidación del deudor. Claramente, le da una regulación plena a una forma de garantía que adolecía de una auténtica exigibilidad.

El derecho de retención es un poder *de facto* que otorga la ley a una persona que, al haber celebrado un contrato o negocio con otra, su contraparte le adeuda cierta suma de dinero como tal, de la relación jurídica establecida, una parte tiene una detentación física material de un bien, que pudo haber sido parte del objeto del contrato que habían celebrado. “Se instituye un concepto más fáctico que jurídico” (Lauroba, 2006, p. 371).

“En virtud del derecho de retención, el sujeto que retiene la cosa de su deudor, ejerce un poder de facto y no está obligado a la restitución hasta no ser satisfecho en la deuda” (Villamil, 2013, p. 142).

---

<sup>7</sup> Al respecto, dice Feliu Rey (2017): “Efectivamente, si las garantías pueden mitigar los riesgos provocados por las disfunciones del mercado de la financiación ocasionados por la asimetría de información, es fundamental no solo que el acreedor obtenga la realización de valor del bien gravado, sino que, además, los procedimientos para obtenerlo sean sencillos, ágiles y eficaces, protegiendo a todas las partes interesadas (otorgante, acreedor garantizado, otros acreedores y terceros) (p. 189).

Esta prerrogativa jurídica adoleció de una ejecución o realización directa para materializar el derecho mismo que se ejercía sobre el bien que constituye su objeto. Este derecho se mantenía en la medida que la obligación del propietario del bien fuera cumplida, sin embargo, no existía un vencimiento cierto exigible por vía ejecutiva judicial o amparado por el derecho positivo. Por esa razón, vemos cómo la doctrina considera este derecho como un “medio indirecto” para forzar el pago. (Mazeaud, 1962), o un mecanismo de negativa fáctica, que consiste en un retardo en la entrega como instrumento para forzar un pago pendiente (De Gasperi, 1964).

La Corte Suprema de Justicia define al derecho de retención como “el de retardar la entrega de la cosa debida, como medio de obligar a la persona a quien pertenece pagar al detentador de la cosa la deuda nacida con ocasión de la misma cosa”<sup>8</sup>.

En conclusión, el derecho de retención es una garantía que se ejerce sobre un bien devenida de una relación jurídica contractual anterior incumplida en alguna de sus obligaciones, siendo titular quien por efecto tiene en su poder dicho objeto, pero no es una garantía real, es decir, adolece de los derechos de persecución y preferencia; entonces comporta una suerte de “nudo gordiano”, en el sentido de que el acreedor no podía gozar de una realización efectiva o la satisfacción de su crédito, teniendo que ceder, incluso ante otro acreedor, que en un proceso ejecutivo se practique el secuestro del bien retenido (Villamil, 2013).

El derecho de retención, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1676 y, con ella, el enfoque funcional de la garantía mobiliaria, no se podía atemperar o equivaler a la categoría de derecho real, como ya lo citamos. Solo bastaba con leer el artículo 665 del Código Civil, en el que el legislador no incluyó como tal la institución que estamos tratando. En ese orden de ideas, si el retenedor perdía el bien o lo llegare a entregar, automáticamente su derecho se extinguía. El ordenamiento no le otorgaba ninguna acción real. Ahora bien, tampoco podía ejercer la acción reivindicatoria, por una razón jurídica fundamental: no era propietario.

Solo tendría una acción de despojo, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 984 del Código Civil, pero se requiere que el titular haya sido desvalijado del bien de manera violenta, solicitando a la justicia el restablecimiento de las “cosas en el estado que antes se hallaban”.

A pesar de que, como dice Villamil (2013, p. 163), por analogía legal se puede proteger el derecho de retención, no habría forma alguna de que la génesis de este derecho, es decir, el contrato o negocio jurídico previo, pudiese ser satisfecho el titular o acreedor por instrumento coactivo alguno, ya que el derecho de retención en sí mismo es una vía de hecho, esencialmente coercitiva.

---

8 Sentencia de 25 de agosto de 1993, *Gaceta Judicial* LXXVI.

Esta situación, al menos si el objeto es un activo no inmobiliario hoy por hoy tiene un cambio estructural en favor del otrora desvalido acreedor, toda vez, que al ser considerado garantía mobiliaria y poderse aplicar la Ley 1676, entonces, el retenedor alcanzará, a nuestro juicio, a aplicar una ejecución especial de la garantía, a la luz del artículo 62, numeral 3 de la citada norma. Teniendo una gama de posibilidades de realización de la obligación pendiente, incluso, pudiendo vender el bien o activo mueble o adquirirlo, previo avalúo, que se debe atemperar a los criterios del nuevo modelo de garantía. Desde el enfoque funcional, la nueva realidad jurídica del derecho de retención lo aparta sustancialmente en caso de que se ejerza sobre un bien mueble que sobre un bien inmueble. Pues en este último supuesto, la institución queda tal como históricamente se ha concebido, como un poder fáctico en manos de un acreedor resultante de una relación jurídica anterior.

## ENFOQUE FUNCIONAL EN EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

El pacto de reserva de dominio no es un negocio jurídico principal, es un acuerdo accesorio al contrato de compraventa. Es decir, un elemento accidental a dicho contrato; se puede incluir o no en la relación jurídica entre comprador y vendedor, si a este no se le ha pagado el precio pero ha entregado la cosa vendida. La vigencia del pacto dependerá del pago total del precio. “*Donec pretium solvatur* por el sistema de cuotas o de uno o varios contratos dentro de uno o varios plazos convenidos” (Valencia, 2022, p. 57).

En tratándose de la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio, hace referencia a una condición suspensiva de la tradición de la propiedad (Martínez, 1988; Villamil, 2013, p. 226) que permite al vendedor, a pesar de haber entregado el bien objeto del contrato, conservar los derechos y prerrogativas de un propietario, derecho oponible a todos los acreedores del comprador. O sea, la tradición o dominical queda en suspenso. Podemos decir que se clasifica el pacto de reserva de dominio desde el punto de vista de los efectos sobre la propiedad. Derecho que es esperado por el comprador y, dada la causa del contrato principal de compraventa, es el móvil que lo llevó a la celebración, es decir, poder adquirir la cosa vendida.

Otra tendencia doctrinal que explica mejor la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio tiene que ver con su función de garantía o caución, ya que con esta figura se “cauciona el pago del precio aplazado” (Villamil, 2013, p. 227). Es decir, el incumplimiento del comprador faculta al vendedor para recuperar la posesión, de un bien que no salió de su esfera dominical. El autor español Rodrigo Bercovitz consideró que cuando el objeto de la reserva es un bien mueble, el pacto es un derecho de garantía limitado, una prenda sin traspaso posesorio; en caso de inmuebles, es equiparable a una garantía hipotecaria (Bercovitz, 1971). Dentro del enfoque funcional,

la concepción del pacto de reserva de dominio, como una suerte de negocio de garantía, cumple de mejor manera su función económica en el tráfico.

Ahora bien, la ley de garantías mobiliarias de manera expresa atribuye su aplicación a los contratos de compraventa con pacto de reserva de dominio; como tal, en caso de incumplimiento del comprador, el vendedor garantizado podrá usar los instrumentos de auto ejecución que el nuevo modelo regula, tales como el pago directo, ejecución especial y, desde luego, la ejecución judicial, como instrumento heterocompositivo. El acreedor podrá usar la ejecución judicial, teniendo el contrato y la cláusula de reserva dominical como título ejecutivo que legitimaría la persecución de la prenda general, al tratarse de un documento que contiene una obligación clara y expresa, y actualmente exigible, de pagar una suma de dinero.

En cuanto al pago directo, no procedería, en la medida que esta herramienta exige un acuerdo expreso o que el acreedor ostente tenencia del respectivo bien. Precisamente, el pacto de reserva de dominio no se da el requisito de la tenencia en el acreedor, pues la cosa vendida se ha entregado al comprador. No obstante, consideramos que una forma de aprovechar los beneficios del nuevo modelo sería que el acreedor estipule la cláusula de pago directo, que a pesar de no ofrecer una satisfacción plena, porque es paradójico apropiarse de cosa propia, al menos le permitiría soslayar un proceso reivindicatorio y de reclamaciones de terceros tenedores de buena fe, en el sentido de lo ágil que puede resultar esta alternativa de ejecución de la garantía. Pudiéndose incluso solicitar orden de aprehensión, si se cumplen los requisitos del artículo 68 de la Ley 1676 de 2013. En este punto destacamos la explicación de Cárdenas Mejía (2021):

Es pertinente señalar que la ley no previó ningún mecanismo por el cual el garante pueda oponerse al mecanismo de pago directo. Por consiguiente, si el garante considera que no es posible el pago directo, y el acreedor en todo caso acude al mismo, el camino que le queda es acudir a la autoridad jurisdiccional. (p. 962)

Pese a lo expresado en esta cita, consideramos que, en el caso concreto del pacto de reserva de dominio, el deudor, es decir, el comprador, fue quien seguramente desató la ejecución; dado su incumplimiento, no podría exitosamente obtener un fallo favorable a su oposición de pago directo o de ejecución especial amparándose en un imposible auto ejecución del propietario del bien, dado que estaría alegando su propio dolo o culpa. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Y en últimas, recuperar un bien del que perdió su posesión mediante un mecanismo más expedito que el de un proceso reivindicatorio. Es una forma de compensación jurídica que no considerarse representa una renuncia a los beneficios que el derecho les concede a los ciudadanos.

En lo concerniente a la ejecución especial de la garantía de la Ley 1676, un pacto de reserva de dominio, que es un acuerdo accesorio al contrato de compraventa, puede revestirse de

alternativas para una enajenación expedita, directa y con un precio de mercado, lo anterior con base en lo dispuesto en el artículo 62 de la mencionada norma.

El enfoque funcional en la citada disposición es de un amplio alcance, al leerse en el numeral 1º que: “dicho acuerdo podrá incluir un mecanismo especial para llevar a cabo la enajenación o apropiación por el acreedor del bien sobre el cual recae la garantía”. El quid será el conocimiento que los asesores jurídicos dispongan a efecto de moldear instrumentos de ejecución verdaderamente eficaces. El derecho de garantías apunta al abandono de viejos moldes, formales y enquistados en el procedimiento civil de orden público.

Autonomía privada y creatividad y modelación de nuevas garantías se abren paso de una parte y, de otra, los viejos arcanos y dogmas y los rígidos esquemas y parámetros de las garantías reales, sean de base inmobiliaria o lo sean mobiliaria, todavía siguen vigentes. (Veiga, 2021, p. 36)

En conclusión, el acreedor vendedor podrá definir la manera en que podrá obtener en definitiva el pago del precio, en caso de que el comprador no honre su compromiso. Pero debe diseñarse el respectivo procedimiento. Es preciso que se incorpore en el contrato de compraventa, con reserva de dominio, todos los aspectos de la ejecución, ya que se trata de una norma supletiva. Además, se requiere mutuo acuerdo bilateral (Arrubla, 2022).

De no existir estipulación que defina el mecanismo de ejecución, el trámite se iniciará con la inscripción en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias, el cual tiene efecto de notificación al deudor, siendo las notarías o las cámaras de comercio las entidades en que se puede efectuar el trámite de ejecución especial. No obstante, es vital que en el pacto de reserva de dominio se trace el camino que lleve a la satisfacción del acreedor en caso de incumplimiento. No hay que olvidar que el acreedor es propietario del activo mueble; como tal, es muy aconsejable evitar el trámite de ejecución especial; aunque sea simplificado, puede llegar a retrasar el restablecimiento del derecho del vendedor propietario que ha reservado el dominio.

## ENFOQUE FUNCIONAL EN EL CONTRATO DE ANTICRESIS

El contrato de anticresis, según algunas importantes legislaciones del espectro americano y europeo, tiene como elemento esencial la obligación del deudor de entregar un bien inmueble al acreedor para que con los frutos de este se pueda cobrar la deuda<sup>9</sup>. Precisamente esa función

---

<sup>9</sup> **Chile:** Código Civil. Artículo 2435. “La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos”.

**España:** Código Civil. Artículo 1881. “Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos

de garantía de un crédito previo le da el carácter de ser contrato accesorio, en consecuencia, las vicisitudes de la obligación principal se trasladan al vínculo anticrético.

La anticresis tiene como función económica servir de garantía, toda vez que su objeto refiere al pago de una obligación de origen contractual estipulado previamente entre las partes; como tal, puede considerarse igualmente como un contrato de garantía. El disfrute del acreedor del anticrético sobre el inmueble le conmina a pagarse el crédito con los frutos del citado bien (Planiol y Ripert, 1945). De lo anterior se colige que el bien inmueble debe tener la capacidad de producir frutos.

En nuestro país encontramos que el contrato de anticresis tiene una doble regulación, aunque ni el Código Civil ni el de Comercio son prolíficos en determinar y delimitar suficientemente los alcances jurídicos de este contrato. No obstante, la diferencia no es menos importante, toda vez que el artículo 1221 del Código de Comercio reza que “La anticresis puede recaer sobre toda clase de bienes.” Es decir, que el abanico de posibilidades para celebrar un contrato de anticresis mercantil es más amplio, lo que, dada la naturaleza misma del derecho comercial, puede responder al ofrecimiento de mayor flexibilidad en las relaciones contractuales en el tráfico y los negocios. En tanto el Código Civil en el artículo 2458 solo permite la celebración de anticresis sobre bienes raíces.

Así, entonces, consideramos que si el objeto de un contrato de anticresis es un inmueble, este será regulado por el Código Civil; por principio de especialidad y de la concepción histórica del contrato anticrético y de su comparación con otras legislaciones, como lo hemos planteado, es la generalidad.

Ahora bien, para que un contrato de anticresis sea absorbido por la institución de las garantías mobiliarias, claramente será en los casos en que el objeto de la garantía al crédito recaiga sobre activos no inmobiliarios. Por consiguiente, se puede colegir que la anticresis comercial es, a su vez, una garantía mobiliaria y de orden legal.

---

de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”.

**Perú:** Código Civil de 1984. Artículo 1091. “Definición de anticresis. Por el contrato de anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos”

**Argentina.** Código Civil y Comercial de la Nación, en vigor desde 2015, en el artículo 2214 dice: “El contrato de anticresis es aquel en cual el deudor entrega al acreedor un inmueble, a fin de que este perciba los frutos, imputándolos al pago de los intereses y luego al capital”.

El Código de Comercio establece la posibilidad de celebrar este contrato sobre establecimientos de comercio y sobre acciones de sociedades comerciales, los cuales generan frutos, derivados de su explotación económica ligada a la actividad empresarial e industrial, pero, sin duda, también podría recaer sobre elementos de propiedad industrial, como las marcas, patentes, modelos de utilidad, etc. Consideramos que en un enfoque funcional la anticresis mobiliaria goza de los efectos y prerrogativas del nuevo modelo, en el entendido de su finalidad de protección y aseguramiento del crédito. “La anticresis cumple un doble propósito, pues, además de ser garantía para el cumplimiento de la obligación, es un instrumento que sirve para el pago de la obligación” (Arrubla, 2022, p. 326).

La anticresis, como lo anticipamos previamente, es una garantía mobiliaria que tendría una naturaleza mercantil, y bajo ese escenario, le permitirá una ampliación en los activos para ser dados en garantía, que podrían generar frutos más fáciles de percibir y, por lo tanto, el acreedor anticrético se vería más motivado a administrar y explotar. Podría ser el caso de una empresa con varios establecimientos de comercio, constituyendo anticresis sobre algunos, podría acceder a nuevas fuentes de financiación y, a la vez, liberarse de las cargas de la administración. No se puede olvidar que el desuso de la figura es precisamente porque existen otros contratos de garantía que relevan al acreedor de la administración y explotación del bien que constituye su objeto.

El acreedor anticrético tiene la obligación de hacer producir el activo recibido, lo que puede comprometer su responsabilidad civil; así mismo, los frutos o utilidades generadas se deben imputar al crédito. Anticresis o contra goce (Josserand, 1951). Dado lo anterior, el activo mueble que puede ser cobijado por modelo de garantía debe ser fructífero, y que para el acreedor sea atractiva su explotación como forma de pago. Sería el caso de un establecimiento de comercio en que se desarrolle una actividad que el acreedor desee aprender, para desarrollarla por su cuenta en un futuro cercano.

En Colombia, el contrato de anticresis conforma una garantía personal, no se trata de un derecho real<sup>10</sup>, aunque recaiga sobre inmuebles. “La anticresis es a la vez que un contrato, una forma de pago, porque es un contrato para pagar. La entrega del bien se hace para que con el producido de él se extinga la obligación” (Salamanca, 1977, p. 322). La entrega que de los activos hace el deudor anticrético no es traslaticia de dominio.

No obstante lo anterior, si un contrato de anticresis recae sobre un bien o activo mueble, será una garantía mobiliaria; en consecuencia, se aplicarán las disposiciones de la Ley 1676 de 2013,

---

<sup>10</sup> Código Civil, artículo 2461. La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

que afectarían su carácter de accesorio, en el sentido de que el contrato de garantía mobiliaria tiene la característica de ser principal (Ley 1676, art. 3º); esto implicaría que la nulidad o ineficacia del contrato cuya obligación se garantiza no afectaría la anticresis sobre los bienes que sean su objeto. La accesoriedad de la anticresis es esencial e intrínseca, a pesar del nuevo modelo, por ser, más que garantía a un crédito, el medio de pago del mismo<sup>11</sup>.

Un contrato de anticresis sobre bienes muebles, actualmente garantía mobiliaria, deberá celebrarse por escrito (Ley 1676, art. 14º); en consecuencia, el acreedor tendrá a su disposición los mecanismos de pago directo o ejecución especial, tendría beneficios cercanos a una garantía real, ora la apropiación o pago directo, la venta a precio de mercado, así como la preferencia una vez inscrita su ejecución en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias.

Desde otra perspectiva, habría otra aproximación a un derecho real, por lo menos relativamente o por transmisión. Dado que la anticresis comercial en lo que sea compatible se aplica las disposiciones del derecho de usufructo, el cual sí tiene la calidad de ser derecho real (Código de Comercio, art. 1233, inc. 1º) (Velásquez, 2014, p.135).

No obstante lo antedicho, consideramos que si el contrato de anticresis no se llegase a celebrar por escrito, por ser un contrato real, es decir, se perfecciona con la entrega, así lo expresan el artículo 1221 del Código de Comercio y el artículo 2460 del Código Civil, igual será una garantía mobiliaria, pero de orden legal, toda vez que el artículo 3º de la Ley 1676 dice que cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a la anticresis, entre otros negocios jurídicos, “se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley”. No se trata de una presunción, es un efecto directo de la misma ley, sin embargo, en cualquier caso, debe hacerse la entrega del activo mueble al acreedor; de no efectuarse, no se produciría ningún efecto jurídico entre las partes, no se alcanzaría a constituir ni la anticresis ni la garantía mobiliaria.

## CONCLUSIONES

1. “El concepto de garantía funcional alude a una construcción del derecho anglosajón” (Jerez, 2017, p. 27); ha permitido que la institución de la prenda, como contrato de garantía, se transforme desde lo jurídico y también desde lo económico, ya que al superarse los obstáculos de la forma jurídica que delimitaba sus alcances al encuadre de los requisitos conceptuales dados por la ley, tales como la naturaleza de los bienes, que deben ser muebles propiamente

---

<sup>11</sup> La anticresis es un acto voluntario, por el cual se materializa una suerte de disposición de un activo inmueble por parte del acreedor y, concomitantemente, se produce el pago de la obligación garantizada por el deudor anticrético (Mejorada, 2006).

dichos, así como el cumplimiento de requisitos dogmáticos, representó a lo largo del tiempo un freno en su aplicación. De igual forma, el principio de especialidad, que exigía la identificación del bien mueble y la entrega como presupuesto de existencia, fueron presupuestos dogmáticos que la dejaron al margen de los requerimientos de los negocios.

2. El enfoque funcional en que se basa el instituto de las garantías mobiliarias propone la formulación de un concepto unitario, que abarca cualquier negocio que en su objeto sea el de servir de garantía; como tal, se incluyen todas las formas jurídicas que cumplan tal fin. Dado que el nuevo modelo ha incorporado formas ágiles de auto ejecución, basadas en la autonomía privada, definitivamente conllevó a la derogatoria del pacto comisorio, que se instituyó en épocas medievales bajo la cosmovisión de que el deudor siempre fungía como parte débil en la relación crédito garantía. Es menester que los asesores jurídicos incorporen a los contratos de anticresis o de compraventa con pacto de reserva de dominio fórmulas de ejecución especial, que permitan una ágil enajenación.
3. Desde luego que a la luz de la Ley 1676 de 2013 es garantía mobiliaria el derecho de retención, instituto que adoleció de una regulación que efectivamente protegiera a su titular, garantizando una satisfacción por lo menos meridiana, lo cual se soluciona, en gran manera, con el pago directo que concede la citada ley. De igual forma, el pacto de reserva de dominio, como garantía mobiliaria, podría ser reforzado con una adecuada autorrealización por medio de una ejecución especial, que puede reforzarse si estipulan formas eficaces de auto ejecución. En cuanto al contrato de anticresis, un activo mobiliario productivo, aunado a fórmulas dispositivas de auto ejecución, pueden contribuir a generar confianza a la persona que espera obtener ganancia con los frutos generados por el bien dado en anticresis; así mismo, estas características contribuyen a disminuir la aversión al riesgo.
4. Finalmente, el enfoque funcional será el camino para que nuevos acuerdos de garantía sobre objetos ampliados en el infinito universo de los activos no inmuebles, presentes y futuros, no solo tangibles, puedan ser absorbidos por el instituto de las garantías mobiliarias que, gracias a sus pilares de simplificación, oponibilidad ampliada y auto ejecución, sin duda van a generar derechos de garantía *numerus apertus*, lo cual significará un profundo cambio de paradigma al instituto jurídico de los derechos reales en el derecho privado.

## REFERENCIAS

- Arias, L. C. (2012). Perspectiva Legal de la Financiación de Proyectos “Project Finance” y el Manejo del Riesgo. *Revista de Derecho Privado*, 22, 211-243. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3308>

- Arrubla Paucar, J. (2022). *Contratos Mercantiles. Los Contratos de Garantía y la Tutela del Crédito*. Legis.
- Bercovitz Rodríguez-cano, R. (1971). *La cláusula de reserva de dominio*. Moneda y Crédito.
- Betti, E. (2000). *Teoría General el Negocio Jurídico*. Colmares.
- Biscardi A. (1994). La Genesi del Concetto di “obligatio”. En *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Bonnetcase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil*, t. II. Editorial José M. Cajicá.
- Cárdenas, J. P. (2021). *Contratos. Notas de Clase*. Legis.
- De Cores C. y Gabrielli E. (2008). *El Nuevo Derecho de las Garantías Reales*. Temis, Ubijus, Reus.
- De Cores, C. (2007). *La reforma francesa del derecho de las garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana*. <https://observatoriofinancieroybursatil.uexternado.edu.co/wpcontent/uploads/sites/7/2020/01/La-reforma-francesa-del-derecho-de-las-garant%C3%ADas-mobiliarias.-una-perspectiva-latinoamericana-.pdf>
- De Gasperi, L. (1964). *Tratado de derecho civil III – de las obligaciones*. Vol. III. Parte II. Tipográfica Editora Argentina.
- Feliu J. (2017). La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias. En *Textos Internacionales sobre Garantías Mobiliarias: Reflexión y Análisis*. C. Jerez (coord.). Boletín Oficial del Estado.
- Garcés, P. (2015). *Teoría del Contrato. Aproximación conceptual, argumentativa y crítica de cara a una realidad negocial de stirpe patrimonial*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Jerez, C. (2017). Reflexiones sobre una reforma de las garantías mobiliarias. En *Textos Internacionales sobre Garantías Mobiliarias: Reflexión y Análisis*. C. Jerez (coord.). Boletín Oficial del Estado.
- Josserand, L. (1951). *Derecho Civil*. T. II, Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch.
- Lauroba, M. (2006). La prenda gordiana ¿una figura a tener en consideración? (derecho de retención y prenda gordiana). En *Garantías Reales inmobiliarias en Europa*. Marcial Pons.
- León, E. (2009). La prenda sin tenencia del acreedor. En *Estudios sobre Garantías Reales y Personales*. Universidad del Rosario.
- Martínez De Aguirre, C. (1988). *Las ventas a plazos de bienes muebles*. Tecnos.
- Mazeaud, H. (1962). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte tercera, Vol. 1 (L. Alcalá y Castillo, Trad.). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mejorada, M. (2006). Garantía Mobiliaria: novedad y reivindicación. *Revista de Derecho*, 52, 287-301. <file:///D:/Doc/Downloads/Dialnet-GarantiaMobiliaria-5110831.pdf>
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y commercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Pérez, A. (1999). *Garantías Civiles* (2ª ed.). Temis.

- Picker, R. (1992). Security Interest, Misbehavior, and Common Pools. *University of Chicago Law Review*, 59.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1945). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo XI. Editorial Cultural.
- Ravassa, G. (2001). *Derecho Comercial Bienes Mercantiles Tomo II Títulos-Valores*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Regjo, F. (2005). La regulación unitaria de las garantías funcionales como requisito para alcanzar un verdadero sistema de garantías en el Perú. *Iut Et Veritas*, 30, 123-144. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11795>
- Rodríguez, M. (2009). *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Rubino, D. (1952). La Responsabilita Patrimoniale. II Pegno. En *Trattato di Diritto Civile*. G. Vasalli (dir.). Vol. XIV. Torino.
- Salamanca, H. (1977). *Derecho Civil. Curso IV: Contratos*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Scott, R. (1997). The Truth About Secured Financing, *Cornell Law Rev*, 82, 1436.
- Valencia Restrepo, H. (2022). *Pacto de reserva de dominio (pactum reservati dominio) en los derechos comparados y privado colombiano*. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Velásquez, C. (1998). *Instituciones de Derecho Comercial* (2ª ed.). Biblioteca Jurídica Dike.
- Velásquez, L. G. (2014). *Bienes* (13ª ed.). Temis.
- Veiga, A. (2017). *Garantías Mobiliarias Cambio de Paradigma*. Thomson Reuters.
- Veiga, A. (2017). *Garantías Mobiliarias Ley 1676 de 2013*. Universidad Sergio Arboleda, Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Veiga, A. (2021). *Función de la Garantía Real*. Reus.
- Villamil, E. (2013). *Algunas Garantías Civiles*. Universidad Javeriana, Ibáñez.
- Zúñiga, J. L. (2023). *Las Garantías Mobiliarias: Nuevo modelo de garantía real y su incidencia en la institución de la prenda en el derecho colombiano* [Tesis doctoral, Universidad Sergio Arboleda].