

La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias*

Non-possessory pledge in Colombia: commercial regulation and movable property security interests

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.44.7170>

Édgar Iván León-Robayo**
Edgar Giovanni González-Umbarila***
Universidad del Rosario (Colombia)

* Este artículo es producto del proyecto de investigación “Temas contemporáneos del derecho comercial”, que actualmente realiza la Línea de Investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, donde es profesor principal. Posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España) y especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Doctorante en derecho de la Universidad Alfonso X, el Sabio (España). Ha sido profesor de las universidades de los Andes, La Sabana y Sergio Arboleda. Fue representante por Colombia ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y ante el Task Group de Franquicia Maestra de la Cámara de Comercio Internacional. Fue miembro de la comisión redactora de la Ley 527 de 1999, por la cual se reglamentó en Colombia el uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico, las firmas digitales y las entidades de certificación.

Correspondencia: calle 12 C 6-25, Edificio Cabal, oficina 203. Bogotá, D. C. (Colombia). *edgar.leon@urosario.edu.co*

*** Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Fue monitor académico de las asignaturas Derecho Individual del Trabajo y Seguridad Social, a cargo de los doctores Andrés DaCosta Herrera e Iván Daniel Jaramillo Jassir. Actualmente es coordinador del Semillero de Investigación en Derecho Laboral del Grupo de Derecho Privado de la misma universidad y es abogado asociado de Janeth Matiz Abogados.

Correspondencia: calle 12 C 6-25, Edificio Cabal, oficina 203. Bogotá, D. C. (Colombia). *gonzalez.edgar@urosario.edu.co*

REVISTA DE DERECHO
N.º 44, Barranquilla, 2015
ISSN: 0121-8697 (impreso)
ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Una de las garantías que más utilización tiene en el tráfico jurídico es la prenda sin tenencia del acreedor. Esta figura le permite al deudor conservar el bien para utilizarlo y sacar provecho del mismo, de tal manera que pueda proceder eficazmente a la satisfacción de la obligación contraída. Aunque se encontraba tipificada en el Código de Comercio, su configuración y operativa fue modificada profundamente con la Ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias. Este artículo utiliza el método inductivo y tiene como propósito analizar el origen de la figura y establecer la manera como se encuentra regulada actualmente en el derecho colombiano, desde una perspectiva del derecho comparado y a partir del panorama histórico en que se ha desenvuelto, haciendo referencias a su tratamiento en el Code Civil francés y a los preceptos de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Todo esto a partir de los conceptos que le dan su origen: la prenda y la hipoteca.

Palabras clave: prenda sin tenencia, garantías mobiliarias, hipoteca, acceso al crédito, Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias.

Abstract

One of the securities most used within the legal market is the non-possessory pledge from the creditor. This instrument allows for the debtor to maintain the asset for its use and enjoyment and thus profit from it to be able to honor the contracted obligation. Although it was already contemplated by the Commercial Code, it was fully regulated by Act 1676 of 2013 on movable property security interests. This article intends to analyze the origin of the instrument and to establish the way it is currently regulated in Colombia, from a comparative law perspective and from the historical background it has been developed in, with references to its regulation in the French Civil Code and the principles of the Model Inter-American Law on Secured Transactions. All the above starting from the instruments that originated it, namely the pledge and the mortgage.

Keywords: non-possessory pledge, movable property security interests, mortgage, access to credit, Model Inter-American Law on Secured Transactions.

Fecha de recepción: 24 de junio de 2014

Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2014

INTRODUCCIÓN

Una de las enseñanzas que dejan los acontecimientos históricos consiste en que estos son cíclicos y tarde o temprano vuelven a su punto de partida. Esta situación no es distinta a lo que ocurre con los estudiosos del derecho cuando creen que una figura se encuentra lo suficientemente decantada y regulada en cuanto a sus causas y consecuencias. En algún momento puede presentarse un cambio que exija estudiar de nuevo los presupuestos legales o jurisprudenciales que modifican su esencia¹.

Así sucede con la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, *por la cual se Promueve el Acceso al Crédito y se dictan normas sobre Garantías Mobiliarias*. Una de las figuras que resultaron modificadas por esta preceptiva fue la denominada “prenda sin tenencia del acreedor”, contenida en los artículos 1207 y siguientes del Código de Comercio, la cual rigió en Colombia de la misma forma por más de 40 años sin ninguna clase de modificación.

Aunque tradicionalmente las garantías más utilizadas sobre los bienes eran la hipoteca respecto de inmuebles y algunos muebles sometidos a registro –naves y aeronaves– y la prenda con apoderamiento, las instituciones comerciales modernas y la agilidad del comercio crearon la necesidad de pignorar las cosas muebles sin necesidad de que el deudor tuviera que desprenderse de ellas, especialmente de las que tienen la posibilidad de producir frutos que permiten cumplir eficazmente con las obligaciones (Valencia & Ortiz, 2001).

Si bien este tipo de prenda continúa siendo regulada por el estatuto comercial², en virtud de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 1676 se

¹ “La ciencia no progresa linealmente por acumulación de conocimiento, al contrario: los conceptos científicos sufren cambios radicales en los que se tenía por verdadero es reemplazado por una nueva verdad y ese proceso no avanza hacia un acercamiento garantizado a las realidades de la naturaleza” (Torres, 2012).

² El artículo 91 de la Ley 1676 derogó expresamente los artículos 1208, 1209 y 1210 del Código de Comercio, así como lo relacionado con el registro mercantil contenido en el 1213. Sin embargo,

considera como garantía mobiliaria y, por lo tanto, debe ser analizada de conformidad con esta última preceptiva. Por ello, se precisa realizar una reformulación de la “prenda con desapoderamiento”³ por parte de la doctrina y la jurisprudencia, pues la realidad económica exige su correcto ejercicio, de manera que se permita su aplicación a los negocios que diariamente se celebran en Colombia⁴.

Para tales efectos se partirá de unas consideraciones generales sobre la prenda y la hipoteca, se realizará una visión del panorama histórico en que se ha desenvuelto la figura y se indicarán los elementos que constituyen su concepto, teniendo en cuenta la incorporación de la prenda sin tenencia al *Code Civil* francés y la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* de la Organización de Estados Americanos (OEA). Posteriormente se estudiará la regulación pertinente y se tratarán, entre otros aspectos, sus características, los requisitos del contrato, cuáles bienes son susceptibles de ser garantía mobiliaria con desapoderamiento, la oponibilidad, su ejecución y quién puede pignorarlos.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRENDA Y LA HIPOTECA COMO GARANTÍAS

Quien obtiene en su favor que otro sujeto se obligue, así como todo aquel que desee ampararse del incumplimiento del deudor de una obligación cualquiera, puede recurrir a figuras conocidas con los nombres de cauciones, garantías o seguridades. Tradicionalmente estas han sido clasificadas en personales, reales y mixtas. En palabras de Pérez Vives (1999):

Cuando la responsabilidad, ya del deudor solamente, o de este y de un tercero, es simplemente personal, se dice que la deuda tiene una garan-

quedan vigentes en el estatuto mercantil los artículos 1211 a 1220 sobre la prenda sin tenencia del acreedor.

³ Término que será utilizado con preferencia en este artículo.

⁴ Respecto de los nuevos negocios que se celebran en Colombia, véase Cabrera Peña (2011, pp. 69-76).

tía personal; cuando se afecta un bien para responder por la obligación, la garantía toma el calificativo de real; pero hay veces que la seguridad acusa un matiz intermedio, surgiendo entonces las llamadas seguridades mixtas. Ejemplos de las primeras son la fianza y la solidaridad; de las segundas, la prenda y la hipoteca; de las últimas, el derecho de retención y la anticresis. (p.1)

Por su generalidad y constante utilización, la evolución de las instituciones jurídicas ha hecho que tanto la prenda como la hipoteca adquieran una connotación adicional, superior a las demás garantías. En efecto, estas seguridades han sido llevadas incluso a la categoría de derechos reales, con los privilegios con que estos cuentan: persecución⁵ y preferencia⁶. Sin embargo, no se trata de derechos reales plenos sino accesorios, por cuanto están anexos a las obligaciones que les dan su origen y, por ende, se trata de situaciones transitorias. Si aquellas terminan por la ocurrencia de alguno de los diferentes modos, las seguridades que las garantizan también tienen su final. En esta medida, llevan consigo una tendencia a la enajenación: en caso de incumplimiento se podrá acceder a la venta o la atribución de la cosa para el pago de lo debido y garantizado (Hinestrosa, 2005).

⁵ De acuerdo con Suescún (2003): "De todas maneras, siendo la prenda un derecho real de garantía, el acreedor tiene la facultad de perseguir el bien en manos de quien se encuentre para hacer efectivo sobre él el crédito a su favor. Aunque la ley mercantil le otorga al comprador la facultad de vender el bien gravado con prenda, el artículo 255 del Código Penal tipifica como delito tal enajenación si con ella se causa daño al acreedor" (p. 583). De cualquier forma, la Ley 1676 eliminó el pacto comisorio establecido en el artículo 1203 del Código de Comercio, que le permitía al acreedor disponer de la prenda o apropiársela por medios distintos en la ley, lo cual era sancionado con ineficacia. Para ello se estableció el procedimiento de ejecución en el título VI de la normativa, especialmente con el pago directo contenido en el artículo 60.

⁶ "Estos los llamados derechos reales de garantía, otorgan confianza en el pago de la obligación en función de la cual y para cuyo respaldo se constituyen, con derecho de preferencia sobre otros acreedores y con posibilidad de oponerlos a los sucesivos adquirentes del bien sobre el que recaen" (Hinestrosa, 2005, p. 77). Sobre el particular Suescún (2003) advierte: "El acreedor prendario también se halla en una buena posición, pues tiene preferencia respecto de los demás acreedores para que se le pague con el producto de la venta del bien gravado. Sin embargo, su privilegio es de la segunda categoría, lo cual significa que si los bienes gravados con prendas e hipotecas son insuficientes para satisfacer los créditos de la primera categoría... se tomarán los bienes objeto de garantías reales para cubrir con su producto la parte insoluble de los créditos de la primera categoría" (p. 588).

Kozolchyck (2007) sostiene que las garantías tienen una función importante en el crédito comercial, el cual permite alcanzar el desarrollo económico de las naciones. A su juicio, los sistemas legales deben contener normas ágiles en esta materia y evitar las limitaciones en materia de seguridades, como ocurre, por ejemplo, con las enumeraciones taxativas, por cuanto se les debe permitir a los deudores garantizar fácilmente el cumplimiento de las obligaciones contraídas⁷. Ello se traduce en que los acreedores, en la mayor parte de los casos entidades crediticias, puedan aceptar fácilmente garantías con las cuales puedan otorgar rápidamente créditos que den lugar a un movimiento económico productivo (Kozolchyck, 2007).

Tradicionalmente la hipoteca ha sido una seguridad confiable por su larga duración y por cuanto el inmueble puede mantener o aumentar su valor durante la duración del crédito. Adicionalmente, la pérdida del bien es, en condiciones normales, casi imposible.

Por otra parte, el desarrollo de los negocios ha hecho que el crédito comercial pueda ser garantizado también con cualquier bien mueble, tangible o intangible, corporal o incorporeal o presente o futuro. Normalmente estos bienes son perecederos y de rápida depreciación.

En estos eventos la garantía se constituye siempre y cuando la cosa tenga un valor de mercado⁸ suficiente para facilitar un pago rápido mediante su transformación, intercambio o reventa (Kozolchyck, 2007). Esto, a juicio de Kozolchyck, presupone un “número abierto” –*numerus apertus*– de bienes que pueden ser garantizadores del crédito comercial. Sin embargo, en los países en desarrollo esto no sucede con frecuencia, pues en la mayoría de estos ordenamientos la garantía prendaria esencialmente implica una desposesión del deudor que pre-

⁷ Para una crítica sobre las dificultades que ofrece la codificación latinoamericana en materia de garantías, véase Garro (1987, pp. 157-242).

⁸ Al respecto, la Ley 1676 de 2013 establece en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º que se puede constituir garantía mobiliaria sobre cualquier bien que tenga un valor económico atribuido por las partes.

supone un “número cerrado” o restrictivo de bienes garantizadores y de garantías sobre los mismos –*numerus clausus*⁹–.

Sobre lo anterior vale la pena resaltar que la regulación colombiana opta por una ampliación de los bienes que pueden ser dados en prenda sin tenencia del acreedor. Por un lado, mientras el artículo 1207 del Código de Comercio establece que se puede constituir prenda sin tenencia sobre cualquier bien necesario para una explotación económica, con la Ley 1676 se amplía el espectro al permitir la constitución de garantía mobiliaria sobre cualquier tipo de bienes, con las restricciones que la ley establezca.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO DE LA FIGURA DESDE SU ORIGEN HASTA LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Para una mejor comprensión del contenido de la prenda sin tenencia es preciso referirse a la evolución de este concepto, partiendo de la figura que le dio su origen: la prenda. Esta garantía adquirió en el derecho romano la connotación jurídica con la que se conoce en la actualidad, pues cumplía la función de garantizar el cumplimiento de una obligación, al tratarse de un derecho real constituido sobre una cosa ajena (*pignus*), que le permitía al titular –acreedor pignoraticio o prendario– enajenarla o tomarla para sí¹⁰.

Durante el período arcaico la prenda implicaba un desplazamiento (*pignus datum*). El deudor, o el tercero que aseguraba el cumplimiento de una obligación, le entregaba la cosa pignorada al acreedor, quien

⁹ Estos sistemas no permiten que cualquier mueble sea entregado en garantía, sino los que expresamente se encuentran establecidos por la ley. “Por ello, como lo anotaban Safavia y Fleisig, no debe sorprender que Nigeria, entre muchas otras naciones en desarrollo, tan solo reconoce como garantía de un crédito el 10 % de los distintos tipos de bienes que normalmente son aceptados en Estados Unidos” (Kozolchyck, 2007, p. 16).

¹⁰ Esta figura tiene su origen en la *fiducia cum creditore contracta*, la cual implicaba la enajenación de la cosa, con el deber privado, de confianza, de ser restituida al presentarse la condición establecida por las partes (Hinestrosa, 2005).

solo era forzado a devolverla cuando recibía el pago completo (González, 1991). Su seguridad estaba fundamentada en la desposesión del propietario civil o pretorio y la entrega que este le hacía, lo cual permitía cubrir cualquier tipo de incumplimiento¹¹. Adicionalmente, el deudor autorizaba la venta de la cosa al momento de constituir la garantía (Hinestrosa, 2005).

Esto traía múltiples inconvenientes. Aunque el obligado conservaba la posesión civil, perdía la tenencia material de la cosa. De esta manera, le era imposible obtener frutos con ella y, por ende, le resultaba más difícil cubrir la obligación garantizada. Adicionalmente, el bien permanecía económicamente inactivo porque el acreedor que lo recibía tampoco podía usarlo para percibir sus frutos. Esto sin contar que cuando la obligación era constituida a favor de varios acreedores el desplazamiento de la cosa impedía garantizar plenamente el cumplimiento de la obligación (González, 1991).

Fue así como al comenzar la República apareció una prenda sin desplazamiento o *hypotheca (pignus obligatum)* (Hinestrosa, 2005). En esta variante, quien otorgaba la garantía conservaba la posesión material del bien, sin importar cuál fuera su naturaleza –mueble o inmueble¹²–, logrando obtener de él los rendimientos económicos necesarios para cumplir su obligación¹³. En ese momento, la prenda y la hipoteca fue-

¹¹ En este sentido, existían dos posibilidades para enajenar la cosa pignorada: (i) la *lex commissoria*, convenio que le concedía al acreedor la facultad de hacer suyo el bien prendado si el deudor no pagaba la obligación principal. Fue prohibido por los emperadores por cuanto podía brindarle al acreedor un rendimiento exagerado, pues en situaciones difíciles los deudores otorgaban garantías con objetos de valor muy superior al monto de las obligaciones, y (ii) el pacto de *distrahendo pignore*, que autorizaba al acreedor para vender la prenda, pagarse con el producto y devolver al deudor el excedente (*superfluum*) (González, 1991, pp. 234-236).

¹² “Así, se ha conocido con el nombre de *hypotheca* a la prenda convencional que no implicaba desposesión ni transmisión de propiedad, y que con la denominación de *pignus* se le llamó al fenómeno de la prenda manual o posesoria que sí implicaba posesión en concepto distinto del dueño, mas no posesión de dominio, pero que tanto en una como en la otra surgía a favor del acreedor un derecho real en la cosa y que podía recaer indistintamente sobre muebles e inmuebles” (Peña & Peña, 2006, pp. 247 y 248).

¹³ “Hipótesis ejemplar es la de la prenda constituida por el inquilino de un predio rústico sobre los aperos de la labranza, los animales o los esclavos que introduce en el fundo, para asegurar

ron concebidas como verdaderos derechos reales accesorios, dotados de los atributos de persecución y preferencia (Hinestrosa, 2005; Gómez Estrada, 1999).

Así, le fue permitido al acreedor vender la garantía luego de un requerimiento triple o pasados dos años desde el incumplimiento. En estos eventos, el acreedor retenía el precio y descontaba el valor de su crédito. El saldo *-hyperocha-* debía ser entregado al deudor. Una vez agotados todos estos pasos, y si el garantizado no encontraba un comprador, este podía apropiarse del bien a través de una orden del emperador *-impetriato domini-*, por su justo precio¹⁴.

Con el paso del tiempo estas garantías fueron sufriendo cambios en su naturaleza jurídica. Desde la Antigüedad hasta el siglo XIX la utilización de la hipoteca fue generalizándose respecto de los bienes raíces, a pesar de que se trataba de una prenda sin desplazamiento. La prenda, por su parte, se otorgaba a bienes muebles, exigiéndose necesariamente la tenencia de la cosa por parte del acreedor. Esta aplicación dio lugar a que los códigos civiles decimonónicos utilizaran los términos “hipoteca” para referirse a la garantía que recae sobre inmuebles¹⁵ y “prenda” respecto de aquella que opera frente a muebles, siempre con tenencia del acreedor (Valencia & Monsalve, 2001, pp. 407- 408).

el pago del canon” (González, 1991, pp. 234-236).

¹⁴ “Tradicionalmente, el pacto comisorio o cláusula resolutoria –cuyo efecto es atribuirle de pleno derecho al acreedor hipotecario o prendario la propiedad de la cosa dada en prenda o hipoteca– es repudiada ipso facto por el derecho civil en esta materia, incluso desde el derecho romano. Con esto se persiguen dos objetivos: (i) evitar que el acreedor se haga justicia con sus propias manos y (ii) purgar el carácter leonino de las garantías, al evitar que el acreedor expolie al deudor por el hecho de apropiarse de la cosa dada en garantía, si el valor de esta es muy superior a la deuda. La prohibición se funda, entonces, en fuertes consideraciones económicas y morales” (Ríos, 2007, pp. 13-15).

¹⁵ En el caso del Código Civil colombiano, el artículo 2432 define la hipoteca como un derecho de prenda constituido sobre inmuebles, que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor. Sin embargo, debe precisarse que en el Código de Comercio se consagran dos excepciones a esta regla general: las naves (arts. 1570 y ss.) y las aeronaves (arts. 1904 y ss.). Como se señaló previamente, esto tiene su explicación en los orígenes de la figura.

Sin embargo, la evolución de los negocios durante el siglo XX y el desarrollo de las instituciones jurídicas requirieron que la falta de regulación de la prenda sin desplazamiento poco a poco fuera subsanada a través de las codificaciones mercantiles o mediante otro tipo de disposiciones¹⁶. Así, se hizo latente la necesidad de establecer una garantía propia para los bienes muebles productivos, de manera que estos no fuera entregados al acreedor y continuaran en cabeza del constituyente.

Durante las últimas décadas algunos Estados han proclamado el surgimiento de una “novedosa”, pero en realidad antiquísima, seguridad jurídica para el cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos, a la cual se le ha llamado, de acuerdo con la correspondiente legislación: “prenda sin tenencia del acreedor”, “prenda sin desplazamiento” o “prenda sin desposesión”. Esta tendencia ha sido especialmente notoria en Latinoamérica a partir de la primera década del siglo XXI. Por ejemplo, en Uruguay se promulgó la Ley 17228 de 2000, la cual contiene disposiciones similares a las contempladas por la Ley 1676 colombiana. Algo similar sucedió en Chile, cuya Ley 20190 de 2007 efectuó profundas modificaciones a la prenda sin tenencia, especialmente en cuanto a la ampliación de bienes que pueden ser objeto de dicho contrato.

En el caso colombiano, incluso, con la expedición de la Ley 1676 de 2013 se podrá hablar también de “garantía mobiliaria con desapoderamiento”. Esta normativa fue trasplantada de la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*, aprobada el 8 de febrero del 2002 por la Organización de Estados Americanos¹⁷. Con ella se busca reducir con-

¹⁶ “Fue desde la segunda mitad del siglo XIX que se abrió paso a la idea de las hipotecas mobiliarias o prendas sobre muebles sin su desplazamiento posesorio. Pero esta idea fue constantemente presentada como una excepción o especialidad introducida en el Derecho prendario común y general, que exigía la entrega de los muebles pignorados al acreedor; y por eso nunca, hasta fines del siglo XX, se adoptó una reforma general que permitiera la constitución de prendas de muebles sin su desplazamiento posesorio, también como regla general, vale decir, sobre toda clase de muebles y para toda clase de deudas, de modo que fueran las partes las que, al pignorar un mueble, escogieran libremente entre su entrega al acreedor o su retención por el constituyente” (Guzmán, 2009).

¹⁷ Resolución CIDIP-VI/RES. 5/02. Disponible en: www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI-Res5-02_esp.

siderablemente el costo de la obtención de crédito y facilitar el comercio y las inversiones internacionales a las pequeñas y medianas empresas de todos los países del hemisferio, así como cubrir la ejecución de los intereses garantizables sobre propiedad inmueble o personal.

En efecto, el crédito comercial es una herramienta efectiva para el desarrollo económico, el cual se encuentra fundamentado en el principio de seguridad que otorgan las garantías. Las que recaen sobre bienes muebles gozan de un derecho preferencial sobre el control de los mismos, razón por la cual no resulta preciso que el deudor sea titular del bien garantizador.

Según la Ley Modelo, las garantías mobiliarias pueden ser creadas mediante un contrato o por la ley. Sin embargo, para su perfeccionamiento con respecto a terceros se deben cumplir otros requisitos, especialmente el de publicidad funcional. Este concepto incluye no solo el registro, sino también la posesión por parte del acreedor, en el caso de la prenda con tenencia. El propósito fundamental de esta publicidad es darle a este tipo de actos transparencia total, eliminando así los riesgos inherentes a los gravámenes ocultos¹⁸.

htm. La *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* retoma los 12 principios del *National Law Center for International Free Trade para las garantías mobiliarias en las Américas*, los cuales inspiraron su redacción. Disponibles en: www.natlaw.com/bci9.pdf. El NLCIFT es una organización sin ánimo de lucro, fundada en 1992 con fines investigativos y educacionales, afiliada al James E. Rogers College of Law de la Universidad de Arizona (Estados Unidos). Mayor información disponible en: www.natlaw.com.

¹⁸ "Por ello, la Ley Modelo Interamericana busca la adopción de un sistema de registro en el que todas las garantías mobiliarias, con tenencia o sin ella, conocidas o concebidas en un futuro formen parte de una garantía unitaria, facilitando de esta manera el escalafón de prelación o prioridades que se basa en el principio de prioridad –primero en el registro, primero en derecho–" (Kozolchyck, 2007, pp. 41-43).

CONCEPTUALIZACIÓN Y GENERALIZACIÓN DEL INSTITUTO HASTA SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS

Si bien la prenda sin tenencia del acreedor existe desde tiempos remotos, su regulación en los códigos civiles decimonónicos quedó ligada a la hipoteca. No obstante, el derecho contemporáneo ha visto en ese gravamen real una garantía eficiente que permite alcanzar el grado de seguridad requerido en las transacciones que realizan los particulares en sus negocios diarios e incluso como una forma de acceso al crédito.

Es el caso del derecho francés, que solamente hasta 2006, mediante la publicación de las Ordenanzas del 23 de marzo, incorporó una serie de disposiciones que regulan la materia¹⁹. Los principios que informan la modificación legislativa de ese país son dos: el no enriquecimiento y la proporcionalidad. Mientras este último establece un deber de moderación, para evitar que el acreedor caiga en comportamientos considerados abusivos frente al deudor o al tercero que ha constituido la garantía, aquel está planteado con mayor rigor: la ejecución de una garantía no puede significar una ganancia para el acreedor (Ríos, 2007, pp. 13-15).

Uno de los objetivos más importantes del cambio normativo fue "... la reforma de la prenda, garantía cuya completa refundición se impone, especialmente si se desea reforzar la atractividad del derecho francés" (Ríos, 2007, p. 27). Es así como el nuevo libro IV del *Code Civil* regula dos tipos de prendas: una sobre bienes corporales *-gage-* (arts. 2333-2354) y otra sobre bienes incorporeales, con la cual se garantizan especialmente créditos *-nantissement-* (arts. 2367-2372).

¹⁹ Todo dentro de un proceso legislativo que tenía como propósito crear un verdadero derecho de garantías, a través de una reforma que fue adoptada tras la preparación de un anteproyecto elaborado por una comisión redactora presidida por Michel Grimaldi, profesor de la Universidad Panthéon Assas - París II (Francia). La preceptiva introdujo un nuevo libro IV en el Código Civil (arts. 2284-2488), denominado "De las garantías". Para conocer directamente el texto, véase www.legifrance.gouv.fr.

La *gage* está definida, en el artículo 2333, como una convención por la cual el constituyente otorga a un acreedor el derecho de pagarse con preferencia. Este contrato asume una nueva naturaleza jurídica: pasa a ser un convenio solemne que debe celebrarse por escrito, so pena de nulidad (art. 2336). La oponibilidad de la prenda reviste dos modalidades distintas: la entrega de la cosa al acreedor prendario (art. 2337, prenda con desplazamiento) o su inscripción en un registro especial (art. 2338, prenda sin desplazamiento). Entonces, la prenda de derecho común tiene o no desplazamiento de la cosa dada, según la voluntad de las partes. (Ríos, 2007, pp. 26-31)

Tanto la prenda clásica como la prenda sin desplazamiento en la reforma francesa no contemplan ninguna diferencia adicional a las que tradicionalmente han tenido.

Por el hecho de que el deudor no pierde la tenencia de la cosa, en esta el acreedor no tiene, naturalmente, las obligaciones y derechos que le imponían la tenencia de la misma –custodia, prohibición de servirse de la prenda, derecho a obtener restitución de los gastos de conservación del bien prendado– y, lo más importante, no existe el derecho de retención –particularmente eficaz en materia de quiebras–. Esto ha movido a un comentarista de esta reforma –con razón– a considerar que la prenda sin desplazamiento es mucho más cercana a una hipoteca sobre muebles que a una prenda. (Ríos, 2007, p. 28)²⁰

A manera de resumen, los principales aspectos de la prenda sin tenencia del acreedor en su regulación francesa se pueden enumerar como sigue a continuación (Ríos, 2007):

²⁰ Lo anterior no resulta extraño para algunos doctrinantes colombianos como Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2001): “Si consideramos que la desposesión o no desposesión de la cosa es lo que constituye la prenda o la hipoteca, tendremos que llamar a la primera, o sea, la desposesión, con el nombre de prenda y a la segunda con el de hipoteca. En semejante caso la garantía de una deuda con una cosa mueble sin desposesión recibiría el nombre de hipoteca mobiliaria. Pero si exigimos que la hipoteca recaiga sobre inmuebles, tendríamos entonces que denominar el supuesto que contemplamos con el nombre de prenda sin desplazamiento. En pocos términos: la prenda sin desplazamiento de la tenencia puede denominarse prenda sin tenencia del acreedor” (p. 408).

- a) Si bien la prenda con desplazamiento solo podía constituirse sobre bienes presentes, únicos y susceptibles de poder ser entregados al acreedor, al abrirse la posibilidad del desplazamiento, y permitiéndose también la constitución de prenda sobre bienes fungibles y futuros²¹, la reforma creó, sin decirlo expresamente, la posibilidad de constituir prenda sobre existencias –o *stocks*–. Se trata de un bien cuya composición puede variar; razón por la cual el constituyente puede modificar o disponer de las cosas pignoras sin contar con el consentimiento del acreedor pero con cargo de reemplazarlas por otras de la misma cantidad y calidad.
- b) Se introdujo la prenda sobre vehículos automóviles, respecto de la cual existe un “desplazamiento ficticio”. Para su constitución es necesario que conste en documento escrito y será oponible a terceros una vez se realice una declaración ante una autoridad administrativa. Según el artículo 2352, con la entrega del recibo de esa declaración se reputará que el acreedor prendario ha conservado en su tenencia el bien dado en prenda.

Tanto en Francia como en el derecho colombiano la doctrina carece de una definición exacta de la prenda sin tenencia del acreedor. No obstante, los elementos esenciales de esta figura son: (i) se trata de una garantía para el acreedor respecto del cumplimiento de una obligación principal; (ii) es un derecho real accesorio constituido sobre bienes muebles, el cual goza de persecución y preferencia, y (iii) el deudor conserva la tenencia del bien.

LA REGULACIÓN COLOMBIANA

La legislación colombiana en materia de prenda con apoderamiento, contenida en los artículos 2409 y siguientes del Código Civil, así como los correspondientes 1204 a 1206 del Código de Comercio, requiere

²¹ De acuerdo con lo establecido en el artículo 2333: *Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.*

que el deudor le haga entrega al acreedor de un bien mueble en garantía. Si bien esto implica que haya un desplazamiento en la tenencia del mismo, no significa que exista una desposesión o incluso una modificación de la titularidad del derecho real²².

Por su parte, la prenda sin apoderamiento del acreedor en el ordenamiento colombiano tiene su punto de partida en el artículo 1207 del Código de Comercio, que establece: “Salvo las excepciones legales, podrá gravarse con prenda, conservando el deudor la tenencia de la cosa, toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación”. Y agrega: “Toda prenda sin tenencia del acreedor se regirá por la ley mercantil”.

En su afán de comercializar el derecho privado colombiano, la comisión redactora del estatuto mercantil restringió esta figura exclusivamente al ámbito comercial. Se desconoce la razón por la cual sus miembros legislaron de este modo. Sin embargo, frente a ello pueden indicarse aspectos a favor y en contra.

Respecto de las desventajas que esta atribución conlleva, podría decirse que, en principio, todo bien mueble podría ser susceptible de ser otorgado en prenda sin tenencia y no solamente aquellos que estén destinados al comercio (Bonivento, 2002). Asimismo, imponer la obligación de cumplir los requisitos legales a todos aquellos interesados en realizar un negocio de esta índole, sin que sean comerciantes, resulta una carga excesiva cuando los bienes no se encuentran relacionados con la actividad mercantil. Pero si se buscan argumentos a favor de esta adscripción, y al analizar la naturaleza jurídica de la figura, los bienes que pueden ser dados en prenda sin tenencia deben ser sus-

²² “La prenda de derecho común recae sobre cosas muebles e impone la entrega física del bien al acreedor. Es decir, una vez entregado materialmente el bien, el acreedor se convierte en titular del derecho real de prenda y en mero tenedor del derecho de dominio del bien pignorado” (Tenera Barrios, 2007, p. 235 y Valencia & Ortiz, 2001, p. 409).

ceptibles de producir frutos que permitan cumplir eficazmente con la obligación²³.

Pues bien, con la Ley 1676 de 2013 gran parte de los impases y restricciones surgidas por la redacción del Código de Comercio han desaparecido. En primer lugar, en cuanto a los bienes susceptibles de prenda sin apoderamiento varias normas –entre ellas los artículos 4º, 5º y 6º– permiten constituir la garantía respecto de cualquier bien,

“... salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público”²⁴. En segundo término, en lo que tiene que ver con la oponibilidad de la garantía mobiliaria sobre bienes no sometidos a registro especial²⁵, se creó el Registro de Garantías Mobiliarias, que tiene la función de darles publicidad a las garantías mobiliarias cuando los bienes sometidos a este gravamen no se encuentran en tenencia por parte del acreedor²⁶.

²³ Antes de la expedición de la Ley 1676 de 2013 se exigía la inscripción de la prenda sin tenencia en el registro mercantil, con el fin de darle publicidad y oponibilidad, con lo cual se permitía que la garantía se convirtiera realmente en una seguridad para el acreedor. Adicionalmente, se debe agregar que en este sistema solo hasta que se produce el cumplimiento de la obligación se podrá levantar la correspondiente inscripción.

²⁴ Artículo 4º de la Ley 1676 de 2013.

²⁵ Como sucede, por ejemplo, con los automotores o los derechos de propiedad intelectual, cuyas garantías deberán inscribirse en su registro especial cuando este es constitutivo del derecho, el cual dará aviso al momento de su anotación por medio electrónico al registro general de la inscripción de la garantía para su inscripción, según lo prevé el artículo 8º de la Ley 1676.

²⁶ El artículo 21 de la Ley 1676 de 2013 indica: “*Mecanismos para la oponibilidad de la garantía mobiliaria*. Una garantía mobiliaria será oponible frente a terceros por la inscripción en el registro o por la entrega de la tenencia...”. Cabe precisar que la oponibilidad se garantiza con la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias. Esta institución fue reglamentada por el Decreto 400 del 24 de febrero de 2014. Entre los principales aspectos de la normativa se encuentra que el sistema debe operar como un archivo centralizado en el que se inscribirán todas las garantías mobiliarias, entre las cuales se encuentran las prendas sin tenencia, ya sea por acuerdo entre las partes o mandato legal, si se trata de gravámenes judiciales o tributarios, con el fin de darles publicidad y oponibilidad. Este registro será administrado por la Confederación de Cámaras de Comercio y podrá ser consultado a través de internet, en el que se organizará la información de acuerdo con el garante, procurando mantener la integridad y protección de los datos y proveer las certificaciones, copias y mecanismos de pago de los derechos. No obstante, no es su obligación verificar que la información incorporada sea completa, correcta ni legalmente suficiente. El decreto, además,

En todo caso, y de conformidad con lo establecido por el Código de Comercio (Lafont, 2001), y en consonancia con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 1676, son obligaciones del garante o constituyente:

- a) Suspender el ejercicio de los derechos de cobro cuando un notario o la Cámara de Comercio encargada de la ejecución especial de la garantía o el mismo acreedor notifique al deudor o garante la intención de ejecutar la garantía.
- b) Conservar los bienes pignorados, es decir, evitar pérdidas y deterioro de los bienes sometidos a la prenda.
- c) Separar los frutos o productos de un inmueble que han sido pignorados²⁷.
- d) Soportar la extensión de la prenda a los productos de las cosas pignoradas y al precio de unos y otras²⁸.
- e) Permitir la inspección por parte del acreedor, de acuerdo con la costumbre. Cuando el garante no permita el ejercicio de tal derecho por parte del acreedor garantizado, la obligación se hará exigible²⁹.
- f) Asumir los riesgos de la destrucción, pérdida o daño sobre los bienes dados en garantía, salvo que haya realizado contrato de seguro a favor del acreedor.
- g) Pagar los gastos e impuestos relacionados con los bienes en garantía.

precisa que la presentación de los formularios y su consulta será electrónica y estará disponible 24 horas, 7 días a la semana, los 365 días del año. Para ello, el acreedor debe crear una cuenta de usuario, diligenciar los formularios y pagar los derechos.

²⁷ Artículo 1215 del Código de Comercio.

²⁸ El párrafo del artículo 18 de la Ley 1676 establece que en caso de venta o cesión del bien pignorado el acreedor puede escoger que estos se subroguen por el precio por el precio o por los dineros que se reciban o puede mantener la prenda sobre bienes de la misma cuantía, o simplemente mantener su garantía sobre los bienes iniciales.

²⁹ Artículo 1217 del Código de Comercio.

- h) Mantener los bienes en el lugar en el que se constituyó la prenda, según lo dispone el artículo 1213 del Código de Comercio³⁰.
- i) Los bienes sometidos a prenda sin tenencia pueden ser enajenados, pero su tradición solo se dará cuando el acreedor lo autorice o el crédito esté cubierto en su totalidad. Al igual que lo que ocurre con la obligación enunciada en el literal anterior, puede decirse que ambas encuentran una clara excepción en lo regulado por la Ley 1676, ya que esta establece que el garante puede usar, transformar, vender, permutar, constituir otras garantías o alquilar los bienes en garantía en el giro ordinario de sus negocios, salvo que se pacte lo contrario en el contrato.
- j) Aceptar que el gravamen se extienda sobre los productos –o los ahora llamados “bienes derivados o atribuibles”³¹– de los bienes dados en garantía, al igual que sobre el precio de ambos.

Para efectos de entender con profundidad la regulación de la garantía mobiliaria con desapoderamiento, desde su perspectiva de prenda sin tenencia, se analizarán las características de la figura, cuáles deben ser los requisitos del contrato, qué bienes son susceptibles de ser dados en prenda sin tenencia, quién puede pignorar y qué clases pueden existir.

Características de la prenda sin apoderamiento del acreedor como garantía mobiliaria

Según lo establecido por el tercer inciso del artículo 3º de la Ley 1676 de 2013, la prenda sin tenencia del acreedor se debe considerar una

³⁰ Según se anticipó, el artículo 91 de la Ley 1676 expresamente derogó de esta disposición lo relacionado con el registro mercantil.

³¹ “Los que se puedan identificar como provenientes de los bienes originalmente gravados, incluyendo los nuevos bienes, entre otros, dinero en efectivo y depósitos en cuentas bancarias y cuentas de inversión, que resulten de la enajenación, transformación o sustitución de los bienes muebles dados en garantía, independientemente del número y secuencia de estas enajenaciones, transformaciones o sustituciones. Estos también incluyen los valores pagados a título de indemnización por seguros que protegían a los bienes sobre los que se había constituido la garantía, al igual que cualquier otro derecho de indemnización por pérdida, daños y perjuicios causados a estos bienes en garantía, y sus dividendos” (art. 3º Ley 1676 de 2013).

garantía mobiliaria. Para entender entonces su funcionamiento se deben tener claras sus características, a partir de la nueva regulación y lo prescrito por el Código de Comercio (Escobar, 2005, pp. 285-286):

- a) Se trata de un gravamen, porque el bien otorgado en prenda respalda el pago de un crédito, se constituye como una garantía para el cumplimiento de cualquier tipo de obligación.
- b) El contrato de prenda sin tenencia será siempre principal. Este es quizá uno de los aspectos más innovadores y relevantes de la nueva preceptiva.
- c) Se amplían los bienes que son susceptibles de ser dados en prenda sin apoderamiento respecto de los que indica el artículo 1207 del Código de Comercio. Esta norma dispone que la garantía puede recaer sobre toda clase de muebles susceptibles de explotación económica, los que estén destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación. No obstante, la Ley 1676 abrió esta posibilidad a cualquier tipo de bienes, salvo los que de forma expresa excluye el régimen de garantías mobiliarias³². Así, entonces, son todos aquellos que tienen valor económico y que pueden asegurar el cumplimiento de cualquier tipo de obligación.
- d) El acreedor prendario no adquiere la propiedad del bien pignorado. Si esto fuera posible, no se trataría de una garantía, sino del pago de una obligación.
- e) Sobre un mismo bien pueden constituirse varias prendas sin apoderamiento y su orden de prelación dependerá de la fecha de registro³³.
- f) La inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias sustituye el registro mercantil de la prenda en el sitio donde se encuentren los

³² Tales excepciones se encuentran expresas en el artículo 4º de la Ley 1676.

³³ Artículo 1211 del Código de Comercio y 48 de la Ley 1676.

bienes³⁴. En cualquier caso, la garantía mobiliaria solo será oponible en tanto se haya registrado y solo a partir del momento de su inscripción³⁵.

Requisitos del contrato

Los artículos 1208 y 1210 del Código de Comercio derogados establecían los requisitos que debía cumplir el contrato de prenda sin tenencia. La Ley 1676 simplificó su constitución al mencionar en su artículo 14 las condiciones para que se pueda constituir una garantía mobiliaria:

- a) Nombres, identificación y firmas de los contratantes.
- b) El monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria.
- c) La descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía.
- d) Una descripción de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras o de los conceptos, clases, cuantías o reglas para su determinación.

Aunque no es un requisito de eficacia, el contrato debe regular la forma como se pueden enajenar o utilizar los bienes gravados y sus productos, según lo establece el artículo 1218. Adicionalmente, no se puede olvidar que en virtud de lo indicado por la Ley 527 de 1999 existen todas las condiciones específicas para que la garantía sea constituida mediante la utilización de mensajes de datos, con lo cual se elimina cualquier sospecha en cuanto a su constitución a través de mecanismos digitales.

³⁴ Así lo establecía el artículo 1210 del Código de Comercio, derogado expresamente por el 91 de la Ley 1676. Adicionalmente, el párrafo del artículo 21 de la Ley 1676 establece: "A partir de la vigencia de la presente ley, los efectos de las garantías mobiliarias frente a terceros se producirán con la inscripción en el registro, sin que se requiera de inscripción adicional en el registro mercantil".

³⁵ Así lo indica el artículo 35 de la Ley 1676, en consonancia con el antiguo 1208 del Código de Comercio.

Bienes susceptibles de ser dados en prenda sin apoderamiento

Según el Código de Comercio, pueden darse en prenda sin tenencia solo aquellos “bienes muebles necesarios para la explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación”³⁶. No obstante, con la actualización normativa de la Ley 1676 resulta posible constituir esta garantía sobre cualquier bien mueble³⁷, sea fungible o no fungible, corporal, incorporal, presente, futuro³⁸; aquellos considerados inmuebles por adhesión o destinación, derivados o atribuibles; los derivados de la propiedad intelectual; acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales³⁹ e, incluso, todos los bienes del garante en su conjunto⁴⁰.

De esta forma, la normativa excluye de esta posibilidad solamente a los siguientes⁴¹:

- a) Aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, elementos espaciales y los regulados por la Ley 967 de 2005⁴².

³⁶ Esta garantía ha sido denominada por la doctrina moderna como “prenda industrial”, la cual es definida como “... la que recae sobre establecimientos de comercio, sobre todas las instalaciones y maquinarias de una explotación comercial; la materia prima y los productos de la explotación; los productos de las minas, en vía de elaboración o listos para darse a venta” (Valencia & Ortiz, 2001, pp. 407-410). Por su parte, Pérez Vives (1999) señala que la prenda industrial

“... es una garantía real accesoria e indivisible que recae sobre muebles que no dejan por ello de estar en poder del deudor, y que tiene por objeto servir de caución a obligaciones contraídas en el giro de los negocios que se relacionen con cualquier clase de trabajos o de explotación industrial, y que da al acreedor el derecho de perseguir esos bienes en poder de quien se hallen y pedir que sean sacados a remate para que con su producto se le pague con la preferencia establecida por la ley” (p. 344).

³⁷ Artículo 6º de la Ley 1676.

³⁸ Se entiende que el gravamen sobre los bienes futuros se da cuando el garante adquiere los derechos sobre tales bienes, según lo indicado en el artículo 17 de la Ley 1676.

³⁹ Numeral 4º del artículo 6º de la Ley 1676.

⁴⁰ Artículo 3º de la Ley 1676.

⁴¹ Artículo 4º de la Ley 1676.

⁴² *Por medio de la cual se aprueban el ‘Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil’ y su ‘Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil’, firmados en Ciudad del Cabo el dieciséis (16) de noviembre de dos mil uno (2001).*

- b) Valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la Ley 964 de 2005⁴³.
- c) Garantías sobre títulos valores, que seguirán las reglas del Código de Comercio.
- d) Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.

Como se aprecia, la prenda industrial no fue derogada por la Ley de Garantías Mobiliarias, sino que se admiten nuevos bienes que pueden ser gravados de esta forma y, por ende, es factible encontrar nuevas clases de prenda sin apoderamiento. Por ejemplo, en materia de créditos, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que estos también pueden ser garantizados de esta forma, dado que la legislación les ha otorgado a estos derechos una naturaleza mueble⁴⁴.

Respecto de la prenda sin tenencia constituida sobre establecimientos de comercio es preciso hacer una serie de consideraciones. Según Narváz (2002), cuando esta garantía, a la cual denomina “prenda venal”, es otorgada respecto de todo el establecimiento y no frente a uno o varios de sus componentes, constituye un negocio jurídico sui generis. Esto por cuanto versa sobre un conjunto que es creación de la mente del empresario y no un producto de la naturaleza que se considera un bien incorporal. A lo cual agrega: “Y como este no puede ser aprehendido, la prenda del mismo solo es posible sin desapoderamiento del deudor, o sea, conservando el empresario la tenencia y administración” (p.125).

Adicionalmente, existe una presunción legal consistente en que si se constituye una prenda sin apoderamiento sobre un establecimiento de

⁴³ *Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones.*

⁴⁴ “... las cosas muebles incorporales como los créditos resultan susceptibles de identificación e individualización y en esa medida y en tanto sean plenamente detalladas e individualizadas en el documento contentivo de la prenda son registrables en los términos del artículo 1208 del Código de Comercio” (Superindustria, concepto 3021884, 16 de junio de 2003).

comercio se pignoran todos sus elementos constitutivos. Esto salvo que los contratantes excluyan algunos de ellos. Igual ocurre con los bienes catalogados como atribuibles o derivados, ya que la ley también presume que la garantía se extiende a tales bienes, salvo pacto en contrario⁴⁵.

Quién puede pignorar

La determinación de quién tiene la capacidad para constituir prenda sin tenencia se encuentra precisada en los artículos 9º y 10 de la Ley de Garantías Mobiliarias. La primera de estas disposiciones indica: "Una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el garante y el acreedor garantizado...". Según el artículo 4º, es garante la persona natural o jurídica, patrimonio autónomo o entidad gubernamental, sea deudor o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 1676 señala que las garantías mobiliarias, y dentro de estas la prenda sin tenencia, se constituyen por quien tiene derechos o la facultad para disponer del bien que se pretende dar en garantía⁴⁶.

Clases de prendas sin apoderamiento

Ya se ha hecho referencia a la prenda venal, aquella que Narváez (2002) precisa como la que recae sobre un establecimiento de comercio. Igualmente, se ha mencionado que con la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias se abrirá un nuevo número de posibilidades de creación de prendas con desapoderamiento del acreedor, según la clase de bienes sobre los que recaiga su aplicación. No obstante, en este apartado se hace necesario hablar de dos clases importantes que merecen atención: la prenda abierta o global y la rotativa o rotatoria.

Prenda abierta o global. Según el artículo 1219 del Código de Comercio, la prenda sin tenencia del acreedor puede constituirse para garan-

⁴⁵ Artículo 13 de la Ley 1676 de 2013.

⁴⁶ Al respecto, véase León y López (2013, pp. 167-194).

tizar obligaciones futuras hasta una cuantía y por un plazo que estén claramente determinados en el contrato. Sin embargo, esta garantía prendaria general tiene un alcance: las obligaciones son futuras y, en este sentido, indeterminadas. Pero no lo son respecto del monto, puesto que la estipulación debe hacerse "... hasta una cuantía y por un plazo claramente determinados" (Bonivento, 2002, p. 43).

En este punto cabe señalar que con la consideración del contrato de prenda sin tenencia como contrato principal, de acuerdo con la Ley de Garantías Mobiliarias, a partir de su entrada en vigencia todos los contratos de este tipo tienen la potencialidad de ser prendas abiertas. Esto por cuanto la garantía no depende del cumplimiento o no de la obligación principal sino de la extinción de la garantía en sí misma.

Prenda rotativa o rotatoria. En la práctica comercial se entiende que la prenda rotativa es aquella que recae sobre algunos de los elementos de un establecimiento de comercio, individualmente considerado, como sucede con relación a las mercancías en almacén o en proceso de elaboración⁴⁷. Por lo tanto, no se gravan como cuerpo cierto sino en forma genérica, singularizadas apenas por su clase, número, cantidad y calidad.

Así, por ejemplo, una empresa fabricante o ensambladora de vehículos pignora sin tenencia todos los bienes que se encuentren en esa etapa de producción o ensamblaje por una determinada suma; entonces, el acreedor goza de la garantía de los vehículos que se vayan ensamblando y produciendo pero que, por virtud de la subrogación real, no se contrae específicamente a unos determinados sino a los que se convier-

⁴⁷ Según Narváez, a estos bienes se les denomina "activos circulantes" y se encuentran excluidos de la prenda sin tenencia por ministerio de la ley. Es el caso de las mercaderías en almacén, o en proceso de elaboración, las materias primas, el dinero en caja o bancos, etc. Lo anterior por cuanto "... el movimiento normal se paralizaría por no poder disponer de los mismos. Sin embargo, el inciso tercero del artículo 532 del código prevé la posibilidad de hacer extensiva la prenda a dichos activos, caso en el cual los que se enajenen o consuman se tienen como subrogados por los que se produzcan o adquieran en el curso de las operaciones propias del establecimiento" (Narváez, 2002, p. 125).

ten en el inventario de los bienes automotores en un preciso momento. (Bonivento, 2002, p. 43)⁴⁸

En el derecho estadounidense este tipo de garantías son denominadas *proceeds*. Estas incluyen no solo la materia prima y el equipo de producción, sino también el inventario presente y futuro de bienes, al igual que los productos de las ventas que se hagan de ellos. Según explica Kozolchyck (2007), a menos que se encuentren limitadas en su ámbito por la ley o las partes, los *proceeds* son más amplios que los “productos” en las leyes de prenda común.

En efecto, se trata de cualquier bien, corporal o incorporeal, que directa o indirectamente sustituya al vendido no solo como producto de la primera venta, sino también como resultado de las subsiguientes ventas de los bienes gravados y, especialmente, de los bienes de inventario sujetos a la garantía mobiliaria. Adicionalmente, el derecho posesorio preferencial otorgado por la garantía mobiliaria comprende un derecho de persecución sobre el valor económico de los bienes gravados (Ciscomani, 2003).

CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

La prenda con desampoderamiento es una figura que contiene múltiples aristas y son muchas sus posibilidades. De creer que toda la institución se encontraba debidamente regulada en el Código de Comercio se pasó a tener una normativa doble en la materia, por cuanto se encuentra regulada tanto en el estatuto mercantil colombiano como en la Ley de Garantías Mobiliarias. De ahí que se precise mencionar algunos aspectos adicionales a manera de conclusión, que no podrían dejarse de lado, los cuales están contenidos en los artículos 1214 a 1220 del

⁴⁸ En el derecho mexicano, el artículo 358 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* le permite al deudor segregar de la prenda sin transmisión de la posesión a los bienes futuros y contratar una garantía diferente con un nuevo acreedor otro crédito, otorgándole una prelación y una garantía específica sobre los bienes adquiridos con esos recursos. (Ciscomani, 2003).

Código de Comercio y son complementados con lo dispuesto en la Ley 1676:

a) Existen ciertos bienes muebles que son reputados como inmuebles por estar destinados a ellos⁴⁹. En caso de que el inmueble esté gravado con hipoteca, la constitución de prenda sin tenencia sobre aquellos requerirá el consentimiento del acreedor hipotecario. Por su parte, la Ley de Garantías Mobiliarias precisa que la prenda sobre este tipo de bienes, así como los denominados “por adhesión”, requiere que estos, al separarse, no provoquen detrimento del inmueble. Así mismo, indica que los inmuebles por destinación o adhesión se desafectarán al momento de la ejecución de la garantía.

Adicionalmente, la Ley 1676 precisa que cuando un sujeto tiene hipoteca sobre un bien inmueble y tiene además garantía mobiliaria sobre los bienes por destinación o por anticipación, el acreedor podrá escoger cuál de sus garantías hará efectivas. En caso de tener algún tipo de prelación, podrá remover los bienes por destinación o anticipación.

Por otro lado, en ningún caso puede señalarse que la venta de inmuebles cuyos frutos o productos pendientes estén gravados con prenda debidamente registrada incluya su tradición. Esto salvo que el acreedor manifieste su consentimiento respecto de ello o que el adquirente pague el crédito que se encuentra garantizado con tales bienes.

b) El artículo 1220 del Código de Comercio precisa un plazo de prescripción de dos años, contados a partir del vencimiento de la obligación garantizada, respecto de la acción que resulte de esta clase de garantía. Esto a diferencia de la prescripción de cuatro años, consagrada para la prenda con tenencia. La Ley 1676 guarda silencio al respecto.

⁴⁹ Según el artículo 658 del Código Civil colombiano, se trata de todos aquellos bienes muebles por naturaleza que, dada la unión psicológica que de ellos hace su dueño, se transforman en inmuebles por estar destinados permanentemente a su uso, cultivo o beneficio. Si estos son retirados no se causa ningún detrimento de la cosa.

c) Sobre cuál es la acción de ejecución de la garantía prendaria sin tenencia y, en general, sobre todas las garantías mobiliarias, la Ley 1676 trae consigo tres formas de ejecución: (i) el pago directo, que como su nombre lo indica es cuando el acreedor se paga como los bienes dados en garantía. Tratándose de la prenda sin tenencia, esta forma de ejecución es solo posible cuando se ha pactado dentro del contrato de garantía⁵⁰; (ii) la judicial, reglada por el Código General del Proceso en los artículos 467 y 468, y (iii) la denominada “Ejecución especial de la garantía”, regulada en los artículos 62 al 76. Esta última resulta viable en la ejecución de la prenda sin tenencia cuando hay mutuo acuerdo entre las partes del contrato y, además, si el bien dado en garantía es perecedero, el mismo tiene un valor inferior a 20 salarios mínimos legales mensuales o cuando se cumpla un plazo o condición resolutoria de una obligación.

Por último, cabe destacar que sobre la ejecución judicial de la garantía prendaria el título ejecutivo será el formulario registral de ejecución de la garantía mobiliaria, regulado en el numeral 3º del artículo 65 de la Ley 1676 de 2013.

d) La Ley 1676 permite convertir la prenda sin tenencia en prenda con tenencia y viceversa. En el primer supuesto es necesario entregar el bien al acreedor garantizado antes del vencimiento de la vigencia de la inscripción en el registro. En el segundo, la garantía se debe hacer oponible a terceros por medio del registro antes de que se devuelvan los bienes al garante.

e) En cuanto a la transición de la inscripción de la prenda sin tenencia del registro mercantil en el registro de garantías mobiliarias, la Ley 1676 establece que aquellas prendas registradas válidamente bajo el anterior régimen tienen hasta el 21 de julio de 2013 para inscribir la garantía. En caso de que tal inscripción no se realice en ese plazo perderán su prevalencia.

⁵⁰ Artículo 60 de la Ley 1676.

Como se aprecia, el conocimiento jurídico todos los días escala de forma ascendente. Por regla general, ninguna institución o figura ya creada y en operación se modifica de manera más sencilla o concreta, pues son diversas las causas, efectos y alteraciones que estas sufren durante su vigencia. De ahí que cualquier reforma se convierta en una dura carga para los operadores jurídicos, quienes de repente entienden que todo su conocimiento simplemente se devuelve al lugar de partida. Por ello, resulta necesario comenzar de nuevo.

BIBLIOGRAFÍA

- Bonivento, J. A. (2002). *Los principales contratos civiles y comerciales*, t. II (6ª ed.). Bogotá, D. C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Cabrera Peña, K. I. (2011) El derecho del consumo. Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte* (Colombia), 35, 55-95.
- Ciscomani, F. (2003). La prenda sin transmisión de la propiedad en México. *Revista de Derecho Privado*, 6. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/6/dtr/dtr1.htm#top>.
- Escobar, E. (2005). Actos sujetos a inscripción en el registro mercantil. En *El Registro Mercantil en Colombia* (pp. 255-296). Medellín: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
- Garro, A. (1987). Security interests in personal property in Latin America: a comparison with article 9 and a model for reform. *Houston Journal of International Law*, 9 (2).
- Gómez, C. J. (1999). *De los principales contratos civiles* (3ª ed.). Bogotá, D. C.: Temis.
- González, E. (1991). *Manual de derecho romano*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Guzmán, A. (2009). La pérdida del concepto romano de hipoteca mobiliaria en los derechos moderno y codificado y su recuperación a lo largo de los siglos XIX y XX, con especial referencia al caso de Francia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32, 103-148.
- Hinestrosa, F. (2005). *Apuntes de derecho romano –bienes–*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.

- James, P. (1996). *Introducción al derecho inglés*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Kozolchyck, B. (2007). El crédito comercial y la disminución de la pobreza. *Foro de Derecho Mercantil - Revista Internacional*, 16, 7-49.
- Lafont, P. (2001). *Manual de contratos*, t. I. Bogotá, D. C.: Ediciones Librería del Profesional.
- León, E. I. & López, Y. (2013). La capacidad negocial de las personas naturales en Colombia. En *Estudios de Derecho Privado. Liber Amicorum en Homenaje a Hernando Tapias Rocha* (pp.167-194). Bogotá, D. C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Narváez, J. I. (2002). *Derecho mercantil colombiano*, t. II: *La empresa y el establecimiento*. Bogotá, D. C.: Legis.
- Peña, E. & Peña, G. E. (2006). *El derecho de bienes*. Bogotá, D. C.: Legis.
- Pérez, Á. (1999). *Garantías civiles* (2ª ed.). Bogotá, D. C.: Temis.
- Perossa, M., Díaz, D. & Waldman, P. (2012). Las últimas regulaciones en EE.UU. y Europa, de la crisis Subprime a nuestros días. *Contribuciones a la Economía*. Disponible en: <http://www.eumed.net/ce/2012/puw2.html>
- Ríos, S. (2007). El nuevo libro IV del 'Code Civil'. La reforma del derecho de garantías en Francia. En *Foro de Derecho Mercantil - Revista Internacional*, 17, 7-39.
- Rodríguez, S. (2003). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina* (5ª ed.). Bogotá, D. C.: Legis.
- Suescún, J. (2003). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II. Bogotá, D. C.: Legis.
- Tenera, F. (2007). *La realidad de los derechos reales*. Bogotá, D. C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Torres, S. (2012). La estructura de las revoluciones científicas. *Innovación y Ciencia*, 19 (4), 1-10.
- Valencia, A. & Ortiz, Á. (2001). *Derecho civil. Derechos reales*, t. II. Bogotá, D. C.: Temis.
- Velásquez, L. G. (1996). *Bienes* (6ª ed.). Bogotá, D. C.: Temis.