

**NUEVO CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS, IMPLICACIONES
CONTRACTUALES FRENTE AL CONTRATO DE PRENDA.**

IVÁN RODRIGO GIL MONTAÑA

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
BOGOTÁ D.C.
2018**

**NUEVO CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS, IMPLICACIONES
CONTRACTUALES FRENTE AL CONTRATO DE PRENDA.**

IVÁN RODRIGO GIL MONTAÑA

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en
Derecho, línea de profundización en derecho privado económico.**

Director: Dr. FREDY ANDREI HERRERA OSORIO

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
BOGOTÁ D.C.**

2018

RESUMEN.

La promulgación de la ley 1676 de 2013 “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”, llevaba consigo un inevitable cambio en el sistema jurídico nacional, en lo que refiere al contrato de prenda; negocio jurídico que tiene sus cimientos en el derecho romano y que parece sucumbir al cambio normativo producto del acogimiento de ley modelo de la OEA sobre garantías mobiliaria. Para el caso particular, esta tesis abarcará la ley de garantías mobiliarias en punto a sus implicaciones contractuales frente al contrato de prenda, en sentido de determinar el tipo de derogación expresa, tácita o por regulación integral, que operó.

PALABRAS CLAVE: garantía mobiliaria, ley modelo, contrato de prenda, derogación

ABSTRACT

The enactment of act 1676 of 2013 “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”, led to an inevitable change in the national legal system, in what refers to the pledge contract; legal business that has its foundations in the Roman law and that seems to succumb to the regulatory change as a result of the adoption of the OAS model act on secured transaction. For the particular case, this thesis will cover the law of secured transaction in terms of their contractual implications against the pledge contract, in the sense of determining the type of express derogation, tacit or comprehensive regulation that operates.

KEY WORDS: security interest, model act, pledge agreement, repeal

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I.....	11
1.1. CONTRATO DE PRENDA.....	11
1.1.1. CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO DE PRENDA.....	11
1.1.2. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRENDA.....	13
1.2. LEY MODELO DE LA OEA Y ANTECEDENTES DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.....	16
1.3. LEY 1676 DE 2013 “POR LA CUAL SE PROMUEVE EL ACCESO AL CRÉDITO Y SE DICTAN NORMAS SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS”.....	21
1.3.1. SOBRE LAS NECESIDADES Y OBJETIVOS DE SU PROMULGACIÓN.....	21
1.3.2. RECEPCIÓN DE LA LEY INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN COLOMBIA.....	23
1.3.3. INQUIETANTES CAMBIOS LEGISLATIVOS DE LA LEY 1676.....	36
CAPITULO II.....	39
2.1. RÉGIMEN DE DEROGACIONES.....	39
2.1.1. DEROGACIÓN EXPRESA.....	43
2.1.2. DEROGACIÓN TÁCITA.....	44
2.1.3. DEROGACIÓN ORGÁNICA O POR REGULACIÓN INTEGRAL.....	47
2.2. REGLAS SOBRE VALIDEZ Y APLICACIÓN DE LAS LEYES EN PUNTO A LA DEROGACIÓN.....	52
CAPITULO III.....	56
3.1. EFECTO DE LA LEY 1676 DE 2013 EN EL CONTRATO DE PRENDA.....	56
3.1.1. ¿SE CUMPLEN LOS PRESUPUESTOS PARA LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PRENDA CON OCASIÓN A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS?.....	56
3.2. RÉGIMEN DEROGATORIO DE LA LEY 1676 DE 2013 EN EL CONTRATO DE PRENDA.....	59
3.2.1. DEROGACIONES EXPRESAS DE LA LEY 1676 DE 2013 EN LA REGULACIÓN PRENDARIA.....	59
3.2.2. DEROGACIONES TÁCITA DE LA LEY 1676 DE 2013 EN LA REGULACIÓN PRENDARIA.....	64
3.3. DEL CONTRATO DE PRENDA Y DEL CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS – CARACTERÍSTICAS.....	64
3.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PRENDA.....	65
3.3.2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PRENDA ENCUNTROS Y DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.....	69
3.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE PRENDA: CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO, CAUSA LÍCITA Y OBJETO LÍCITO; COMPARACIÓN CON LA LEY 1676 DE 2013.	74
3.4.1. LA CAPACIDAD EN EL CONTRATO DE PRENDA Y EN EL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.....	74
3.4.2. EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE PRENDA Y EN EL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.....	75
3.4.3. EL OBJETO EN EL CONTRATO DE PRENDA Y EN EL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.....	76

3.4.4 SOLEMNIDADES DEL CONTRATO DE PRENDA Y DEL CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.....	78
3.5. EFECTOS DEL CONTRATO DE PRENDA, DERECHOS Y DEBERES SURGIDOS DEL CONTRATO, FRENTE AL AHORA DENOMINADO CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.....	81
3.5.1 DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR Y DEL DEUDOR.....	81
3.5.1.1 DERECHOS DEL ACREEDOR.....	81
1. Derecho de retención:	81
2. Derecho de persecución:	82
3. Derecho de venta:.....	83
4. Prelación de créditos:.....	84
3.5.1.2. DERECHOS DEL DEUDOR.....	87
3.5.2 DE LAS OBLIGACIONES DEL ACREEDOR Y DEL DEUDOR.	89
3.5.2.1 OBLIGACIONES DEL ACREEDOR.....	89
3.5.2.2 OBLIGACIONES DEL DEUDOR.....	91
3.5.3 EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	93
3.5.4 Oponibilidad y preferencia de la garantía mobiliaria.....	94
3.6 LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.	97
3.7 LA PRESCRIPCIÓN.....	99
3.8 UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN CIVIL Y COMERCIAL.....	100
3.9 RÉGIMEN DEROGATORIO QUE OPERO SOBRE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRENDA A RAÍZ DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LEY 1676 DE 2013.	102
REFLEXIÓN FINAL.....	109
CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFIA.....	116

INTRODUCCIÓN

Nuestro país se ha visto inmersa en un proceso denominado transnacionalización de la regulación jurídica, que en palabras de Boaventura de Sousa Santos pertenece a un elemento constitutivo de la globalización, y se define como cualquier situación en la que se pueda establecer que los cambios en el derecho estatal de un país han sido influenciados decisivamente por presiones internacionales, formales o informales, de otros Estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales¹. El fenómeno anteriormente descrito no es novedoso por cuanto en materia internacional se ha evidenciado una influencia particularmente fuerte en temas relacionados con la regulación jurídica, económica y en la vida comercial, como lo atestiguan los muchos proyectos de unificación del derecho, que tradicionalmente son dirigidos a la uniformación y la estandarización.

Dicha uniformación puede ejemplificarse con proyectos como el de Ernst Rabel, como precursor de la Ley Uniforme de Ventas Internacionales² al comienzo de los años treinta, y por el establecimiento del Instituto Internacional por la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)³, al igual que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI (UNCITRAL, por sus siglas en inglés)⁴ con el fin de unificar el derecho sobre la formación de contratos internacionales, lo que llevó, por ejemplo, al

¹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *La transnacionalización de la regulación de Estado-nación: El Estado heterogéneo*. En “La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA. Bogotá. 2002. pp. 80 – 81.

² VAN DER VELDEN, F. J. A. *The Law of International Sales: The Hague Conventions 1964 and the Uncitral Uniform Sales Code 1980 – Some main items compared* (pp. 47-69).. En C. C. A. VOSKUIL AND J. A. WADE (Editores). “Hague-Zagreb Essays on the Law of International Trade”. Volume 4. T.M.C. Asser Instituut. La Haya. 1983. pp. 48. Disponible en https://books.google.com.co/books?id=AumV5KzExZMC&pg=PA48&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Consultada el 15/02/2016.

³ Es una organización intergubernamental independiente constituida en 1926 como órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones, el Instituto, tras el fallecimiento de la Liga, se restableció en 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral, el Estatuto de UNIDROIT. Su objetivo es estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho internacional privado y el derecho comercial, en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de derecho uniforme, principios y normas para alcanzar dichos objetivos.

⁴ Establecida por la Asamblea General en 1966 (resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966). La Asamblea General, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante la Comisión, las Naciones Unidas podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos.

Derecho Uniforme sobre la Formación de Contratos Internacionales de Compraventa (1964)⁵ y a la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (1980)⁶.

Estos intentos de unificación (estandarización normativa) han dado frutos como las leyes uniformes sobre comercio electrónico y la ley de Arbitramento Internacional.

Un particular intento en dirección de la uniformación y estandarización, es la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias propuesta por el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA) en una reunión de expertos en diciembre de 1998, la cual proviene de la necesidad de unificación y armonización del derecho y de las prácticas sobre garantías mobiliarias en las américas, por cuanto Estados Unidos y Canadá eran los únicos en el continente americano en contemplar legislaciones similares⁷.

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias tuvo como base los trabajos hechos para la redacción de la Ley de Garantías Mobiliarias de México; también se vio favorecida con los Principios del Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano⁸, así como las reglas del artículo 9 del Código Comercial Uniforme (Uniform Commercial Code) de los Estados Unidos, de las Leyes Canadienses sobre la Garantía de Propiedad Personal (Canadian Personal Property Security Acts) y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional⁹.

Esta Ley Modelo inspiró en Guatemala la aprobación del Decreto 51 - 2007, en México las reformas en 2000¹⁰ y 2003¹¹, en Perú la aprobación de la Ley N° 28677, en Honduras la

⁵ VAN DER VELDEN, FRANS. *Uniform International Sales Law and the Battle of forms*. En "Contributions in Honour of J.G. Sauveplanne". 1984. pp. 233-249. Citado en SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. Op Cit. pp. 81.

⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. La finalidad de esta Convención es prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones. Adoptada el 11 de abril de 1980 y en vigor desde el 1 de enero de 1988.

⁷ KOZOLCHYK, BORIS. *Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico*. En "Boletín Mexicano de Derecho Comparado". vol. XLII, núm. 125, Mayo-Agosto, 2009. pp. 795-853. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2009. Disponible en Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715769007>. pp. 812.

⁸ Los 12 Principios del NLCIFT Para las Garantías Mobiliarias en las América. Disponibles en <http://www.supersociedades.gov.co/web/comision/entrega7/Garantias%20mobiliarias%20en%20Latinoamerica.pdf>.

⁹ KOZOLCHYK, BORIS. *Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico*. Ibíd. pp. 823.

¹⁰ DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito. DIARIO OFICIAL martes 23 de

aprobación del Decreto N° 182 – 2009. En Colombia esta influencia se expresó con la aprobación de la Ley 1676 de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre Garantías Mobiliarias.

El punto central de esta nueva regulación fue el uso del concepto de garantía real sobre bienes muebles, en sustitución del término prenda. Este cambio conceptual, surge de la necesidad de abarcar nuevos gravámenes sobre muebles que por su naturaleza no son posibles en el contrato de prenda, a saber, bienes a adquirirse en el futuro, corporales o incorporeales, inventarios flotantes, inventarios de bienes no identificados plenamente, o cuentas por cobrar no representadas en títulos de crédito. Es así que el concepto de garantía real, por contemplar más gravámenes que el contrato de prenda, permitiría aumentar las operaciones financieras, los bienes muebles dables en garantía y, a su vez, expandir las posibilidades para acceder a crédito¹².

Frente al cambio de la denominación, que incluyó otro tipo de ajustes aún sobre elementos esenciales del contrato de prenda, es pertinente analizar si ¿el contrato de Garantías Mobiliarias sustituye al contrato de prenda, dando lugar a un nuevo contrato en el ámbito jurídico? esto es, si ¿El contrato de Garantías Mobiliarias deroga por regulación integral la institución del contrato de prenda?

Como hipótesis de investigación se parte de la idea que el contrato de garantía mobiliaria no constituye un contrato por sí mismo, pues no prescribe cuales son los elementos de la esencia del contrato de prenda de una manera integral o sistemática, sino que modifica o agrega alguno de ellos, aunque la ley enuncia “*Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, (...) dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley*”. Lo que ello genera es una mixtura entre el contrato de prenda y la misma garantía mobiliaria.

mayo de 2000 DIARIO OFICIAL. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgtoc/LGTOC_ref15_13jun03.pdf. Consultada el 15/02/2016.

¹¹ Reforma 15: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. DOF 13-06-2003. DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. DIARIO OFICIAL viernes 13 de junio de 2003. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgtoc/LGTOC_ref15_13jun03.pdf. Consultada el 15/02/2016.

¹² COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 200 de 2012. Exposición de Motivos. Bogotá, 2012.

Dado que el campo de aplicación de la Ley 1676 de 2013 se extiende a otros instrumentos actualmente reconocidos como la fiducia en garantía y al endoso en garantía, estas no se analizarán en la presente investigación. Al igual que las excepciones contempladas en el artículo cuarto a saber: *1. Bienes muebles tales como las aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por la Ley 967 de 2005. 2. Valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la Ley 964 de 2005 y las normas que la modifiquen o adicionen. 3. Garantías sobre títulos valores, que seguirán las reglas del Código de Comercio, y 4. Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.* También conviene puntualizar que, sin perjuicio de los antecedentes históricos, únicamente se analizará al contrato de prenda en la legislación colombiana. De esta manera el objetivo general de la investigación girará en torno a determinar la naturaleza jurídica- de la garantía mobiliaria en comparación con el contrato de prenda.

Para cumplir con el objetivo planteado y dar solución al problema de investigación, el presente trabajo se estructura con los siguientes objetivos específicos: primero hacer una reconstrucción histórica del contrato de prenda; a continuación, analizar los elementos del contrato de garantía mobiliaria, teniendo de presente la ley modelo de garantía mobiliaria; y finalmente, determinar la supervivencia, mixtura, o eliminación del contrato de prenda frente al contrato de garantías mobiliarias.

El desarrollo de la investigación se guiará por la metodología de dogmática de lege data, que se dirige a esclarecer la naturaleza del problema de investigación, discutir alternativas interpretativas y ofrecer aquella que constituye la mejor solución posible¹³. Para tal efecto, se seguirá el siguiente itinerario:

El capítulo primero abordará en un primer momento lo referente al contrato de prenda, específicamente la prenda civil y comercial, a manera de estado del arte se analizarán la contextualización histórica del contrato de prenda y su regulación.

¹³ COURTIS, CHRISTIAN. *El juego de los juristas ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En "Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica". Editorial Trotta S.A. Madrid. 2006. pp. 122.

En un segundo aparte se analizará el contrato de garantía mobiliaria adoptado en la ley modelo sobre garantías mobiliarias por la Organización de Estados Americanos (OEA), allí se hará un recuento de elementos como uniformidad y bases de la ley.

Finalmente se estudiará la ley 1676 de 2013 “por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”, con relación a sus antecedentes como necesidad de su promulgación, además de algunos cambios legislativos que produce.

El capítulo segundo tratará la vigencia normativa particularmente el tema de derogaciones, con la finalidad de establecer un parámetro jurídico en cuanto al efecto que conllevó la expedición de la ley 1676 de 2013 frente al contrato de prenda, aunado a ello, se analizaran las reglas sobre validez y aplicación de las leyes en punto a la derogación.

El tercer capítulo se adentrará en el contrato de prenda y sus características, teniendo en cuenta el cambio que plantea la Ley 1676 de 2013, dando como resultado los cambios respecto a los elementos de la esencia y de la oponibilidad, los nuevos derechos y obligaciones derivadas del contrato de garantía mobiliarias, y finalmente frente a la unificación del régimen comercial y civil en torno al entendimiento de la prenda con o sin tenencia como contrato de garantía mobiliaria.

CAPÍTULO I

1.1. CONTRATO DE PRENDA.

1.1.1. CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO DE PRENDA.

El Código Civil Colombiano o Ley 57 de 1887, fue básicamente producto de la incorporación del Código Civil de Bello y en consecuencia, podemos determinar cuatro fuentes principales que constituyen sus bases fundamentales, a saber: 1. El derecho romano puro. 2. El derecho germano. 3. El viejo derecho español. y 4. El derecho francés.¹⁴

En consideración a lo anterior se hace necesario un estudio tangencial de la fuente de derecho romano con fines de utilidad histórica¹⁵, por cuanto nuestro derecho civil actual esta permeado en gran medida desde sus orígenes por la costumbre y el derecho romano. En esa medida, para comprender bien sus disposiciones, es esencial conocer las leyes que lo anteceden.

Por ello tenemos que la prenda tal como la conocemos hoy día, fue una figura ignorada por el Derecho Romano. Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones mediante la entrega de una cosa, en garantía, los romanos acudieron a otras figuras: la enajenación del acreedor, de la cosa, en virtud de un acto de los llamados *fiducia cum creditore contracta*. Se hacia el desplazamiento de propiedad por la *mancipatio* o la *in jure cesio*, sin que fuera preciso poner al acreedor en posesión de la cosa, ya que en el derecho clásico la *mancipatio*, a diferencia de la *traditio*, no requería la entrega de la cosa, sino bastaba con el simple acuerdo de voluntades encaminadas a efectuar la transmisión del dominio, de conformidad a las normas civiles. *El acreedor adquiría la propiedad de la cosa, pero no por modo absoluto y pleno, pues el pacto de fiducia limitaba esencialmente sus facultades dispositivas. Si era persona honrada, el deber de fiducia – fe fidelidad- obligábale a no*

¹⁴ VALENCIA ZEA, ARTURO; ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Fuentes del Derecho Civil*. En “Derecho Civil”. Tomo I. Decimocuarta Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1997. pp. 35.

¹⁵ PETIT, EUGENE. *Del Derecho en General*. En “Tratado Elemental de Derecho Romano”. Buenos Aires (Argentina): Editorial Albatros. 1982. pp. 24

*usar de su propiedad infringiendo aquel pacto y a conservar en su poder la cosa, ya que se había comprometido a restituirla tan pronto como el deudor saldase la deuda*¹⁶.

Sin embargo, hay autores que han demostrado que tanto en derecho romano como griego, la prenda tuvo un carácter netamente “comisorio”, es decir, que contemplaba la “cláusula de comiso” o *lex commissoria*, en virtud de la cual, si el deudor no cumplía a su debido tiempo con la obligación, perdía todo derecho a rescatar la prenda, que pasaba a ser propiedad del acreedor, quien quedaba desligado del pacto de fiducia y libre de todo obstáculo.¹⁷

Luego de que la prenda comisorio se transformara en *venal*, en el que el deudor se precarizaba, debido a que ahora el acreedor podría vender la cosa prenda, cambiarla o donarla, puesto que era, a lo menos formalmente un propietario ya que con la *actio fiduciae*, no podía por tales medios obtener por el tercero la devolución de la cosa fiduciada, si este la había adquirido en legitima y plena propiedad.¹⁸

Todo lo anterior se trajo como consecuencia una nueva forma de garantía, denominada *pignus*, la cual se cumplía mediante la tradición y en virtud de ella el acreedor adquiría la plena posesión jurídica de las cosas pero no su propiedad. En otras palabras esta forma de garantía real, no procuraba por sí al acreedor otro beneficio que el de la conservación de la cosa dada en garantía hasta ser pagado¹⁹.

Como punto a tener en cuenta, en la redacción originaria del Código Civil napoleónico utilizaba el término “*nantissement*” como noción genérica de garantía real mobiliaria con desplazamiento de la posesión y lo definía como contrato por el cual un deudor entrega una cosa a su acreedor en garantía de la deuda (antiguo art. 2071 CC). El “*nantissement*” podía ser de dos tipos: prenda (*gage*), si recaía sobre bienes muebles, o anticresis, si gravaba

¹⁶ PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *De la Prenda en General*. En Garantías Civiles (Hipoteca, prenda y fianza). Primera Reimpresión. Bogotá: Editorial Temis. 1986. pp. 239

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.* pp. 240.

¹⁹ JÖRS, PAUL. *Cap V. Derechos de Prenda*. En “Derecho Privado Romano”. España: Editorial Labor S.A.1937. pp. 222.

cosas inmuebles. Así pues, la “gage” era la única garantía real mobiliaria contemplada inicialmente por el *Code civil*.²⁰

El termino “prenda” es empleado para designar indistintamente el contrato en el cual se crea un tipo especial de garantía real, la cosa u objeto sobre la que ésta recae, y el derecho que adquiere el acreedor pignoraticio.²¹ Así las cosas constituida la prenda, da un derecho *in re* a favor del acreedor, que se constituye por un pacto sin tradición²².

En similitud, Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, distinguen con prenda varias cosas, en primer lugar, la cosa mueble entregada al acreedor en garantía de una obligación; en segundo lugar, determina el derecho real que se constituye en favor del acreedor mediante la entrega de una cosa mueble, y, finalmente, se relaciona con el mismo contrato de donde nace la garantía real de la prenda.²³

1.1.2. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRENDA.

La prenda y la hipoteca, son derechos reales que se ejercen sobre la propiedad del otro; sin embargo, la prenda recae sobre las cosas muebles, mientras la hipoteca, recae sobre cosas inmuebles²⁴.

La prenda es el primer contrato de garantía real que reglamenta el Código Civil en sus artículos 2409 a 2431 y el Código de Comercio entre los artículos 1200 y 1220.²⁵ *En virtud*

²⁰ ARANA DE LA FUENTE, ISABEL. La reforma francesa de las garantías mobiliarias. En “InDret Revista para el análisis económico del derecho”. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Barcelona. 2012. Disponible en http://www.indret.com/pdf/891_es.pdf. Consultada el 22/09/2014. pp. 13

²¹ VEIGA COPO, ABEL B. *El Derecho Real de Prenda*. En “La Prenda de Acciones”. Primera Edición. Civitas Ediciones. Madrid (España). 2002. pp. 59.

²² BELLO, ANDRES. *De qué modo se contrae obligación por la cosa*. En “Derecho Romano”, Obras completas de Andrés Bello. Ministerio de Educación: Caracas - Venezuela. 1959. pp. 138.

²³ VALENCIA ZEA, ARTURO; ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Real de Prenda*. En “Derecho Civil”. Tomo II. Décima Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1996.

²⁴ Se exceptúan las naves y aeronaves que siendo cosas muebles se gravan con hipoteca, de acuerdo a lo reglado en el Código de Comercio.

²⁵ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Contrato de Prenda*. En “Los principales contratos civiles y comerciales”. Tomo II, Séptima Edición, actualizada y ampliada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2005. pp. 21

*de la prenda, el deudor garantiza al acreedor su cumplimiento, otorgándole la facultad de enajenar una cosa mueble de su propiedad, a fin de que con el producto se pague*²⁶.

El Código Civil en su definición del contrato de prenda establece que el deudor debe entregar la cosa al acreedor, definiendo así la prenda con tenencia de la cosa (artículo 2409 del Código Civil); empero, posteriormente la legislación comercial consagró el derecho real de prenda en muebles sin desplazamiento, entonces el deudor no debe entregar la cosa al acreedor (artículo 1207 y ss del Código de Comercio).

En consecuencia, *“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 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 real. 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 registrará por la ley mercantil”.*²⁷

En esta medida frente a la denominada prenda el artículo 2409 del Código Civil reza:

"Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.

La cosa entregada se llama prenda.

El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.”

²⁶ VALENCIA ZEA, ARTURO; ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derechos reales*. En “Derecho Civil”. Tomo I. Decimosexta Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2006.

²⁷ LEÓN ROBAYO ÉDGAR IVÁN, GONZÁLEZ UMBARILA EDGAR GIOVANNI. *La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias*. En revista de derecho, Universidad del Norte N°44. 2015. pp 91.

En ocasión al citado artículo, cabe mencionar que ha sido objeto de crítica, pues, la definición no muestra todos los perfiles de la prenda, pero si los más destacables: esto en el entendido que lo reconoce como un contrato que requiere de la entrega de la cosa, que deba recaer sobre bien mueble y que se celebra como seguridad o caución, pero habría que agregar: genera un derecho real accesorio que le otorga al acreedor la facultad de perseguir la cosa, retenerla y pagarse, preferentemente, con el producto de su venta judicial, si el deudor no satisface la prestación garantizada²⁸.

Frente a las características esenciales del *pignus*, Álvaro Pérez Vives, contempla que se puede definir la prenda como *“una garantía real, accesorio e indivisible, constituida sobre una cosa mueble que se entrega al acreedor para la seguridad de su crédito y que da a aquel el derecho de pedir, en caso de mora del deudor, que se venda la prenda en pública subasta, para que con lo producido se le pague conforme al orden de referencia establecido por la ley, o que, a falta de postura admisible, se le adjudique en pago hasta la concurrencia de su crédito, previo avalúo por peritos”*²⁹.

“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: persecución y preferencia. 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”.³⁰

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Ibíd.* pp. 242.

³⁰ HINESTROSA, FERNANDO. *Apuntes de derecho romano –bienes–*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C. 2005. Citado en LEÓN ROBAYO ÉDGAR IVÁN, GONZÁLEZ UMBARILA EDGAR GIOVANNI. *op cit.* pp. 87.

1.2. LEY MODELO DE LA OEA Y ANTECEDENTES DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Como antecedente importante, cabe destacar que la ley modelo de la OEA sobre Garantías Mobiliarias tuvo gran influencia de los trabajos desarrollados en la ley de Garantías Mobiliarias para México, trabajo comenzó en 1996 bajo la tutela de la Secretaría de Economía y Fomento Industrial (Secofi) y de la NLCIFT³¹; y que culminó en el 2003³². De este precedente legislativo, se desarrollaron los 12 principios del NLCIFT³³ para las Garantías Mobiliarias en las Américas los cuales son:

1. Las garantías mobiliarias del crédito comercial y del consumo propician el desarrollo económico porque permiten al deudor el uso, transformación venta o permuta de los bienes garantizados (movilización de los activos). El producto de la venta o disposición de estos activos o de sus bienes derivados o atribuibles hacen posible la auto- cancelación o pago del préstamo. La ejecución de un solo acuerdo de garantía y su publicidad registral efectuada desde el momento de ese acuerdo puede garantizar a una serie de préstamos o línea de crédito cuyo monto y cantidad o valor de bienes garantizados pueden fluctuar durante la vida de ese préstamo o préstamos. Publicada la garantía, el acreedor establece su prioridad respecto a terceros sin necesidad de acuerdos o registros sucesivos. La auto-cancelación de las garantías

³¹ El National Law Center for Inter-American Free Trade (Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano) es una institución educativa y de investigación afiliada a la Facultad de Derecho James E. Rogers de la Universidad de Arizona en Tucson, Arizona. El Centro se encuentra dedicado al desarrollo de la infraestructura legal necesaria para construir la capacidad comercial y promover el desarrollo económico en las Américas. El Centro fue fundado en el año 1992 y ha colaborado estrechamente con los sectores público y privado en temas de reforma legal y desarrollo de las mejores prácticas comerciales en una amplia gama de áreas temáticas, incluyendo (de modo no limitativo) las siguientes: resolución alternativa de controversias, derecho bancario, quiebras, derecho societario y creación de empresas, derecho y política de libre competencia, aduanas, comercio electrónico, derecho ambiental, derecho de familia, propiedad intelectual, títulos valores, reforma y capacitación judicial, derecho laboral, responsabilidad del fabricante, derecho inmobiliario, bursatilización, garantías mobiliarias y transporte.

³² KOZOLCHYK, BORIS. *Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLII, núm. 125, mayo-agosto, 2009, pp. 795-853, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2009. Disponible en Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715769007>. Consultada el 18/02/2017. pp.813-814.

³³ National Law Center for Inter-American Free Trade. 12 Principios del NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Américas. 2006. El grupo de proyectistas de los 12 Principios incluyó a Mariana Silveira, Dale Beck Furnish, Marek Dubovec y Boris Kozolchyk.

mobiliarias requiere que los siguientes principios, corolarios de la misma, se implementen por los legisladores, las partes, los registros y las cortes.

2. La garantía mobiliaria es un derecho de posesión o de control preferente sobre bienes muebles. Como tal, no requiere que el deudor garante sea el propietario del bien mueble garantizador; su derecho a la posesión del mismo bien, así sea coetáneo con otros derechos posesorios de otros acreedores o deudores, permitirá la creación de la garantía mobiliaria.
3. La garantía mobiliaria se puede constituir sobre cualquier bien susceptible de valoración pecuniaria, sean ellos presentes o futuros, corporales o incorporales, incluyendo derechos sobre los mismos, así como sobre los bienes derivados o atribuibles a la venta o permuta de estas garantías, ya sea en una primera o ulterior generación de tales bienes derivados o atribuibles. Por tanto, los bienes garantizadores al igual que las garantías sobre los mismos son de número abierto (*numerus apertus*) y no se encuentran limitadas a figuras pre-existentes tales como las prendas con o sin desplazamiento o las hipotecas mobiliarias, o ventas con reserva o retención de dominio, etc.
4. Las garantías mobiliarias pueden ser creadas mediante contrato o en virtud de la ley. La efectividad de una garantía mobiliaria entre el acreedor garantizado y el deudor se origina por el contrato entre los mismos por imposición de la ley o decisión judicial, sin necesidad de formalidades adicionales. Sin embargo, los derechos de terceros, incluyendo los de los acreedores quirografarios con sentencias de embargo o remate y los de los síndicos, no quedarán afectados a menos que la garantía mobiliaria haya sido debidamente publicitada.
5. Uno de los objetivos principales del sistema de publicidad de las garantías mobiliarias es el de eliminar los gravámenes ocultos o secretos. La publicidad (perfeccionamiento) se puede lograr ya sea mediante registro público o por la posesión o control del bien garantizador en manos del acreedor o de un tercero designado por éste. La garantía mobiliaria perfeccionada sobre un bien mueble podrá fusionarse con un documento negociable, en cuyo caso se convertirá en una garantía mobiliaria negociable y, en consecuencia, en una obligación abstracta, independiente de los derechos y obligaciones de la transacción

subyacente, permitiendo así su venta autónoma (*true sale*) o negociación sin limitaciones a un tercero de buena fe.

6. La publicidad efectiva por parte del registro especializado se logra cuando todos los mecanismos legales, presentes y futuros, cuyo efecto consiste en garantizar el pago de una deuda a través de bienes muebles, son tratados como un derecho de carácter unitario. El efecto de dicha garantía mobiliaria registrada (incluyendo su prioridad) ante terceros (tales como otros acreedores garantizados y compradores) da comienzo a partir de su inscripción, independientemente del momento de su constitución.
7. El registro de la garantía deberá ser lo más económico posible y deberá realizarse en un registro público fácilmente accesible a terceros sin distinción de giro comercial o nacionalidad, y, de ser posible, en forma electrónica. La inscripción deberá contener los datos más esenciales, en forma estandarizada, a efectos de identificar a las partes, el monto del préstamo o línea de crédito y los bienes garantizadores, en forma coherente con las necesidades de información de terceros, actuales o potenciales. Resultarán suficientes las descripciones genéricas de los bienes garantizadores, como ser inventario o cuentas por cobrar. El índice deberá organizarse en general con base al nombre del deudor y, excepcionalmente, en base al número de serie de los bienes.
8. En la medida en que el crédito proporcionado en base a una garantía mobiliaria de adquisición o de compra de bienes específicos se utilice directamente para la compra de los bienes garantizadores, dicha garantía tendrá prioridad sobre otras garantías mobiliarias pre-existentes que cubran la misma clase de bienes, creando así un incentivo para quienes deseen proporcionar los préstamos necesarios y oportunos, y una protección en contra del monopolio e inmovilización de los bienes garantizadores disponibles por parte de uno o más acreedores garantizados. Además de la inscripción correspondiente, para el perfeccionamiento de la garantía mobiliaria de adquisición se requerirá un aviso especial a los acreedores pre-existentes.
9. El comprador en el curso ordinario de los negocios adquiere los bienes libres de cualquier garantía mobiliaria perfeccionada anteriormente por el vendedor,

incluso en los casos en que el comprador pueda tener conocimiento de su existencia. Si la venta ocurre fuera del curso ordinario de los negocios, entonces el comprador se encuentra sujeto a la garantía mobiliaria, incluso cuando haya pagado un precio de compra justo.

10. La auto-cancelación de las garantías mobiliarias exige que la reposición de las garantías y su ejecución se puedan realizar a través de mecanismos de resolución contractual y de ejecución extrajudicial, 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.
11. En la medida de lo posible y hasta el momento en que rija un sistema moderno en materia de quiebras que proteja en forma adecuada los derechos de los acreedores y deudores la garantía mobiliaria perfeccionada no deberá formar parte de los procedimientos de quiebra, y las leyes relativas a quiebra o a otras ramas del derecho no habrán de convertirse en un vehículo para retrasar, evitar y evadir el pago de las obligaciones garantizadas. De manera excepcional, si los procedimientos corresponden a un concurso preventivo, los bienes garantizadores pueden pasar a integrar la masa de la quiebra, sujetos a la jurisdicción exclusiva del tribunal de quiebras, a efectos de confirmar el perfeccionamiento de las garantías mobiliarias así como su prioridad con respecto a los reclamos de otros acreedores, de determinar el alcance y valor de las garantías y, en última instancia, para decidir si los bienes garantizadores son esenciales para el éxito de un concurso preventivo que habrá de proteger a las garantías mobiliarias válidas.
12. La armonización de las leyes sobre garantías mobiliarias incluyendo las normas de conflicto de leyes resulta esencial a los efectos de promover la disponibilidad del crédito transfronterizo.

En diciembre de 1998, el Consejo Permanente de la OEA aprobó la utilización de un proyecto conjunto formulado por México y por Estados Unidos con respecto a una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, como base para el trabajo de la elaboración de la ley modelo. Este documento contenía reglas que responden a los 12

Principios del NLCIFT para las garantías mobiliarias de las Américas, al proyecto de ley mexicano propuesto por la Secretaría de Economía y Fomento Industrial (Secofi), a las reglas del artículo 9 del Uniform Commercial Code (UCC)³⁴ de los Estados Unidos de América, a Ley Canadiense de Garantías Personales (*Canadian Personal Property Security Act*), y a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.³⁵

En consecuencia la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias fue aprobada por la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), en su tercera sesión plenaria celebrada el 8 de Febrero de 2002. Esta ley sienta las bases una modernización en materia de garantías mobiliarias son los siguientes objetivos.

- a) facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación al máximo posible del espectro de bienes que pudiesen constituir una garantía (a este aspecto refiere el Artículo 4);
- b) simplificar los procedimientos de constitución de la garantía mobiliaria procurando el abaratamiento de costos (a este aspecto refieren los Artículos 5 a 9);
- c) establecer criterios claros en lo que respecta a publicidad de los diferentes tipos de garantías mobiliarias como instrumento funcional para determinar el grado de prelación entre acreedores (a este aspecto refieren los Artículos 10 a 34);
- d) estandarizar los aspectos documentales y registrales concernientes a la garantía (a este aspecto refieren los Artículos 35 a 46);
- e) asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios previsibles y detallados sobre el orden de prelación de las garantías (a este aspecto refieren los Artículos 47 a 53);

³⁴ El Uniform Commercial Code (UCC) se subdivide en nueve grandes bloques normativos llamados artículos, de entre los cuales el Artículo 9 se encarga de la disciplina de los derechos de garantía sobre bienes de naturaleza mueble (security interests in personal property).

³⁵ KOZOLCHYK, Boris. Op Cit.

f) procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante (a este aspecto refieren los Artículos 54 a 67);³⁶

Es así que *“esta ley tiene por objeto la armonización de las legislaciones del continente americano en esta materia; su ámbito de aplicación corresponde a la “constitución, perfeccionamiento, prelación y ejecución de todo derecho real de garantía sobre bienes muebles (corporales e incorporales)”*. Esta ley sigue muy de cerca las condiciones y los efectos de la prenda del sistema romano-germánico, con algunas pocas salvedades, como la introducción de mecanismos de publicidad de la prenda y el pacto comisorio”³⁷.

Esta Ley Modelo inspiró en Guatemala la aprobación del Decreto 51 - 2007, en México las reformas en 2000 y 2003, en Perú la aprobación de la Ley N° 28677, en Honduras la aprobación del Decreto N° 182 – 2009. En Colombia esta influencia se expresó con la aprobación de la Ley 1676 de 2013.

1.3. LEY 1676 DE 2013 “POR LA CUAL SE PROMUEVE EL ACCESO AL CRÉDITO Y SE DICTAN NORMAS SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS”.

1.3.1. SOBRE LAS NECESIDADES Y OBJETIVOS DE SU PROMULGACIÓN.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por iniciativa propia, presenta el Proyecto de ley “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias” bajo los proyectos de ley 200 de 2012 en Senado y 143 de 2012 en Cámara,

³⁶Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias. Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI). 8 de Febrero de 2002

³⁷ MARTÍNEZ CÁRDENAS, BETTY MERCEDES; TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. De las garantías tradicionales a las garantías derivadas. En Opinión Jurídica, vol. 10, núm. 19, enero-junio, 2011, pp. 181-193, Universidad de Medellín - Colombia. 2011. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94522284011>. Consultada el 10/10/2016. pp. 190

De las consideraciones del Proyecto de ley, es importante anotar que, para la redacción de este proyecto de ley, *se tuvieron en cuenta los más altos estándares internacionales trazados por la OEA y la CNUDMI y adicionalmente, se estudiaron las experiencias de otros países, con el fin de evitar replicar, en este proyecto de ley, las equivocaciones de otras naciones. De cualquier forma, el trabajo de la comisión redactora, que contó con el apoyo del Banco Mundial, se adelantó desde una perspectiva colombiana con el fin de incluir y contemplar las realidades propias del país en el tema de acceso al crédito*³⁸.

*La necesidad de este proyecto de ley obedece a que en el país no existía un régimen efectivo de garantías, por ejemplo, la constitución de una garantía sobre bienes muebles típicamente se ha implementado a través del contrato de prenda, la prenda es limitada por la ley a pocas operaciones de crédito y a escasos tipos plenamente identificables de bienes muebles, además, también, la falencia que la regulación en materia comercial y civil tienen en torno a aspectos como el registro y la publicidad y la ejecución que es onerosa y demora largo tiempo y la mayoría de los bienes muebles se deprecian antes de que puedan ser recuperados y vendidos para pagar un préstamo en mora o garantizan créditos muy pequeños con relación a los altos costos de ejecución que la ley determina.*³⁹

Todos los anteriores aspectos generan un impacto económico negativo importante en el acceso a crédito de los individuos y de los empresarios que no son dueños de propiedades inmuebles, *no solo se perjudica el crecimiento de la empresa como fuente generadora de riqueza y de empleo, sino que también se afecta a los consumidores de bienes y servicios, en la medida en que los altos costos de financiación terminan trasladándose al precio de los bienes y servicios*⁴⁰. Dada la problemática presentada, la creación de un régimen efectivo de garantías mobiliarias, puede aportar notables beneficios económicos, fomentando financiación para la creación y expansión de las empresas e incrementando el comercio. Además, en aspectos tales como el registro y la publicidad registral.

³⁸ MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Proyecto de ley 200 e 2012 Senado. Exposición de motivos.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

En resumen, los objetivos de la ley de garantías mobiliarias en nuestro país obedecieron a la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de los bienes muebles sobre los cuales se constituyen garantías, modernizar las normas sobre garantías mobiliarias, mejorar los mecanismos existentes de publicidad y finamente hacer ágil y económico el proceso de ejecución de la garantía.

1.3.2. RECEPCIÓN DE LA LEY INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN COLOMBIA.

En el siguiente cuadro comparativo se tomarán algunos artículos en consideración referentes a los bienes, constitución de la garantía, publicidad, registro, prelación y ejecución; ello con la finalidad de tener un criterio de la forma en que la ley modelo fue acogido en nuestro ordenamiento jurídico.

<p>Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias</p>	<p>LEY 1676 DE 2013 Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias</p>
<p>Artículo 1 La presente Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en lo sucesivo la “Ley”) tiene por objeto regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables.</p> <p>Un Estado podrá declarar que esta Ley no se aplica a ciertos tipos de bienes muebles que</p>	<p>ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. Las normas contenidas en la presente ley tienen como propósito incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas.</p> <p>ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Esta ley será aplicable a la constitución, oponibilidad, prelación y</p>

<p>expresamente indiquen en el presente texto.</p> <p>Un Estado que adopte esta Ley deberá crear un sistema de registro único y uniforme aplicable a toda figura de garantías mobiliarias existente dentro del marco jurídico local, para dar efecto a esta Ley.</p>	<p>ejecución de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles.</p> <p>ARTÍCULO 4o. LIMITACIONES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las garantías de las que trata esta ley podrán constituirse sobre cualquier bien mueble, salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público.</p> <p>Se exceptuarán de lo dispuesto en esta ley las garantías mobiliarias otorgadas sobre:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Bienes muebles tales como las aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por la Ley 967 de 2005. 2. Valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la Ley 964 de 2005 y las normas que la modifiquen o adicionen. 3. Garantías sobre títulos valores, que seguirán las reglas del Código de Comercio, y 4. Depósito de dinero en garantía, cuando el
--	--

	depositario es el acreedor.
<p>Artículo 2</p> <p>Las garantías mobiliarias a que refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad.</p> <p>Cuando a una garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta Ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados.</p>	<p>ARTÍCULO 3o. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.</p> <p>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 e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar,</p>

	<p>incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.</p> <p>Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley.</p> <p>PARÁGRAFO. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.</p>
<p>Artículo 5 Una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el deudor garante y el acreedor garantizado.</p>	<p>ARTÍCULO 9o. MEDIOS DE CONSTITUCIÓN. Una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el garante y el acreedor garantizado o en los casos en los que la garantía surge por ministerio de la ley como los referidos a los gravámenes judiciales,</p>

	<p>tributarios o derechos de retención de que trata el artículo 48 de esta misma ley, sobre la prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía.</p>
<p>Artículo 10</p> <p>Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros sólo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria. La publicidad de una garantía mobiliaria se puede dar por registro de acuerdo con el presente Título y el Título IV o por la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con el presente Título.</p> <p>Se le podrá dar publicidad a una garantía mobiliaria sobre cualquier tipo de bienes muebles en garantía por medio de su inscripción registral, salvo con lo dispuesto en el Artículo 23. Asimismo, se podrá dar publicidad una garantía mobiliaria por medio de la entrega de posesión o control de los bienes en garantía sólo si la naturaleza de los mismos lo permite o si la entrega es realizada de la manera contemplada por el presente Título.</p> <p>A una garantía que se le haya dado publicidad de acuerdo con uno de los métodos mencionados, se le podrá dar publicidad subsecuentemente por otro método y, desde que no exista lapso intermedio sin publicidad,</p>	<p>ARTÍCULO 21. 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 o por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto en el presente título, razón por la cual no se admitirá oposición ni derecho de retención frente a la ejecución de la garantía, a la entrega, a la subasta o a cualquier acto de ejecución de la misma en los términos establecidos en esta ley.</p> <p>PARÁGRAFO. 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.</p>

<p>se considerará que la garantía estuvo continuamente publicitada a efectos de esta Ley.</p>	
<p>Artículo 35</p> <p>La garantía mobiliaria a la cual se dé publicidad mediante su inscripción en el Registro será oponible frente a terceros desde el momento de su inscripción.</p>	<p>ARTÍCULO 38. EL REGISTRO. El registro es un sistema de archivo, de acceso público a la información de carácter nacional, que tiene por objeto dar publicidad a través de Internet, en los términos de la presente ley, a los formularios de la inscripción inicial, de la modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución de garantías mobiliarias.</p> <p>Los archivos electrónicos del registro deberán ser accesibles a través de Internet y las certificaciones que se extiendan sobre los datos que en él consten, ya sean en papel o en forma de mensajes de datos, se considerarán documentos públicos y sirven de plena prueba.</p> <p>La administración del registro estará regulada en el reglamento del registro que al efecto emita el Gobierno Nacional.</p>
<p>Artículo 47</p> <p>El derecho conferido por una garantía mobiliaria respecto de bienes en garantía es oponible frente a terceros sólo cuando se ha cumplido con el requisito de publicidad.</p>	<p>ARTÍCULO 48. PRELACIÓN ENTRE GARANTÍAS CONSTITUIDAS SOBRE EL MISMO BIEN EN GARANTÍA. La prelación de una garantía mobiliaria sin tenencia, incluyendo la de sus bienes derivados o atribuibles, constituida de conformidad con esta ley, así como los gravámenes surgidos por ministerio de la ley, judiciales y tributarios, se determina por el momento de su inscripción en</p>

	<p>el registro, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía.</p> <p>Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita.</p> <p>Respecto de garantías cuya oponibilidad frente a terceros de conformidad con lo previsto en esta ley, ocurre por la tenencia del bien o por el control sobre la cuenta de depósito bancario, la prelación se determinará por el orden temporal de su oponibilidad a terceros.</p> <p>Si la garantía mobiliaria no se inscribió en el registro, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias no registradas será determinada por la fecha de celebración del contrato de garantía.</p> <p>Entre una garantía mobiliaria oponible a terceros mediante su inscripción en el registro y una garantía mobiliaria oponible a terceros por cualquier otra forma prevista en esta ley, la prelación será determinada, cualquiera que sea la fecha de constitución por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad a terceros, de ser esta anterior.</p>
<p>Artículo 54</p> <p>Un acreedor garantizado que pretenda dar comienzo a una ejecución, en caso de</p>	<p>ARTÍCULO 60. PAGO DIRECTO. El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de</p>

incumplimiento del deudor garante, efectuará la inscripción de un formulario registral de ejecución en el Registro y entregará una copia al deudor garante, al deudor principal de la obligación garantizada, a la persona en posesión de los bienes en garantía y a cualquier persona que haya dado a publicidad una garantía mobiliaria sobre los mismos bienes muebles en garantía.

El formulario registral de ejecución deberá contener:

I. Una breve descripción del incumplimiento por parte del deudor;

II. Una descripción de los bienes en garantía;

III. Una declaración del monto requerido para satisfacer la obligación garantizada y cubrir los gastos de la ejecución razonablemente cuantificados;

IV. Una declaración de los derechos reconocidos por este Título al recipiente del formulario de ejecución; y

V. Una declaración de la naturaleza de los derechos reconocidos por este Título que el acreedor garantizado intenta ejercer.

Artículo 55

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada el acreedor garantizado deberá requerir al deudor garante el pago de la cantidad adeudada. Dicho requerimiento podrá hacerse, a opción del acreedor, en forma notarial o en forma judicial en el domicilio de deudor mencionado en el formulario de inscripción registral. En el acto del requerimiento o intimación deberá entregarse

conformidad con lo previsto en el párrafo 3o del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.

PARÁGRAFO 1o. Si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente, deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante.

PARÁGRAFO 2o. Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado.

PARÁGRAFO 3o. En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien por el acreedor.

<p>al deudor copia del formulario registral de ejecución inscrito en el Registro.</p> <p>Artículo 56</p> <p>El deudor tendrá un plazo de tres días, contados desde el día siguiente a la recepción del formulario de ejecución, para oponerse acreditando ante el Juez o al Notario interviniente el pago total del adeudo y sus accesorios. No se admitirá otra excepción o defensa que la de pago total.</p> <p>Artículo 57</p> <p>En el caso de una garantía mobiliaria sin desposesión sobre bienes corporales, transcurrido el plazo indicado en el Artículo anterior, podrá el acreedor garantizado presentarse al Juez solicitándole que libre de inmediato mandato de desposesión o desapoderamiento, el que se ejecutará sin audiencia del deudor. De acuerdo con la orden judicial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado, o a un tercero a solicitud del acreedor garantizado. Cualquier excepción o defensa que el deudor pretenda hacer valer contra el procedimiento iniciado, distinta a la indicada en el Artículo anterior, deberá implementarla por vía de acción judicial independiente conforme prevea la legislación procesal local; dicha acción judicial no obstará el ejercicio de los derechos de ejecución del acreedor garantizado contra los bienes en garantía.</p> <p>Artículo 58</p> <p>En cualquier momento antes de que el acreedor</p>	<p>EJECUCIÓN JUDICIAL.</p> <p>ARTÍCULO 61. ASPECTOS GENERALES. Cuando el acreedor garantizado así lo disponga, hará efectiva la garantía por el proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en el artículo 467 y 468 del Código General del Proceso, con las siguientes previsiones especiales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Deberá inscribirse el formulario registral de ejecución en el registro de garantías mobiliarias prioritarias que contiene los datos requeridos en el artículo 65 numeral 3, como exigencia previa para el trámite del proceso, cumpliendo con todos los requisitos y anexos correspondientes. 2. Los mecanismos de defensa y las excepciones que se pueden proponer por el deudor y/o garante, solo podrán ser las siguientes: <ol style="list-style-type: none"> a) Extinción de la garantía mobiliaria acreditada mediante la correspondiente certificación registral de su terminación, o mediante documento de cancelación de la garantía; b) Extinción de la obligación garantizada, u obligación garantizada no exigible por estar sujeta a plazo o condición suspensiva; c) Falsedad de la firma que se le atribuye como
---	---

<p>garantizado disponga de los bienes en garantía, el deudor garante, así como cualquier otra persona interesada, tiene el derecho de terminar los procedimientos de ejecución, ya sea:</p> <p>I. Pagando el monto total adeudado por el deudor garante al acreedor garantizado, así como los gastos razonables incurridos por el acreedor garantizado en el procedimiento de ejecución; o</p> <p>II. Si la obligación garantizada es pagadera en cuotas, reestableciendo el cumplimiento del contrato de garantía pagando las cantidades adeudadas al acreedor garantizado, así como los gastos razonables incurridos en el procedimiento de ejecución, y remediando cualquier otro incumplimiento.</p> <p>Artículo 59</p> <p>Con respecto de una garantía con desposesión, o de una garantía sin desposesión sobre bienes muebles incorporales, o con respecto a una garantía sin desposesión sobre bienes corporales después de su reposición por parte del acreedor garantizado:</p> <p>I. Si los bienes muebles en garantía se cotizan habitualmente en el mercado en el Estado donde la ejecución se lleva a cabo, pueden ser vendidos directamente por el acreedor garantizado a un precio acorde con el valor en dicho mercado.</p> <p>II. Si los bienes muebles en garantía se tratasen de créditos, el acreedor garantizado tendrá el derecho de realizar el cobro o ejecutar los créditos en contra de los terceros obligados por el crédito, de acuerdo con las disposiciones del</p>	<p>propia, o alteración del texto del título de deuda o del contrato de garantía, o de su registro. Se tramitará por el procedimiento de tacha de falsedad y desconocimiento del título regulado por los artículos 269 a 274 del Código General del Proceso;</p> <p>d) Error en la determinación de la cantidad exigible.</p> <p>3. Pruebas que puedan aportar las partes.</p> <p>4. En el evento en el que el deudor, garante o el propietario del bien no propongan los medios de defensa o excepciones antes descritos, podrá el acreedor solicitar que se le transfiera la propiedad del bien en garantía, por el valor del avalúo realizado en la forma prevista en el artículo 444 del Código General del Proceso y hasta concurrencia del valor del crédito y restituirá el excedente del valor del bien si lo hubiere.</p> <p>5. Los recursos judiciales que se puedan proponer en el trámite del proceso ejecutivo se tramitarán en el efecto devolutivo.</p> <p>6. En el evento que se alegare la causal a la que se refiere el literal c) del numeral 2 de este artículo, y se demostrare la autenticidad del documento o no se hubiere probado su falsedad, el juez ordenará continuar con la ejecución. Si se demostrare la falsedad del documento, el juez ordenará el archivo del</p>
--	--

<p>Título III de esta Ley.</p> <p>III. Si los bienes muebles en garantía consisten en valores, bonos o tipos de propiedad similar, el acreedor garantizado tendrá el derecho de ejercer los derechos del deudor garante relacionados con dichos bienes, incluyendo los derechos de reivindicación, derechos de cobro, derechos de voto y derechos de percibir dividendos y otros ingresos derivados de los mismos.</p> <p>IV. Los bienes muebles en garantía podrán ser vendidos privadamente, o tomados en pago, por el acreedor garantizado, siempre y cuando los mismos sean previamente tasados o valuados por perito único y habilitado designado por el acreedor garantizado, por el precio de tasación o valuación. El acreedor garantizado podrá optar por venderlos en subasta pública previa publicación en dos diarios de mayor circulación, con por lo menos cinco días de antelación, sin base y al mejor postor.</p> <p>Artículo 60</p> <p>Los bienes atribuibles a la venta o subasta se aplicarán de la siguiente manera:</p> <p>I. Los gastos de la ejecución, depósito, reparación, seguro, preservación, venta o subasta, y cualquier otro gasto razonable incurrido por el acreedor;</p> <p>II. Pago de impuestos debidos por el deudor garante estos garantizan un gravamen judicial;</p> <p>III. La satisfacción del saldo insoluto de la obligación garantizada;</p> <p>IV. La satisfacción de las obligaciones</p>	<p>proceso y compulsará copias a la justicia penal.</p> <p>7. Tanto en el trámite de la ejecución judicial como en el especial de la garantía, en el evento en que el valor actual de los bienes dados en garantía sea inferior al sesenta por ciento (60%) de su valor a la fecha de la constitución de la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad ante la que se adelante la ejecución, que proceda a ordenar la venta o remate inmediato de los bienes objeto de garantía, en cuyo caso aportará prueba del precio de los bienes para la época de la constitución de la garantía y un avalúo actualizado conforme a lo dispuesto en esta ley.</p> <p>De la solicitud se dará traslado al garante o al acreedor garantizado por el término de tres (3) días para que presente las objeciones frente al avalúo actualizado aportado por el solicitante, Para el efecto deberá acompañar su oposición de un nuevo avalúo de los bienes dados en garantía, so pena de ser rechazada de plano.</p> <p>El producto de la realización de los bienes permanecerá depositado a órdenes de la autoridad jurisdiccional ante quien se adelanta la ejecución, a la espera de la decisión de las oposiciones y/o excepciones dentro del trámite. El juez resolverá de plano. La venta o remate de los bienes se hará conforme a las normas previstas en esta ley o en el Código General del Proceso, según corresponda, o las normas que</p>
---	---

garantizadas con garantías mobiliarias con prelación secundaria; y

V. El remanente, si lo hubiere, se entregará al deudor.

Si el saldo adeudado por el deudor garante excede los bienes atribuibles a la realización de los bienes en garantía, el acreedor garantizado tendrá el derecho de demandar el pago por el remanente al deudor de la obligación.

Artículo 61

Los eventuales recursos contra cualquier resolución judicial, referida en el presente Título, no tendrán efecto suspensivo.

Artículo 62

En cualquier momento, antes o durante el procedimiento de ejecución, el deudor garante podrá acordar con el acreedor garantizado condiciones diferentes a las anteriormente reguladas, ya sea sobre la entrega del bien, las condiciones de la venta o subasta, o sobre cualquier otro aspecto, siempre que dicho acuerdo no afecte a otros acreedores garantizados o compradores en el curso ordinario.

Artículo 63

En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor de reclamar los daños y perjuicios por el ejercicio abusivo de sus derechos por parte del acreedor.

Artículo 64

Cualquier acreedor garantizado subsecuente podrá subrogarse en los derechos del acreedor garantizado precedente pagando el monto de la obligación garantizada del primer acreedor.

los modifiquen o adicionen.

PARÁGRAFO. Cualquier otro tipo de defensa o excepción propuesto en este trámite, recibirá el trámite previsto en el Código General del Proceso para el trámite declarativo, una vez adjudicado el bien en garantía o efectuada su realización, adjudicación o realización que no se verán afectadas por el resultado del trámite posterior. El juez civil competente dará un término de diez (10) días contados a partir de la adjudicación o realización, para que el acreedor garantizado presente sus consideraciones y aporte las pruebas que pretenda hacer valer.

EJECUCIÓN ESPECIAL DE LA GARANTÍA.

ARTÍCULO 62. PROCEDENCIA. La ejecución especial de las garantías mobiliarias procederá en cualquiera de los siguientes casos:

1. Por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores. 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, para lo cual se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor.
2. Cuando el acreedor garantizado sea tenedor

<p>Artículo 65</p> <p>El derecho del deudor garante de vender o de transferir bienes en garantía en el curso ordinario de sus operaciones mercantiles queda suspendido desde el momento en que el deudor garante reciba notificación del comienzo de los procedimientos de ejecución en su contra, de acuerdo con las normas de ejecución de la presente Ley. Dicha suspensión continuará hasta que la ejecución haya terminado, salvo que el acreedor garantizado autorice lo contrario.</p> <p>Artículo 66</p> <p>Los acreedores garantizados podrán ejercitar sus derechos de ejecución y asumir el control de los bienes en garantía en el orden de su prelación.</p> <p>Artículo 67</p> <p>Una persona que compra un bien en garantía en una venta o subasta con motivo de una ejecución, recibirá la propiedad sujeta a los gravámenes que recaigan sobre la misma, con excepción del gravamen correspondiente al acreedor garantizado que vendió la propiedad para realizar sus derechos y de los gravámenes sobre los cuales éste tenga prelación.</p>	<p>del bien dado en garantía.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Cuando el acreedor tenga derecho legal de retención del bien. 4. Cuando el bien tenga un valor inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales. 5. Cuando se cumpla un plazo o una condición resolutoria de una obligación, siempre que expresamente se haya previsto la posibilidad de la ejecución especial. 6. Cuando el bien sea perecedero.
---	--

Visto lo anterior, es preciso llamar la atención en que la ley 1676 en su título IX contempla disposiciones sobre la actividad de factoring que modifican y adicional la Ley 1231 de 2008; sin embargo, la Ley Modelo de la OEA no contempla ninguna disposición sobre factoring.

1.3.3. INQUIETANTES CAMBIOS LEGISLATIVOS DE LA LEY 1676.

Un cambio que se precisó como fundamental en la política legislativa corresponde al *uso del concepto de garantía real sobre bienes muebles, en lugar del término prenda. Este cambio conceptual se compagina con el objetivo del proyecto de ley en el sentido de aumentar y facilitar el acceso al crédito. En efecto, la garantía real es más amplia que la prenda y en tal sentido, el proyecto optó por este cambio legislativo conceptual porque es indispensable modernizar el concepto de prenda para que sea viable gravar inventarios flotantes, bienes a adquirirse en el futuro, inventarios de bienes no identificados plenamente, o cuentas por cobrar no representadas en títulos de crédito. Por consiguiente, el concepto de garantía real, en lugar de la limitada definición de prenda, aumentará las operaciones financieras y las clases de bienes que podrán emplearse como garantía de préstamos. Esto, a su vez, expandirá las posibilidades para acceder a crédito.*⁴¹

En tal sentido, como vimos, la ley 1676 establece:

ARTÍCULO 3o. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

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 e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de

⁴¹ Ibid.

garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.

Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley.

PARÁGRAFO. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.

Y teniendo de presenta que, el ámbito de aplicación de la ley corresponde a:

ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Esta ley será aplicable a la **constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias** sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles. (Negrilla fuera del texto)

El cambio de denominación de prenda por garantía mobiliaria no es discrecional,

El cambio de denominación de prenda por garantía mobiliaria no es una modificación caprichosa, pues en este arrastra varios elementos característicos y de la esencia, como vimos, en cuanto a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias; lo que nos lleva a retomar la ineludiblemente pregunta de ¿el contrato de garantías mobiliarias sustituye al contrato de prenda, dando lugar a un nuevo contrato en el

ámbito jurídico? esto es, si ¿El contrato de garantías mobiliarias deroga por regulación integral la institución del contrato de prenda?

Es pertinente recordar que como hipótesis de investigación se parte de la idea que el contrato de garantía mobiliaria no constituye un contrato por sí mismo, pues no prescribe cuales son los elementos de la esencia del contrato de prenda de una manera integral o sistemática, sino que modifica o agrega alguno de ellos, aunque la ley enuncia “*Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, (...) dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley*”. Lo que ello genera es una mixtura entre el contrato de prenda y la misma garantía mobiliaria.

CAPITULO II

Dado que previamente analizamos los orígenes del contrato de prenda en nuestro ordenamiento jurídico, el presente capítulo se encargará de abordar la vigencia normativa respecto a la derogación, estableciendo un parámetro jurídico en cuanto a los efectos derogatorios que conllevaron la expedición de la ley 1676 de 2013 frente al contrato de prenda.

2.1. RÉGIMEN DE DEROGACIONES.

Como antecedente remoto se tiene que en el derecho romano existían unas instituciones que se relacionaban con la hoy denominada derogación; por ello, es necesario traer a colación términos como: *abrogatio* utilizado en el derecho romano para plasmar un acuerdo entre los magistrado y el pueblo que contrariaba a un acuerdo previamente establecido. A partir del término *abrogatio*, surgieron diversas variantes terminológicas que hoy en días son usadas en varios sistemas jurídicos, dichas variantes corresponden a *abrogatio*, como eliminación de la ley; *derogatio*, como eliminación parcial de la ley; *obrogatio*, como modificación parcial de la ley; y *subrogatio*, como agregación de una nueva disposición.⁴²

Cabe anotar que las distinciones en *abrogatio*, *derogatio*, *obrogatio* y *subrogatio*, son recogidas en los textos de Ulpiano, y luego, en el Digesto de las Leyes XVI, se conserva que, la ley se deroga cuando se elimina parte de ella, y se abroga cuando la ley es abolida en su totalidad⁴³.

“En la doctrina italiana, siguiendo la distinción que se hacía en el antiguo derecho romano, se prefiere utilizar el término “abrogación” para designar a la “principal forma de extinción de la norma jurídica”. Esta forma de extinción puede ser “total, cuando comprende toda la norma, o parcial, cuando comprende una parte de esta”

En cambio “derogar significa, o bien introducir excepciones a una norma, o bien crear normas que se apartan, por su contenido, de otras normas preexistente, y de este modo las

⁴² AGÜERO SAN JUAN SEBASTIAN. “El contexto del cambio normativo”. En *La derogación. Un análisis de la dinámica de los ordenamientos jurídicos*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona 2015. En www.tdx.cat/bitstream/10803/323897/1/tsasj.pdf. Consultada el 15/05/2017. pp. 46

⁴³ *Ibid.* pp. 58

abroga parcialmente”. En efecto, derogación es abrogación parcial”. Asimismo, el término “abrogación” puede ser usado para designar tanto el acto de abrogar como el efecto abrogativo, es decir, el resultado de un acto de abrogación.

Dentro de la doctrina jurídica española y latinoamericana se prescinde del término “abrogación” y se prefiere utilizar el de “derogación”. La modalidad de extinción de la ley a la que este término hace referencia puede ser total o parcial. Así, se sostiene enfáticamente que “la palabra derogación es sinónima de abrogación, de origen romano”⁴⁴

Particularmente los términos *abrogatio* y *derogatio*, en el sistema jurídico colombiano han sido acuñadas bajo el sustantivo “derogar”.

La regulación privada nacional no define qué es la derogación; empero, señala cuáles son sus clases, según lo consagra el artículo 71 del Código Civil, a saber:

ARTICULO 71. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

En adición, la Ley 153 de 1887 en su artículo tercero establece otra forma de derogación

ARTICULO 3o. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

La Jurisprudencia Nacional ha definido la derogación como *“un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social⁴⁵; como el procedimiento a través del cual se deja sin vigencia una disposición normativa”⁴⁶. “En términos generales se ha reconocido que la derogación es la revocación total o parcial de*

⁴⁴ ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. *La cesación de los efectos jurídicos de las normas legales*. En “Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984- Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”. Pontificia Universidad Católica de Perú. Fondo Editorial. Perú. 2005. pp. 50-51

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 145 de 1994. MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 412 de 2015. MP. Alberto Rojas Ríos.

un precepto por disposición del legislador quien, en ejercicio de su libertad de configuración normativa, decide sustituir una disposición por otra o dejarla sin efectos”⁴⁷. “En otros términos, la derogación es expresión plena del principio democrático”⁴⁸

En referencia al concepto de derogación, autores como Monroy Cabra la definen como *“Derogar una ley significa dejarla sin efecto”⁴⁹*, ello en el entendido que *“La ley como hecho humano tiene su principio y su fin: su entrada en vigor es su principio, y su fin es la cesación de su eficacia obligatoria”⁵⁰*; a su vez, Suárez Franco la define como *“En sentido amplio, derogar una ley o norma jurídica significa dejarla sin efecto, abolirla, abrogarla o anularla”⁵¹* entonces *“mediante la derogatoria se pone fin a un ley vigente”⁵²*

En otras palabras, *“se entiende por derogación la anulación, abolición o supresión de una ley. En otros términos podría decirse que la derogación de una ley “consiste en quitarle su fuerza obligatoria, en dejarla sin vigencia”, se la reemplace o no por otra”⁵³*.

Entonces, *“La derogación está relacionada con la vigencia de la norma. El principio que determina la derogación es el cronológico, el cual resuelve verdaderos conflictos normativos diacrónicos entre normas válidas. La derogación es un fenómeno perfectamente regular, cuyo fundamento es responder al cambio en el sistema jurídico, ya sea para sustituir una norma por otra o para eliminar alguna norma perteneciente hasta ese momento al mismo”⁵⁴*.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 775 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derogación de la Ley*. En “Introducción al Derecho”. Decimocuarta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2006. pp. 195.

⁵⁰ *Ibíd.* pp 196.

⁵¹ SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. *Derogación de la Ley*. En “Introducción al Derecho Civil”. Editorial Temis S.A.. Bogotá 2008. pp. 112

⁵² *Ibíd.*

⁵³ LARRAIN RIOS, HERNAN. *Derogaciones de la ley*. En “Lecciones de Derecho Civil. Del derecho y sus clasificaciones, teoría de la ley, teoría de los derechos subjetivos, de las personas y de los atributos de la personalidad, teoría de los actos jurídicos, nulidad y rescisión, teoría de la prueba”. Primera Edición. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1994. pp. 67.

⁵⁴ HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM. ¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?. En “Estudios constitucionales”. Volumen 15 No.1. Universidad Alberto Hurtado. Santiago de Chile. 2017. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100010>. Consultada el 27/05/2018.

En suma las clases de derogación contempladas en el ordenamiento jurídico colombiano son expresa, tácita y por regulación integral o derogación orgánica, las cuáles serán objeto de análisis a continuación.

Sin embargo, en miras a evitar confusiones, vale la pena tener en cuenta que la Corte Constitucional ha precisado en varias ocasiones la diferencia entre los términos derogación e inexecutableidad, que por cuanto a su similitud en el efecto *erga omnes* y respecto a que en principio la vigencia es profuturo han dado lugar a confusiones; de la siguiente manera:

“Así, la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del Legislador, pues ese órgano político decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición, ya sea para que la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento. Es pues un acto de voluntad política pues el Legislador evalúa, conforme a criterios de conveniencia, cuando es oportuno derogar una determinada disposición (...). En cambio, la inexecutableidad surge de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, que es resuelto jurídicamente por el órgano a quien compete preservar la supremacía de la Carta. El juez constitucional no decide entonces conforme a su voluntad política sino que se limita a constatar esa incompatibilidad, y a expulsar del ordenamiento la disposición legal, por ser ésta de menor jerarquía. (...) En síntesis, y tal y como esta Corporación ya lo había señalado, "la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social, mientras la inexecutableidad es un fenómeno de teoría jurídica que incide tanto en la vigencia como en la validez de la norma. Luego, dentro del ordenamiento jurídico no es lo mismo inexecutableidad que derogación”⁵⁵

En síntesis, se puede decir que en el sistema jurídico colombiano el sustantivo “derogación”, define indistintamente las formas de modificación o supresión total o parcial de una norma, la cual responde a la facultad del legislador en ejercicio de su libre configuración normativa en beneficio de la conveniencia político-social, mientras que la inexecutableidad surge de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 145 de 1994. Citada en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 159 de 1994. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

2.1.1. DEROGACIÓN EXPRESA.

Esta clase de derogación se presenta cuando el articulado de la nueva ley contempla específicamente cuales de las disposiciones normativas anteriores, que fenecerán con su entrada en vigencia.

Según Josep Aguiló *“la derogación expresa opera sobre las formulaciones de normas, tiene lugar en el nivel de las fuentes. Para que ella se produzca es condición necesaria que la autoridad mencione las fórmulas que pretende derogar”*⁵⁶

Reitérese que en términos del artículo 71 de la Ley 57 de 1887, la derogación es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

En consonancia la Corte Constitucional afirma que en la derogación expresa, *“el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador”*⁵⁷. Es por esta razón, que ante la duda sobre la vigencia de las normas que la antecedieron *“basta acudir a la norma de vigencia para determinar los preceptos que quedan sin efecto por disposición del legislador”*⁵⁸.

Este tipo de derogación, evidencia una ardua tarea por parte del legislador al determinar específicamente que normas pierden vigencia por la expedición de una nueva norma; además, no permite duda sobre la vigencia de normas antiguas y facilita su aplicación en tanto no media interpretación alguna para su entendimiento. *“Ejemplo cuando la ley posterior dice expresamente que se deroga la ley anterior numero tanto de tal fecha”*⁵⁹

⁵⁶ AGULÓ, JOSEP. *La derogación expresa*. En “Sobre la derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica”. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Número 41. ISBN 968-476-238-0. Distribuciones Fontamara S.A. Segunda Edición. México. 1999. pp 94.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 159 de 2004. Citada en CORTE CONSTITUCIONAL. C 901 de 2011. MP Jorge Iván Palacio Palacio. CORTE CONSTITUCIONAL.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 775 de 2010.

⁵⁹ LARRAIN RIOS, HERNAN. *Ibíd.* pp 68

2.1.2. DEROGACIÓN TÁCITA.

La derogación tácita se presenta cuando leyes anteriores a la ley nueva, contradicen lo estipulado en esta última, y el legislador contempla que tal contradicción de todo o parte es causal de pérdida de vigencia dado la aplicación preferente de la ley nueva.

En palabras de Llambias, *“La derogación es tácita cuando resulta de la incompatibilidad existente entre la ley nueva y la anterior, que queda así derogada: “lex posterior derogat priori”. Para que tenga lugar la derogación tácita de la ley anterior, la incompatibilidad de ésta con la nueva ley ha de ser absoluta. Pues basándose tal derogación en una interpretación de la omisa voluntad legislativa expresada en la nueva norma, basta que quede alguna posibilidad de conciliar ambos regímenes legales para que el intérprete deba atenerse a esa complementación.*

*La derogación de un principio legal importa la tácita derogación de las consecuencias del mismo aunque nada se diga de ellas.”*⁶⁰

A su vez Cea Egana comenta *“que el referido marco o límite está fijado por la Constitución vigente en el momento de dictarse un ordenamiento legal, pero si una ley contiene preceptos contrarios a una Carta Fundamental dictada con posterioridad, las disposiciones de ésta derogan la de aquélla en lo que se contraponga al nuevo texto de la Constitución. Por tanto, la materia de que una ley anterior sea contraria a una Constitución posterior no es propia del recurso de inaplicabilidad, sino que se trata de un problema de derogación de leyes que corresponde estudiar a los jueces sentenciadores”*⁶¹.

Es por tal motivo que *“La inflación legislativa alimenta la costumbre de recurrir a las derogaciones, con fórmulas tales como “derógase toda norma que se oponga a la presente”, en la que no se indica expresamente cuál es la norma derogada. La derogación tácita de una norma por otra posterior suele estar prohibida en las legislaciones que cuentan con manuales o directrices de técnica legislativa”*⁶²

⁶⁰ LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN. *Derogación de ley*. En “Tratado De Derecho Civil Parte General”. Tomo I. Decimosexta edición. Editorial Perrot. Buenos aires. 1995. pp 62.

⁶¹ CEA EGANA, JOSE LUIS. *Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales*. Revista chilena de derecho No. 25. Chile. 1986. Disponible en HeinOnline. Consultada el 27/05/2018.

⁶² WAJNTRAUB, JAVIER H, PICASSO, SEBASTIÁN Y ALTERINI, JUAN M. *Instituciones De Derecho Privado Moderno*. Editorial LexisNexis - Abeledo-Perrot. 2001.pp 41

De acuerdo con el autor Suarez Franco, *“La derogación tácita se da cuando la nueva ley es incompatible en sus términos o materias con los de la ley antigua en los que resulta derogada. Ello quiere decir que al establecer un paralelo entre la ley antigua derogada y la nueva, sus términos o el alcance de sus disposiciones resultan incompatibles.”*⁶³ En términos del artículo 71 de la Ley 57 de 1887, *“la derogación es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”*.

Aunado a lo anterior, el artículo 72 del Código Civil da alcance a la normatividad referente a la derogación tácita, en los siguientes términos.

ARTICULO 72. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

Entonces, *“la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”*.⁶⁴

A su tiempo la Corte Constitucional ha precisado que la derogación tácita supone un cambio de legislación, que genera una discrepancia entre la ley nueva y la antigua que obliga a una interpretación para determinar la vigencia y el alcance (total o parcial) de la derogación tácita⁶⁵. Además, conlleva a una ineludible pérdida de vigencia en el tiempo, traducida en una suspensión en la aplicación y en la capacidad regulatoria; empero, la eficacia de la norma anterior derogada se conserva en casos ocurridos mientras estuvo vigente.⁶⁶

Cuando se deroga tácitamente una disposición no se está frente a una omisión del legislador, sino que, al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional al indicar que *“la derogación no siempre puede ser expresa, pues ello implicaría confrontar cada nueva ley con el resto del ordenamiento. Es decir, se le exigiría al Congreso una dispendiosa labor que no tiene razón de ser, pues la tarea legislativa se concentra en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la*

⁶³ SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. Ob Cit. pp. 113

⁶⁴ LARRAIN RIOS, HERNAN. Ibíd. pp 67

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 159 de 2004. Ob Cit.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 571 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil

*interpretación y aplicación de las mismas”*⁶⁷. Además, para que sea posible la derogación debe darse por una norma posterior que además sea de igual o superior jerarquía a la que se pretende derogar⁶⁸.

El autor peruano Juan Espinoza al referirse a la derogación tácita sostiene que:

“La derogación tácita resulta de la incompatibilidad, contradicción o absorción entre las disposiciones de la ley nueva y de la antigua. Así “la incompatibilidad entre dos normas resulta de la incompatibilidad de su aplicación concurrente“ y la misma “debe ser verificada respecto a las disposiciones individualmente consideradas”. En otras palabras “mientras haya disposiciones de la ley precedente compatibles con las disposiciones de la sucesiva, estas permanecen vigentes aunque la nueva ley modifique notablemente la disciplina anterior”. Sin embargo, cierto sector de la doctrina italiana sostiene que no se debe ser tan estricto al entender el concepto de la incompatibilidad entre la norma antigua y la nueva. A efectos de que pueda decir que la ley es abrogada (o derogada totalmente) es necesario “que la nueva ley dé una disciplina completa, de manera tal de excluir una integración congruente con las viejas disposiciones”.

La doctrina española establece que para saber si existe incompatibilidad, el intérprete de la norma, tendrá que analizar la finalidad de las leyes anteriores y de la posterior, estableciendo como criterios para la ocurrencia de la misma:

- *La existencia de igualdad de materias*
- *La existencia de igualdad de destinatarios y*
- *El hecho de que una y otra ley sean incompatibles entre si”*.⁶⁹

A su vez Sebastián Agüero, contempla que los elementos utilizados por la dogmática para identificar una incompatibilidad capaz de producir lo que él clasifica como derogación por oposición (derogación tácita) tenemos:

1. *Que las leyes presenten igualdad de materia, identidad de destinatarios y una contradicción entre los fines de la nueva y vieja ley.*
2. *Que se presente una contradicción en los preceptos, sistemas y criterios de las normas en cuestión.*

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C 159 de 2004. ibíd.

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 529 de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁹ ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. Ibíd. pp. 53.

3. *Que la contradicción se dé tanto entre los textos de las leyes como en los principios que las inspiran y deducen de ellas;*
4. *Que se aprecie una incompatibilidad sustancial entre los textos de las leyes como en los principios que inspiran y deducen de ellas;*
5. *Que la inconsistencia sea de tal magnitud, que a partir del lenguaje específico de la leyes ambas no puedan ser obedecidas simultáneamente;*
6. *Cuando el propósito o la política de las leyes hacen imposible su aplicación conjunta,*
7. *Que presente un conflicto de carácter irreconciliable entre las leyes;*
8. *Que al confrontar las leyes se aprecie un imposibilidad lógica de aplicar simultáneamente las dos, es decir, que las leyes dispongan consecuencias jurídicas incompatibles para el mismo hecho específico.⁷⁰*

En suma, la derogación tácita es aquella que surge de la incompatibilidad entre la nueva ley y las disposiciones de la antigua, que suele originarse en una *declaración genérica* en la cual se dispone la supresión de todas las normas que resulten contrarias a la expedida con posterioridad⁷¹. *La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley⁷².* Y su incompatibilidad puede ser identificada a partir de que las leyes presenten igualdad de materia, identidad de destinatarios y que sobre las mismas exista una contradicción entre los fines de la nueva y antigua ley.

2.1.3. DEROGACIÓN ORGÁNICA O POR REGULACIÓN INTEGRAL.

Aun cuando un pequeño sector de la doctrina solamente contempla dos formas de derogaciones como lo son la expresa y la tácita; el ordenamiento jurídico colombiano contempla una tercera forma de regulación en la Ley 153 de 1887 en su artículo tercero que reza:

⁷⁰ AGÜERO SAN JUAN SEBASTIAN. op cit. pp 76.

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 857 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández..

⁷² LARRAIN RIOS, HERNAN. Ibíd.

ARTICULO 3o. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, **ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.** (negrilla fuera del texto)

Autores como Larrain Ríos, establecen una relación directa entre la derogación tácita y la regulación integral, por cuanto:

*Existe esta derogación llamada orgánica cuando una ley nueva reglamenta en forma completa la materia tratada por la ley antigua. En tal caso las normas de la ley antigua se entienden todas derogadas, aun las que sean compatibles con la ley nueva.*⁷³

*La derogación orgánica, forma de la derogación tácita, exige para su existencia que la nueva ley reglamente toda la materia de que se ocupaba la anterior, aunque entre unas y otras no haya incompatibilidad. La derogación orgánica por su naturaleza, se produce en razón de un cambio sustancial en un estatuto jurídico y esta calidad no tienen las modificaciones de detalle de la reforme de una ley*⁷⁴

Este tipo de derogación se presenta cuando, la expedición de una ley nueva contempla una serie de completos preceptos respecto de otra ley anterior que estaba en vigencia y regulaban las mismas materias, en esa medida, se opta por las nuevas disposiciones sin necesidad que las anteriores leyes sean si quiera contrarias, perdiendo así vigencia la ley anterior.

En palabras del tratadista Monroy Cabra la derogación orgánica “*Se produce cuando una ley disciplina toda la materia regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de estas y las de la nueva. La ley especial deroga la general si es incompatible con esta.*”⁷⁵ A su vez Suarez Franco define este tipo de derogación como “*una faz de la derogación tácita; se da cuando la nueva ley “regula integralmente la materia” que la anterior formación positiva reglamentaba total o parcialmente*”.⁷⁶

⁷³ LARRAIN RIOS, HERNAN. *Ibíd.* 68

⁷⁴ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. *Ibíd.*

⁷⁵ MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Ibíd.* pp. 197

⁷⁶ SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. *Ibíd.* pp. 114.

En términos del artículo tercero de la Ley 153 de 1887 se establece: “*Estímase insubsistente una disposición legal... por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería*”.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que:

“La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.

Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad éstos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece”⁷⁷

Cabe anotar que “*La derogación orgánica puede tener características de la derogación expresa y tácita, en el sentido en que el legislador puede expresamente señalar que una regulación queda sin efectos o que le corresponda al intérprete deducirla, después de un análisis sistemático de la nueva normativa*”⁷⁸

Particularmente Agüero San Juan, establece la derogación orgánica o por regulación integral, en términos de derogación por absorción; en ella enmarca dos elementos fundamentales de este tipo de derogación a saber:

“ 1. Cuando una ley posterior es dictada con el objeto de regular completamente una materia, ya regulada por una o más leyes anteriores, esto es, cuando la finalidad de la ley número 2, es realizar una regulación exclusiva, el alcance de su derogación reemplazará a todo el derecho anterior relacionado con su área o materia, con independencia de si dicha

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 159 de 2004. *Ibíd.*

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 775 de 2010. *Ibíd.*

finalidad excluyente fue formulada de manera expresa o tácita. Las leyes anteriores también serán reemplazadas completamente si su alcance es más restringido que el de la ley posterior, en tanto que, cuando la ley número 2 regula específicamente un área determinada, simplemente sustrae su materia del alcance de la ley número uno, si esta última cubre un área mayor o proporciona reglas generales que regulen la aplicación de la ley número 2.

2. Cuando pese a no existir una absoluta coincidencia entre los ámbitos regulados por la nueva ley y la antigua, la nueva intenta regular exhaustivamente una materia ya reglamentada. Entonces, no es necesario que la ley número 2 regule expresamente todas las circunstancias vinculadas con la materia, ni todas las situaciones reguladas por las leyes anteriores, sino que resulta suficiente que discipline dichas cuestiones en forma implícita, de manera que, cuando sea aplicada la nueva ley para las situaciones señaladas no sea necesario recurrir a normas o principios en ella no contenidos.”⁷⁹

Es relevante interrogarse en los términos que plantea Ricci Francisco al decir, *¿cuándo se afirmará que una ley regula una materia completa? No depende del número mayor ó menor de las disposiciones de una, comparado con el de la otra, el decidir si una materia está ó no enteramente regulada por la nueva ley, sino más bien de la intención revelada por el legislador, de abrazar con las nuevas disposiciones toda una materia, aun en el supuesto de que se trate de una disposición única.*

En otros términos: lo que hay que ver es si se trata de una ley general ó especial. Se llama especial aquella ley encaminada á regular algunas relaciones ó casos particulares relativos á un orden dado de ideas, mientras la ley general se encamina á regular todos los casos y las relaciones todas referibles á una materia dada. La ley especial no regula por entero una materia dada; en cambio, si la ley es general, la materia estará completamente regulada por ella.

La ley posterior que regula una materia no deroga toda ley precedente, dictada acerca de la misma materia, sino que deroga la ley anterior, que regulaba también la misma materia por entero.

(...) las palabras citadas establecen el principio según el cual la ley general posterior deroga la ley general anterior, dictada sobre la misma materia.

⁷⁹ AGÜERO SAN JUAN SEBASTIAN. op cit. pp. 79

*Y no es necesario, para que la ley general posterior derogue la ley general precedente, que exista incompatibilidad entre las disposiciones de la una y las de la otra.*⁸⁰

Con todo lo anterior, y dado que comparte un vínculo con la derogación tácita en la medida que no es usualmente utilizada por el legislador sino que requiere un ejercicio del intérprete, no en búsqueda esencial de incompatibilidades, sino del sentido y la voluntad del legislador al promulgar la norma. Entonces, podemos enlistar algunos elementos que nos conduzcan a determinar con claridad si estamos en presencia o no de una derogación por regulación orgánica o integral, o en clasificación de Agüero San Juan, en una derogación por absorción.

1. Sucesión en el tiempo de las normas, entendido como el precepto básico de derogación “lex posterior derogat priori”
2. La existencia de igualdad de materias
3. La existencia de igualdad de destinatarios
4. La pérdida de vigencia de la norma antigua no es inmediata, en tanto, la ley puede seguir reglando situaciones en donde fue objeto de aplicación
5. Exhaustividad, entendida como la vocación de la nueva al intenta regular cabalmente una materia ya reglamentada
6. La intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.

En conclusión, la derogación es orgánica cuando una ley ulterior tiene por objeto regular con intención de exhaustividad materias regladas en una ley anterior, con la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior y sin necesidad que medie una pugna entre dichas normas; con régimen de

⁸⁰ RICCI FRANCISCO. *Capítulo III - Derogación de las leyes*. En “Derecho Civil: Teórico Práctico”. Italia. 1893.pp. 33-36 Disponible en HeinOnline. Consultada el 27/05/2018

transición donde la pérdida de vigencia no es inmediata, en tanto, la ley puede seguir reglando situaciones en donde fue objeto de aplicación

2.2. REGLAS SOBRE VALIDEZ Y APLICACIÓN DE LAS LEYES EN PUNTO A LA DEROGACIÓN.

Las reglas generales de validez y aplicación de las leyes en el tiempo, permiten establecer el marco de actuación de la derogación como fenómeno jurídico, pues solo, cuando hay sucesión de normas en el tiempo, es posible su aplicación. Con la finalidad de determinar unos principios generales de la existencia de un régimen derogatorio.

De la Ley 153 de 1887, es pertinente transcribir los siguientes artículos:

Artículo 1. **Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, ú ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, ó trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo**, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes. (Negrilla fuera del texto)

Artículo 2. **La ley posterior prevalece sobre la ley anterior**. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior. (Negrilla fuera del texto)

Artículo 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Artículo 14. **Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó**. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva. (Negrilla fuera del texto)

En el anterior articulado se evidencia un principio que le es tangencial a la validez y aplicación de las normas: *“La ley posterior prevalece sobre la anterior”* *“lex posterior derogat anteriori”*. Se consagró un racero para la pugna entre normas, cuando el legislador no establece con claridad la prevalencia de una sobre otra.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en consideración del régimen derogatorio de las normas, da un sustento constitucional al principio de la “*La ley posterior prevalece sobre la anterior*” o “*lex posterior derogat anteriori*” de la siguiente manera:

“ Así precisada la naturaleza del fenómeno derogatorio, para la Corte es claro que en el caso de las leyes, la competencia del Congreso para derogar las normas precedentes encuentra sustento no sólo en el hecho de que expresamente la Carta le confiere esa posibilidad a las cámaras (CP art. 150 ord. 1) sino en el propio principio democrático y en la soberanía popular (CP art. 1 y 3), que hacen que las potestades legislativas, siempre y cuando no violen normas superiores, deben ser consideradas inagotables. El Legislador actual no puede atar al Legislador del mañana, pues esto anularía el principio democrático, ya que unas mayorías ocasionales, en un momento histórico, podrían subordinar a las mayorías del futuro. Esto explica que en el Reino Unido, en donde se considera que el Parlamento es soberano, y por ende ese cuerpo representativo puede hacer todo, salvo cambiar un hombre en mujer, sin embargo la doctrina y la práctica judicial consideran que una ley actual no puede prohibir su derogación por un parlamento posterior, pues admitir esa posibilidad acabaría precisamente con la soberanía misma del parlamento. La derogación de las leyes encuentra entonces sustento en el principio democrático, en virtud del cual las mayorías pueden modificar y contradecir las regulaciones legales precedentes, con el fin de adaptarlas a las nuevas realidades históricas, con base en el juicio político de conveniencia que estas nuevas mayorías efectúen. En materia legislativa, debe entenderse que la última voluntad de los representantes del pueblo, manifestada por los procedimientos señalados en la Carta, prevalece sobre las voluntades democráticas encarnadas en las leyes previas. Tal es pues el fundamento constitucional del principio “lex posterior derogat anteriori”.⁸¹

Empero, el mero cumplimiento del principio de “*La ley posterior prevalece sobre la anterior*” o “*lex posterior derogat anteriori*”, no es suficiente para establecer con precisión la derogación de una u otra norma; en ese sentido se ha establecido como requisito fundamental o supuesto para que la derogación sea posible que “*la norma derogatoria tiene cuando menos el mismo nivel jerárquico de la disposición derogada; esto es, que la*

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 159 de 1994. Ibíd. Véase también CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 443 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero.

norma derogatoria debe ser de igual o superior jerarquía de la derogada”⁸² y, para el caso específico de las leyes en sentido formal, significa que, *”mal podría una ley ordinaria modificar o derogar una ley orgánica o estatutaria, pues ello implicaría una flagrante violación de la normativa constitucional”*⁸³, dado que las leyes tienen una jerarquía determinada constitucionalmente en razón de su criterio sustantivo o material (materias que se desarrollan por medio de dicha ley), procedimental (los requisitos necesarios para su expedición) y orgánico (órgano productor de la norma)⁸⁴. Por ejemplo, en términos procedimentales, *“según mandato del artículo 151 de la Constitución Política de Colombia, las leyes orgánicas deberán ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara, mientras el artículo 153 dispone que la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, deberá efectuarse dentro de una sola legislatura y comprenderá la revisión previa de la Corte Constitucional. De lo cual resulta que los ordenamientos legales que pretendan derogar disposiciones pertenecientes a leyes como las indicadas habrán de ser puestos en vigencia únicamente por los trámites especiales contemplados en la Constitución”*.⁸⁵

Aunado a lo anterior, *“entre nosotros, de acuerdo con el principio de que “las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen”, una ley sólo puede derogada por medio de otra ley.*

Únicamente el Poder Legislativo tiene la facultad de quitar fuerza obligatoria y dejar sin efecto las normas que él mismo ha establecido. Ni la costumbre ni el desuso pueden derogar la ley”.⁸⁶

En conclusión, la facultad constitucional del legislador para derogar las leyes, obedece al dinamismo de las relaciones jurídicas y sociales, siendo los únicos limitantes para el

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 529 de 1994. *Ibíd.* En ese mismo sentido CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 634 de 1996. MP Fabio Morón Díaz

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *La función de hacer las leyes*. En “Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas”. Cuarta edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2010. pp. 558-570.

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 529 de 1994. *Ibíd.*

⁸⁶ LARRAIN RIOS, HERNAN. *Ibíd.*

ejercicio de esta facultad los de índole formal, jamás material o sustancial; esto es, el legislador debe respetar la jerarquía normativa, en el entendido que la norma derogatoria debe tener si quiera el mismo nivel jerárquico de la disposición a derogar, para dar cumplimiento del principio de "*La ley posterior prevalece sobre la anterior*" o "*lex posterior derogat anteriori*". Teniendo claro que ni la costumbre ni el desuso pueden derogar la ley.

Este capítulo da cuenta de los requisitos sine qua non del fenómeno jurídico de la derogación, a continuación se puntualizarán los nombrados requisitos de jerarquía y prevalencia en la determinación de los efectos de la ley 1676 sobre el contrato de prenda.

CAPITULO III.

3.1. EFECTO DE LA LEY 1676 DE 2013 EN EL CONTRATO DE PRENDA

En este capítulo de la investigación abordaremos lo referente a los efectos derogatorios que la expedición de la ley de garantías mobiliarias conllevó sobre el contrato de prenda civil y comercial.

En primera instancia, es necesario determinar la aptitud derogatoria de la norma; en otras palabras, establecer claramente si la Ley 1676 de 2013 cumple con los presupuestos de una norma con efecto derogatorio sobre el contrato de prenda contemplado en el Código Civil y en Código de Comercio. Analizaremos el principio de “La ley posterior prevalece sobre la anterior” y la jerarquía de la Ley de garantías mobiliarias, el Código Civil y el Código de Comercio.

Posteriormente se adentrará específicamente en cada uno de los tipos de derogación expresas y tácitas que se dieron en el contrato de prenda a raíz de su expedición; para finalmente dar cuenta si establecidas plenamente las derogaciones, la ley de garantías mobiliarias regula integralmente el contrato de prenda.

3.1.1 ¿SE CUMPLEN LOS PRESUPUESTOS PARA LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PRENDA CON OCASIÓN A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS?

Aunque el Código Civil y el Código de Comercio fueron expedidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en los años 1887 y 1971, respectivamente; podríamos establecer que el Código Civil corresponde a una ley ordinaria en tanto su regulación no reviste mayor especialidad por ser un derecho común.

El Código de Comercio en términos de la Constitución, concierne a un decreto ley, por cuanto el presidente tenía unas facultades extraordinarias *pro tempore* por parte del Congreso, conferida por el numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968⁸⁷.

⁸⁷ **Artículo 20.** Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de tres años a partir de la sanción de la presente Ley, para:
(...)

Debemos tener en cuenta que la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 150 que:

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. (...)

En razón de la anterior función del Congreso, sobre el particular la Corte Constitucional ha considerado que:

“ Esta Corporación entiende que el legislador goza, en principio, de la autonomía suficiente para definir cuáles aspectos del derecho deben hacer parte de este tipo de leyes (refiriéndose a las leyes estatutarias). Sin embargo, debe señalarse que esa habilitación no incluye la facultad de consagrar asuntos o materias propias de los códigos de procedimiento, responsabilidad esta que se debe asumir con base en lo dispuesto en el numeral 2o del artículo 150 superior, es decir, a través de las leyes ordinarias. Con todo, debe reconocerse que no es asunto sencillo establecer una diferenciación clara y contundente respecto de las materias que deben ocuparse uno y otro tipo de leyes. Así, pues, resulta claro que, al igual que ocurre para el caso de las leyes estatutarias que regulan los derechos fundamentales (literal A del artículo 152), no todo aspecto que de una forma u otra se relacione con la administración de justicia debe necesariamente hacer parte de una ley estatutaria. De ser ello así, entonces resultaría nugatoria la atribución del numeral 2o del artículo 150 y, en consecuencia, cualquier código que en la actualidad regule el ordenamiento jurídico, o cualquier modificación que en la materia se realice, deberá someterse al trámite previsto en el artículo 153 de la Carta.

(...)

Las consideraciones precedentes sirven, además, de fundamento para advertir la inconveniencia de permitir al legislador regular aspectos propios de ley procesal en una ley estatutaria, pues es sabido que el trámite de este tipo de normatividad reviste características especiales -aprobación en una sola legislatura, votación mayoritaria de los miembros del Congreso, revisión previa de la Corte Constitucional-, las cuales naturalmente no se compatibilizan con la facultad que le asiste al legislador para expedir

15. Para que previa una revisión final hecha por una comisión de expertos en la materia, expedida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se halla a la consideración del Congreso Nacional

o modificar códigos a través de mecanismos eficaces -es decir, mediante el trámite ordinario-, en los eventos en que las necesidades del país así lo ameriten. Permitir lo contrario sería tanto como admitir la petrificación de las normas procesales y la consecuente imposibilidad de contar con una administración de justicia seria, responsable, eficaz y diligente”. (Negrilla fuera del texto)

Es así como el legislador enmarca los códigos en la jerarquía de Leyes Ordinarias con la finalidad de permitir mediante un trámite ordinario su modificación. En consecuencia, el ideal para reformar los códigos tanto Civil como de Comercio sería una Ley ordinaria, que siga el procedimiento contemplado en el artículo 157 de la Carta; esto es:

ARTICULO 157. Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.
2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.
3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.
4. Haber obtenido la sanción del Gobierno.

Con lo anterior, se debe tener en consideración las facultades extraordinarias otorgadas al presidente y previstas en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, *“por medio de las cuales, el Congreso, que es titular de la función legislativa, se despoja transitoriamente de esta y habilita al Presidente, durante un término máximo de seis meses, para que legisle por medio de decretos ley, dentro de los límites dispuestos”*⁸⁸ por ejemplo, está prescrito que en ejercicio de las facultades extraordinarias se legisle sobre materias contenidas en leyes estatutarias, orgánicas, marco, códigos e impuestos (numeral 10 del artículo 150 de la constitución) . En conclusión, las leyes ordinarias pueden ser objeto de modificación durante las facultades extraordinarias del presidente.

Visto que el Código de Comercio y el Código Civil son una ley ordinaria también se advierte que, la Ley 1676 de 2013, siguió el procedimiento contemplado en el artículo 157

⁸⁸ QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *Ibíd.* pp. 564-565

de la Constitución bajo los proyectos de ley en Senado 200 de 2012 y en Cámara 143 de 2012; dando como resultado, la Ley de Garantías Mobiliarias es una ley ordinaria.

En resumen, la Ley 1676 de 2013 frente al Código Civil, Ley 57 de 1887 y al Código de Comercio, Decreto 410 de 1971; tiene cuando menos el mismo nivel jerárquico de la disposición derogada, por consiguiente, es una norma de igual o superior jerarquía que podemos considerar como ley ordinaria idónea y como mecanismo eficaz para la reforma de los códigos.

Además, con un simple vistazo encontramos que la Ley de Garantías Mobiliarias publicada en el Diario Oficial No. 48.888 de 20 de agosto de 2013, fue expedida con posterioridad al Código Civil y al Código de Comercio, cumpliendo el principio de "*La ley posterior prevalece sobre la anterior*" o "*lex posterior derogat anteriori*".

En conclusión, la Ley 1676 de 2013 o Ley de Garantías Mobiliarias, cumple con los dos presupuestos para la derogación, esto es, el temporal "*lex posterior derogat anteriori*" y el *jerárquico*, tiene cuando menos el mismo nivel jerárquico de la disposición derogada.

3.2. RÉGIMEN DEROGATORIO DE LA LEY 1676 DE 2013 EN EL CONTRATO DE PRENDA

En este aparte analizaremos la ley 1676 de 2013, adentrándonos específicamente en cada uno de los tipos de derogación expresas y tácitas que se dieron en el contrato de prenda a raíz de su expedición; para finalmente dar cuenta si establecidas plenamente las derogaciones, la Ley de Garantías Mobiliarias regula integralmente el contrato de prenda.

3.2.1. DEROGACIONES EXPRESAS DE LA LEY 1676 DE 2013 EN LA REGULACIÓN PRENDARIA.

Como lo vimos en apartes pasados la derogación expresa, constituye un tipo de derogación en la cual el legislador se toma la tarea de enunciar una a una las normas que se derogan y por tanto no da lugar a interpretación alguna por parte del operador jurídico. En el artículo 91 de la ley 1676 de 2013 encontramos una derogación expresa ya que allí el legislador

derogó expresamente artículos del Código Civil y del Código de Comercio pertenecientes al contrato de prenda, de la siguiente manera:

Artículo 91. La presente ley entrará en vigencia seis (6) meses después de su promulgación y deroga expresamente las disposiciones que le sean contrarias y especialmente los artículos 2414, inciso 2° del artículo 2422, se modifica el artículo 2425 en el sentido de modificar la cuantía de ciento veinticinco pesos a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 2427 del Código Civil, los artículos 1203, 1208, 1209, 1210, lo referente al Registro Mercantil del artículo 1213 del Código de Comercio (...)

CÓDIGO CIVIL	DEROGACIÓN EXPRESA LEY 1676
<p>ARTÍCULO 2414. <PRENDA DE CREDITO>.Se puede dar en prenda un crédito, entregando el título, pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito, consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos.</p>	<p>Derogado expresamente por el artículo 91 de la ley 1676 de 2013</p>
<p>ARTICULO 2422. <EFECTOS DE LA MORA EN LA PRENDA>. El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.</p> <p>Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los</p>	<p>Inciso 2, Derogado expresamente por el artículo 91 de la ley 1676 de 2013</p>

aquí señalados.	
ARTÍCULO 2425. <ADJUDICACION JUDICIAL DE LA COSA EMPEÑADA> Si el valor de la cosa empeñada no excediere de ciento cincuenta pesos podrá el juez, a petición del acreedor, adjudicársela por su tasación, sin que se proceda a subastarla.	Artículo modificado por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013. ARTÍCULO 2425. Si el valor de la cosa empeñada no excediere de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes podrá el juez, a petición del acreedor, adjudicársela por su tasación, sin que se proceda a subastarla.
ARTICULO 2427. <IMPUTACION DE PAGOS EN CASO DE INSUFICIENCIA DEL PRODUCTO DEL REMATE>. Si vendida o adjudicada la prenda no alcanzare su precio a cubrir la totalidad de la deuda, se imputará primero a los intereses y costos; y si la prenda se hubiere constituido para la seguridad de dos o más obligaciones, o, constituida a favor de una sola, se hubiere después extendido a otras, según el artículo precedente, se hará la imputación en conformidad a las reglas dadas en el título de los modos de extinguirse las obligaciones, capítulo De la imputación el pago.	Derogado expresamente por el artículo 91 de la ley 1676 de 2013
CÓDIGO DE COMERCIO	DEROGACIÓN
ARTÍCULO 1203. <INEFICACIA DE ESTIPULACIONES>. Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno.	Derogado expresamente por el artículo 91 de la ley 1676 de 2013
ARTÍCULO 1208. <FORMALIDADES Y	Derogado expresamente por el artículo 91 de la

<p>OPONIBILIDAD>. El contrato de prenda de que trata este Capítulo podrá constituirse por instrumento privado, pero sólo producirá efectos en relación con terceros desde el día de su inscripción.</p>	<p>ley 1676 de 2013</p> <p>Ley 1676 de 2013; Art. 3 ; Art. 21; Art. 22</p>
<p>ARTÍCULO 1209. <CONTENIDO DEL CONTRATO>. El documento en que conste un contrato de prenda sin tenencia deberá contener, a lo menos, las siguientes especificaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) El nombre y domicilio del deudor; 2) El nombre y domicilio del acreedor; 3) La fecha, naturaleza, valor de la obligación que se garantiza y los intereses pactados, en su caso; 4) La fecha de vencimiento de dicha obligación; 5) El detalle de las especies gravadas con prenda, con indicación de su cantidad y todas las demás circunstancias que sirvan para su identificación, como marca, modelo, número de serie o de fábrica y cantidad, si se trata de maquinarias; cantidad, clase, sexo, marca, color, raza, edad y peso aproximado, si se trata de animales; calidad, cantidad de matas o semillas sembradas y tiempo de producción, si se trata de frutos o cosechas; el establecimiento o industria, clase, marca y cantidad de los productos, si se trata de productos industriales, etc.; 6) El lugar en que deberán permanecer las cosas gravadas, con indicación de si el propietario de éstas es dueño, arrendatario, 	<p>Derogado expresamente por el artículo 91 de la ley 1676 de 2013</p> <p>Ley 1676 de 2013; Art. 14</p>

<p>usufructuario o acreedor anticrético de la empresa, finca o lugar donde se encuentren. Los bienes raíces podrán identificarse también indicando el número de su matrícula;</p> <p>7) Si las cosas gravadas pertenecen al deudor o a un tercero que ha consentido en el gravamen, y</p> <p>8) La indicación de la fecha y el valor de los contratos de seguros y el nombre de la compañía aseguradora, en el caso de que los bienes gravados estén asegurados.</p>	
<p>ARTÍCULO 1210. <INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE PRENDA>. El contrato de prenda se inscribirá en la oficina de registro mercantil correspondiente al lugar en que, conforme al contrato, han de permanecer los bienes pignorados; y si éstos deben permanecer en diversos sitios, la inscripción se hará en el registro correspondiente a cada uno de ellos, pero la prenda de automotores se registrará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes.</p> <p>El registro contendrá, so pena de ineficacia, los requisitos indicados en el Artículo 1209.</p>	<p>Derogado expresamente por el artículo 91 de la ley 1676 de 2013</p> <p>Ley 1676 de 2013; Art. 21 Par.</p>
<p>ARTÍCULO 1213. <AUTORIZACIÓN PARA EL CAMBIO DE UBICACIÓN DE LOS BIENES>. El deudor no podrá variar el lugar de ubicación de los bienes pignorados sin previo acuerdo escrito con el acreedor, del cual se tomará nota tanto en el registro o registros</p>	<p>Artículo derogado en lo referente al Registro Mercantil por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013</p> <p>Ley 1676 de 2013; Art. 21 Par.</p>

<p>originales como en el correspondiente a la nueva ubicación.</p> <p>La violación de la anterior prohibición o de cualesquiera obligaciones del deudor, dará derecho al acreedor para solicitar y obtener la entrega inmediata de la prenda o el pago de la obligación principal, aunque el plazo de ésta no se halle vencido, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes.</p>	
--	--

3.2.2. DEROGACIONES TÁCITA DE LA LEY 1676 DE 2013 EN LA REGULACIÓN PRENDARIA

En el artículo 91 previamente citado, también existe una declaración genérica de derogación tácita que dispone la supresión de todas las normas que resulten contrarias a la expedida, en los siguientes términos “...*deroga expresamente las disposiciones que le sean contrarias...*”.

Visto lo anterior surge una duda respecto al alcance de la derogación tácita del contrato de garantías mobiliarias en el contrato de prenda civil y comercial; entonces ¿cuáles son las normas del contrato de prenda incompatibles con las del contrato de garantías mobiliarias? y ¿cuáles son las normas del contrato de prenda que sin ser incompatibles son modificadas con las del contrato de garantías mobiliarias?; con la finalidad de dar solución a estas dudas, a continuación se presentará una a una las características y elementos del contrato de prenda y se contrastará con la nueva regulación contenida en el contrato de garantías mobiliarias.

3.3. DEL CONTRATO DE PRENDA Y DEL CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS – CARACTERÍSTICAS

3.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PRENDA.

La prenda es el primer contrato de garantía real que reglamenta el Código Civil en sus artículos 2409 a 2431 y el Código de Comercio entre los artículos 1200 y 1220.⁸⁹

En esta medida frente a la denominada prenda el artículo 2409 del Código Civil reza:

"Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.

La cosa entregada se llama prenda.

El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario."

En ocasión al citado artículo, cabe mencionar que ha sido objeto de crítica, pues, la definición no muestra todos los perfiles de la prenda, pero si los más destacables: esto en el entendido que lo reconoce como un contrato que requiere de la entrega de la cosa, que deba recaer sobre bien mueble y que se celebra como seguridad o caución, pero habría que agregar: genera un derecho real accesorio que le otorga al acreedor la facultad de perseguir la cosa, retenerla y pagarse, preferentemente, con el producto de su venta judicial, si el deudor no satisface la prestación garantizada⁹⁰.

Retomando las características esenciales del *pignus* anotadas con anterioridad, y expuestas por el tratadista Pérez Vives, este contempla que se puede definir la prenda como *"una garantía real, accesorio e indivisible, constituida sobre una cosa mueble que se entrega⁹¹ al acreedor para la seguridad de su crédito y que da a aquel el derecho de pedir, en caso de mora del deudor, que se venda la prenda en pública subasta, para que con lo producido se le pague conforme al orden de referencia establecido por la ley, o que, a falta de postura admisible, se le adjudique en pago hasta la concurrencia de su crédito, previo avalúo por peritos"*⁹².

⁸⁹ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Contrato de Prenda*. En "Los principales contratos civiles y comerciales". Tomo II, Séptima Edición, actualizada y ampliada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2005. pp. 21

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ En cuanto a la entrega de la cosa dada en prenda al acreedor prendario, el Código de Comercio también regula la prenda sin tenencia por parte del acreedor.

⁹² PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Ibíd.* pp. 242.

Para dar precisión a las características de la prenda tenemos que:

Es real puesto que como lo contempla el artículo 2411 del Código Civil *“Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor”*; sin embargo, en materia comercial el contrato puede ser consensual o real.

Recae sobre bienes muebles entendidos en el Código Civil como *“las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas...”* o sobre derechos que se asimilen a bienes muebles; esta característica lo distingue del contrato de hipoteca⁹³ que se realiza sobre bienes inmuebles.

Es accesorio, por remisión expresa de la ley esto es el artículo 2410 del Código Civil al contemplar que *“supone siempre una obligación principal a que accede”*.

Es unilateral, puesto que no surgen obligaciones sino para una de las partes, en otros términos, solo el acreedor prendario se obliga a guardar y conservar la prenda, sin poder servirse de ella sin el consentimiento del deudor y debe restituirla cuando el deudor satisfaga el crédito; empero, pueden surgir obligaciones para el constituyente derivadas de los gastos ocasionados por la guarda y conservación de la cosa y por los perjuicios ocasionados por su tenencia⁹⁴.

Frente a la tenencia, el acreedor es un mero tenedor de la cosa prendada y el deudor sigue siendo propietario y poseedor de ella. En consonancia a lo anterior, al tenedor el artículo 2420 del Código Civil lo asimila a un depositario, mientras el artículo 1212 del Código de Comercio ya en términos de “El deudor” establece que *“...tendrá en la conservación de los bienes gravados, las obligaciones y responsabilidades del depositario”*. Aún más, el artículo 2419 del Código Civil le impone al acreedor el deber de guarda y conservación como un buen padre de familia y de responder de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa⁹⁵. Valga llamar la atención que en cuanto al contrato de prenda en el

⁹³ Se exceptúan las naves y aeronaves que siendo cosas muebles se gravan con hipoteca, de acuerdo a lo reglado en el Código de Comercio.

⁹⁴ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.* pp. 22

ámbito comercial se contemplan dos clases, una prenda con tenencia y una prenda sin tenencia del acreedor.

Respecto de la indivisibilidad de la prenda, el primer inciso del artículo 2430 del Código Civil contempla, de modo expreso, que es *indivisible*. Esto conlleva a que la totalidad de la cosa o cosas dadas en prenda garantizan la totalidad de la deuda y que mientras una parte de estas, por mínima que sea, no haya sido cubierta, la garantía grava toda o todas las cosas prendadas⁹⁶. Lo anterior genera la consecuencia de que *“el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aún en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados”*.

Es menester poner a consideración la precisión de Álvaro Pérez Vives, en cuanto asegura que la indivisibilidad de la prenda, tiene una excepción en el caso de abuso del derecho, *“hay abuso del derecho del acreedor prendario cuando este quiera prevalecerse de la indivisibilidad de la prenda sin beneficios para él y en perjuicio del deudor”*, por esto la ley dispuso, el remplazo de la prenda por otra, si esto no causa perjuicio al acreedor. Finalmente, el autor nos recuerda que, el principio de indivisibilidad de la prenda no es de orden público, y es por ello que puede ser descartado por las partes contratantes⁹⁷.

En cuanto a la prelación de la prenda, la prenda civil o prenda con tenencia, según el artículo 1204 del Código de Comercio, gravada una prenda no podrá pignorararse nuevamente, lo que da cuenta de la imposibilidad de que sobre el mismo bien mueble se constituyan varios gravámenes prendarios; sin embargo, en la prenda con desampoderamiento o sin tenencia de la cosa, según el artículo 1211 del Código de Comercio, su prelación estará dada por la fecha de registro de cada prenda.

Con relación a la enajenación en la prenda, hay que resaltar que la prenda genera un acto particular de enajenación, no directo sino indirecto, en cuanto concede al acreedor prendario el derecho, de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta

⁹⁶ PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Ibíd.* pp. 251.

⁹⁷ *Ibíd.* pp. 252

(artículo 2422 del Código Civil y artículo 1202 del Código de Comercio), al que pueden llegar el acreedor y el deudor (artículo 2423 del Código Civil.) para que con el producido se pague el crédito prendario. Sin embargo el deudor puede evitar que la cosa dada en prenda se subaste judicialmente, si paga la obligación principal, mientras no se haya consumado la venta y la adjudicación del bien dado en prenda⁹⁸.

Aun con lo anterior, no significa de ninguna manera que el acreedor pueda apropiarse o disponer de la cosa empeñada de forma distinta a la ordenada en Código de Procedimiento Civil, puesto que el artículo 2423 del Código Civil, rechaza cualquier estipulación, en este sentido, conocido como pacto comisorio⁹⁹.

En desarrollo del pacto comisorio es conveniente, traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Civil; para tal efecto, a continuación tomaremos unos extractos, que denotan la procedencia del pacto comisorio cuando se realiza con posterioridad a la pignoración.

Recapitulando, en los derechos civil y comercial colombianos, la prohibición de estipulaciones que habiliten al acreedor prendario o hipotecario, para disponer de la cosa pignorada o para apropiarse de ella por medio distinto del previsto en la ley (arts. 2224 C.C¹⁰⁰. y 1203 C. de Co.), únicamente se aplica en el caso de las cláusulas convenidas para la época de celebración del respectivo negocio jurídico pignoraticio.

“Por tanto, la Corte entiende -lex interpretatio adiuvanda- que son lícitos y, por consiguiente, válidos y eficaces, los pactos que celebren el acreedor y el deudor prendario o hipotecario, con posterioridad al contrato de prenda o hipoteca, en virtud de los cuales se prevean mecanismos privados de disposición de la cosa pignorada o de apropiación de la misma por parte del acreedor, diferentes a la venta en almoneda, o a su adjudicación por subasta fracasada, o, en general, a su instrumentalización por vía judicial, siempre y cuando, claro está, se preserve cabal y efectivamente la voluntad del deudor, como ya se anticipó.”¹⁰¹

⁹⁸ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Ibíd.* pp.23

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Tomaremos como error mecanográfico este artículo, pues en concordancia con lo allí citado correspondería al artículo 2422 del Código Civil.

¹⁰¹ República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC 197 de 2005 M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

En gracia discusión, es de resaltar que doctrinalmente se han discutido figuras jurídicas relacionadas con adquirir la cosa, a saber: el denominado Pacto Marciano, el cual consiste en la posibilidad de que el acreedor convenga que si al llegar el momento del vencimiento del crédito, el deudor no pagara, la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa justa estimación¹⁰². Y el llamado pacto comisorio ex intervalo, que da la posibilidad de establecer dicho pacto comisorio no en el momento de la concesión del crédito por el acreedor, sino en un momento posterior¹⁰³.

La prenda permite al acreedor lograr el pago preferente, con el producto de la venta judicial; goza pues con un privilegio de segunda clase (artículo 2497 del Código Civil), que rompe en cierta forma la igualdad entre acreedores. Si vendida o adjudicada la prenda no alcanzare su precio a cubrir la totalidad de la deuda, se imputara primero a los intereses y costas. Aun así el deudor puede evitar la venta y adjudicación de la prenda, mientras no se haya consumado una y otra, si paga totalmente el crédito y se incluyen los gastos ocasionados por la venta y la adjudicación¹⁰⁴.

En resumen el contrato de prenda se caracteriza por ser: en su perfeccionamiento real (prenda civil), consensual (prenda con tenencia comercial); solemne (prenda sin tenencia comercial), unilateral en la prenda con tenencia y bilateral en prenda sin tenencia, accesorio, indivisible, de enajenación indirecta, prelación (en la prenda civil no es permitido y el prenda sin tenencia es permitido dado la posibilidad de la prenda múltiple), es típico, de tracto sucesivo y de libre discusión; las partes se denominan acreedor y deudor prendario.

3.3.2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PRENDA, ENCUENTROS Y DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.

La Ley 1676 del 20 de agosto de 2013¹⁰⁵, introduce varios cambios estructurales al contrato de prenda redefiniendo sus características y denominación, iniciando con el artículo tercero

¹⁰² FELIU REY, MANUEL IGNACIO. *La Prohibición del Pacto Comisorio y la Opción de Garantía*. Editorial Civitas S.A. Madrid (España). 1995. pp. 88.

¹⁰³ *Ibíd.* pp. 96.

¹⁰⁴ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Ibíd.* pp. 31.

¹⁰⁵ Sigue los lineamientos expuestos en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA.

que establece “*Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de **contratos que tienen el carácter de principales** o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía*” (negrilla fuera del texto).

Con lo anterior basta tener en consideración “*Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre **prenda**, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, **dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley***” (negrilla fuera del texto).

Es preciso destacar en un primer momento que el llamado contrato de prenda o disposiciones legales que se refieran a otras figuras de garantías similares, ahora se denominaran garantías mobiliarias; como lo hemos visto no es un simple cambio de denominación, sino que además es un cambio en varias de las características del contrato de prenda que ilustraremos a continuación:

El ahora contrato de garantía mobiliaria se instaura como un contrato de carácter principal, por cuanto no requiere de otro negocio jurídico para nacer a la vida jurídica; en contraposición al contrato de prenda que lo enmarcaba en un contrato accesorio.

Además, la Ley 1676 amplía de manera considerable los bienes sobre los cuales se puede constituir un gravamen de garantía mobiliaria, a todos aquellos bienes a los que se refiere el artículo 6° como lo son:

1. Derechos sobre bienes existentes y futuros sobre los que el garante adquiriera derechos con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria.
2. Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual.
3. Derecho al pago de depósitos de dinero.
4. Acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales, siempre que no estén representadas por anotaciones en cuenta.
5. Derechos a reclamar el cumplimiento de un contrato que no sea personalísimo por el obligado o por un tercero designado por las partes como cumplidor sustituto.
6. En general todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporeales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico.

También como lo refiere el artículo 5, todos los muebles adheridos o destinados a inmuebles, si estos pueden separarse del inmueble sin que se produzca detrimento físico de este; sin embargo, del contrato de prenda conserva y unifica las características de ser un contrato real o consensual, que se corresponde al tipo de garantía mobiliaria, bien sea con tenencia o sin tenencia respectivamente.

De acuerdo al artículo 9 de la ley 1676, el contrato de garantía mobiliaria se constituirá mediante contrato con el contenido mínimo contemplado en el artículo 14 de la misma ley, exigiendo de esta manera una solemnidad, que solo se contemplaba en la prenda sin tenencia.

La denominación de acreedor y deudor prendario se modifican y en consecuencia las partes del contrato se denominaran garante (La persona natural, jurídica, entidad gubernamental o patrimonio autónomo, sea el deudor o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria; el término garante también incluye, entre otros, al comprador con reserva de dominio sobre bienes en venta o consignación, y al cedente o vendedor de cuentas por cobrar, y al cedente en garantía de un derecho de crédito) y acreedor garantizado (La persona natural, jurídica, patrimonio autónomo, o entidad gubernamental en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin tenencia).

La prenda tiene la característica de indivisible de acuerdo al artículo 2430 del Código Civil, en otras palabras, *“el bien dado en prenda garantiza el cumplimiento íntegro de la*

*obligación debida, la cosa sigue toda gravada hasta que la totalidad de la obligación sea cumplida, y por eso la prenda es una forma de caución*¹⁰⁶. Sin embargo, esta característica de indivisibilidad solo se predica de la prenda civil y de la prenda comercial con tenencia de la cosa; caso contrario de la prenda comercial sin tenencia de la cosa, puesto que esta permite la constitución de varios gravámenes sobre el mismo bien dado en garantía, esto es, la denominada prenda múltiple, en la cual la prelación de acuerdo al artículo 1211 del Código de Comercio, se determina mediante la fecha de registro.

Ahora bien, es de notar que la Ley de Garantías Mobiliarias no se expresa específicamente en lo que refiere a la indivisibilidad; empero, en el numeral sexto del artículo 19 establece que corresponde al acreedor garantizado “Salvo pacto en contrario, cuando algunas obligaciones del garante a favor del acreedor garantizado estén parcialmente satisfechas, presentar el formulario registral de modificación que elimina algunos bienes sobre la garantía mobiliaria o rebaja el monto máximo de la obligación garantizada” es por esta disposición que se puede establecer una derogación tácita de lo atinente a la indivisibilidad prendaria por ser incompatible con la nueva normatividad.

En contraposición al pacto comisorio vedado expresamente en el contrato de prenda, la ley 1676, en su artículo 60 permite el pago directo en los siguientes términos: *“El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3º del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía”*, esta estipulación se funda necesariamente en una que tal prerrogativa de pago directo no se ejecute arbitrariamente, esto es, es posible este pago si no es una cláusula abusiva. También se permite la denominada ejecución especial de la garantía, trámite que podrá adelantarse ante los notarios y las Cámaras de Comercio; y también un procedimiento de ejecución judicial, en donde el acreedor garantizado, hará efectiva la garantía por el proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en el artículo 467 y 468 del Código General del Proceso.

¹⁰⁶ BUENDIA GRIGORIU, LAURA. *El contrato de prenda comercial*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, Marzo 2004. En <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis02.pdf>. Consultada el 18/11/2017.

Lo anterior concuerda con el modelo de garantías mobiliarias, que asegura a los acreedores, ante el incumplimiento del deudor, dándole la posibilidad a este de disponer de los bienes dados en garantía de forma rápida y económica¹⁰⁷.

Para resumir, el contrato de garantía mobiliaria respecto a los elementos de la prenda, en cuanto a similitudes y diferencias tenemos:

Contrato de prenda	Contrato de garantía mobiliaria
Real (prenda con tenencia civil) Consensual (prenda con tenencia comercial) Solemne (prenda sin tenencia comercial)	Solemne
Unilateral (prenda con tenencia civil) Bilateral (prenda sin tenencia comercial)	Bilateral
Accesorio	Principal
Indivisible	Salvo pacto contrario, permite liberación parcial del gravamen.
Típico	Típico
De tracto sucesivo	De tracto sucesivo
Libre discusión	Libre discusión
Prohíbe el pacto comisorio	Permite el pago directo, si no es cláusula abusiva.
Deudor prendario	Garante
Acreedor prendario	Acreedor garantizado

Si bien es cierto que la primera modificación gira en torno al cambio de nombre, esto es, de contrato de prenda a garantía mobiliaria, de deudor y acreedor prendario a garante y acreedor garantizado, encontramos que las principales modificaciones que conllevó este cambio de conceptos gira en torno al carácter solemne, principal y bilateral del contrato de

¹⁰⁷ CISCOMANI FREANER, FRANCISCO; WILSON MOLINA, JHON M. *La garantía mobiliaria*. En *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Número 29, en Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM; www.juridicas.unam.mx. Consultada el 20/09/2014. pp. 285.

garantía mobiliarias. Vale destacar que, aunque el carácter de solemne y bilateral se encontraba presente en el contrato de prenda comercial; la ley 1676 lo unifica esta característica, que tenía tratamiento diferente en la ley civil y en la ley comercial.

3.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE PRENDA: CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO, CAUSA LÍCITA Y OBJETO LÍCITO; COMPARACIÓN CON LA LEY 1676 DE 2013.

A las voces del artículo 1502 del Código Civil *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita...”*, es conveniente analizar cada uno de esos elementos en el contrato de prenda e ilustrar similitudes y diferencias con el contrato de garantías mobiliarias.

3.4.1. LA CAPACIDAD EN EL CONTRATO DE PRENDA Y EN EL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.

La capacidad como lo denotan Ospina Fernández y Ospina Acosta, es una expresión anfibológica, pues en ocasiones denota la aptitud que se les atribuye a las personas o sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones; y, otras veces, se emplea para significar el poder que se reconoce a la mayoría de dichos titulares para realizar actos jurídicos sin la autorización de otras personas.¹⁰⁸

La prenda no es generadora de un acto de enajenación sino de disposición y, consecuente con ese criterio, el artículo 2412 del Código Civil establece que *“No se puede empeñar una cosa sino por persona que tenga facultad de enajenarla”* mientras el artículo 2415 permite la prenda de cosa ajena que subsistirá mientras el dueño no la reclame; en esta medida, se

¹⁰⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2005. pp. 86.

han de seguir las reglas sobre las incapacidades para dar eficacia al contrato de prenda, puesto que la ley presume que toda persona es capaz, salvo disposición en contrario¹⁰⁹.

Siguiendo los lineamientos establecidos en la ley civil, la Ley 1676 en su artículo 10 contempla que

“Las garantías mobiliarias pueden constituirse por quien tiene derechos o la facultad para disponer o gravar los bienes dados en garantía.

Si se trata de un bien respecto del cual el garante adquiere el derecho o la facultad de gravarlo con posterioridad a la celebración del contrato, la garantía sobre dicho bien quedará constituida cuando el garante adquiera derechos sobre dicho bien o la facultad de gravarlo o transferirlo sin necesidad de concluir un nuevo contrato.”

En conclusión, no existe una incompatibilidad de las normas sobre la capacidad; empero, es visible que la ley 1676 amplía esta característica con la facultad de disponer o gravar, mejorando así, lo contenido en la ley antigua.

3.4.2 EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE PRENDA Y EN EL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.

El consentimiento, debe ser expresado por el constituyente que en la mayoría de las veces corresponde al mismo deudor de la obligación principal; no obstante, también puede ser un tercero cualquiera, que hace este servicio al deudor (art. 2413 del Código Civil).

En el contrato de prenda y en el contrato de garantía mobiliaria, como todo acto o negocio jurídico, entendido como la “*manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos*”¹¹⁰, exige que se exprese la voluntad libremente, sin vicios que lo afecte; pues si llegase a recaer sobre el error, fuerza o dolo, el contrato queda viciado de nulidad¹¹¹. Es oportuno traer a colación que, si el vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) se produce en el contrato de prenda, es este negocio el que queda

¹⁰⁹ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Ibíd.* pp. 23-24

¹¹⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Ibíd.* pp. 17.

¹¹¹ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Ibíd.* pp. 24.

afectado de nulidad, y no el que surge de la obligación principal, que no puede ser tachado de inválido. Caso contrario, que el acto constitutivo de la obligación principal es nulo, por vicio, la prenda se extingue por seguir la suerte de la obligación principal¹¹². Sin embargo, al ser el contrato de garantía un contrato principal, su nulidad no estaría sujeta a otra obligación.

Valga anotar que la ley 1676 contempla para el contrato de garantía mobiliaria, en su artículo 15 que *“El documento donde conste la garantía mobiliaria podrá documentarse a través de cualquier medio tangible o por medio de comunicación electrónica fehaciente que deje constancia permanente del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía conforme a lo previsto en la Ley 527 de 1999”*.

En síntesis, tanto en el contrato de prenda como en el contrato de garantía mobiliaria, se exige una voluntad libre de vicios; empero, de acuerdo al artículo 15 de la ley 1676, existe una clara mejora en la seguridad jurídica del contrato de garantía mobiliaria frente al contrato de prenda, ya que el primero contempla la existencia de una constancia permanente del consentimiento de las partes.

3.4.3 EL OBJETO EN EL CONTRATO DE PRENDA Y EN EL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.

En principio, se puedan dar en prenda todas las cosas muebles, corporales e incorporales. En consonancia el artículo 1200 del Código de Comercio establece *“Podrá gravarse con prenda toda clase de bienes muebles...”*

Un caso peculiar son los créditos nominativos que se pueden dar en prenda, como estipula *“Se puede dar en prenda un crédito, entregando el título, pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito, consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos”* (artículo 2414 del Código Civil). La prenda de un crédito, pues, requiere, para que se perfeccione, de la entrega del título del deudor del crédito, para la

¹¹² *Ibíd.* pp. 24.

relación con este y terceros¹¹³. Esta disposición, fue objeto de derogación expresa como se analizó en títulos pasados.

La Ley 1676 amplía para el contrato de garantía mobiliaria el objeto contractual que se contemplaba para el contrato de prenda en tanto *“Esta ley será aplicable a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporeales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles”* (negrilla fuera del texto)

Lo cual se corresponde con: *“1. Derechos sobre bienes existentes y futuros sobre los que el garante adquiera derechos con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria. 2. Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual. 3. Derecho al pago de depósitos de dinero. 4. Acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales, siempre que no estén representadas por anotaciones en cuenta. 5. Derechos a reclamar el cumplimiento de un contrato que no sea personalísimo por el obligado o por un tercero designado por las partes como cumplidor sustituto. 6. En general todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporeales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico”* y los bienes muebles por adhesión o destinación en los términos del artículo quinto de la Ley 1676.

En conclusión, la ley de garantías mobiliarias amplía el objeto contractual que se contemplaba para el contrato de prenda; mejorando así, lo contenido en la ley antigua. Aún con ello, la disposición que hacía referencia a los créditos fue expresamente derogada.

¹¹³ *Ibíd.* pp. 24.

3.4.4 SOLEMNIDADES DEL CONTRATO DE PRENDA Y DEL CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.

La prenda con tenencia tanto en la legislación civil como en la legislación comercial no contemplaban ninguna solemnidad legal; sin embargo, la prenda sin tenencia regulada por el Código de Comercio para la oponibilidad frente a terceros establecía como requisito la inscripción del contrato de prenda inscripción en el registro mercantil.

En efecto, el Código de Comercio establecía que:

Art. 1208. El contrato de prenda de que trata este Capítulo podrá constituirse por instrumento privado, pero sólo producirá efectos en relación con terceros desde el día de su inscripción.

Art. 1210. El contrato de prenda se inscribirá en la oficina de registro mercantil correspondiente al lugar en que, conforme al contrato, han de permanecer los bienes pignorados; y si éstos deben permanecer en diversos sitios, la inscripción se hará en el registro correspondiente a cada uno de ellos, pero la prenda de automotores se registrará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes.

El registro contendrá, so pena de ineficacia, los requisitos indicados en el artículo 1209.

La exigencia de la solemnidad de inscripción hacía necesario la incorporación de un documento que contuviese los datos del contrato de prenda sin tenencia. Ese contenido mínimo fue establecido en el artículo 1209 del Código de Comercio de la siguiente manera:

Art. 1209. El documento en que conste un contrato de prenda sin tenencia deberá contener, a lo menos, las siguientes especificaciones:

1. El nombre y domicilio del deudor;
2. El nombre y domicilio del acreedor;
3. La fecha, naturaleza, valor de la obligación que se garantiza y los intereses pactados, en su caso;
4. La fecha de vencimiento de dicha obligación;
5. El detalle de las especies gravadas con prenda, con indicación de su cantidad y todas las demás circunstancias que sirvan para su identificación, como marca, modelo, número de serie o de fábrica y cantidad, si se trata de maquinarias; cantidad, clase, sexo, marca, color, raza, edad y

peso aproximado, si se trata de animales; calidad, cantidad de matas o semillas sembradas y tiempo de producción, si se trata de frutos o cosechas; el establecimiento o industria, clase, marca y cantidad de los productos, si se trata de productos industriales, etc.;

6. El lugar en que deberán permanecer las cosas gravadas, con indicación de si el propietario de éstas es dueño, arrendatario, usufructuario o acreedor anticrético de la empresa, finca o lugar donde se encuentren.

Los bienes raíces podrán identificarse también indicando el número de su matrícula;

7. Si las cosas gravadas pertenecen al deudor o a un tercero que ha consentido en el gravamen, y

8. La indicación de la fecha y el valor de los contratos de seguros y el nombre de la compañía aseguradora, en el caso de que los bienes gravados estén asegurados.

Ahora bien, el contrato de garantía mobiliaria sin tener en cuenta su tenencia; esto es, sin importar que el contrato sea con tenencia o sin tenencia, prescribe que debe otorgarse por escrito y como mínimo contener lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1676, a saber:

1. Nombres, identificación y firmas de los contratantes.
2. El monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria.
3. La descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía.
4. Una descripción de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras o de los conceptos, clases, cuantías o reglas para su determinación.

Con lo anterior, en cuanto al tema de la oponibilidad del contrato frente a terceros, que va a ser objeto de estudio en un aparte posterior; la Ley 1676 prescribe que frente al contrato de garantías mobiliarias con tenencia, su oponibilidad se hará con la entrega de la tenencia o por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado. Sin embargo, frente al contrato de garantía mobiliaria sin tenencia los efectos de la oponibilidad a terceros se producirán con la inscripción en el registro, salvo que existan requisitos especiales, sin que se requiera de inscripción adicional en el Registro Mercantil.

El artículo 12 del Decreto 400 de 2014¹¹⁴ recogido por el artículo 2.2.2.4.1.12 del Decreto 1074 de 2015¹¹⁵, establece que podrá inscribirse una garantía mobiliaria en el Registro de Garantías Mobiliarias, antes o después de la celebración del contrato de garantía de acuerdo a lo establecido en el párrafo del artículo 14¹¹⁶ y en el inciso 1° del artículo 48 de la Ley 1676 de 2013 (Prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía).

La Ley de Garantías Mobiliarias con atención a lo regulado en su artículo 37, permite que la garantía con tenencia pueda convertirse en una garantía sin tenencia, entonces en cuanto a su inscripción en el registro, el artículo 19 del Decreto 400 de 2014 señala que en el caso de registro de una garantía mobiliaria por efecto de la conversión de una garantía mobiliaria con tenencia o sin tenencia, el acreedor garantizado diligenciará un formulario de inscripción inicial.

En conclusión, la Ley de Garantías Mobiliarias introduce como requisito de existencia la solemnidad de otorgar el contrato por escrito, que en la legislación civil y comercial no se contemplaba para la prenda con tenencia, haciendo de ella una clara incompatibilidad entre el contrato de garantía mobiliaria y el contrato de prenda; por tal razón, es dable sostener la existencia de una derogación tácita. Además, como requisito de oponibilidad, establece un centro unificado para la inscripción al registro de garantías mobiliarias bien sea para contratos con o sin tenencia de la garantía mobiliaria; dicho registro se lleva por la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras)¹¹⁷ y cuenta entre otras cosas con formularios para la inscripción inicial, para la modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución de garantías mobiliarias.

¹¹⁴ Por el cual se reglamenta la Ley 1676 de 2013 en materia del Registro de Garantías Mobiliarias y se dictan otras disposiciones.

¹¹⁵ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

¹¹⁶ Párrafo. La suscripción del contrato y sus modificaciones, o de algún documento firmado por el garante en este sentido, serán suficientes para autorizar la inscripción de la garantía mobiliaria en el registro y sus modificaciones posteriores, sin perjuicio de lo establecido en el artículo referido a la prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía.

¹¹⁷ Garantías Mobiliarias es un Servicio Empresarial que busca incrementar el acceso al crédito de las empresas, en especial pymes, operará a través de un sistema de archivo, de acceso público a la información de carácter nacional, teniendo por objeto dar publicidad a través de Internet, en los términos de la ley 1676 de 2013, a los formularios de la inscripción inicial, de la modificación, prórroga, cancelación y ejecución de garantías mobiliarias. En <https://www.garantiasmobiliarias.com.co/>

3.5. EFECTOS DEL CONTRATO DE PRENDA, DERECHOS Y DEBERES SURGIDOS DEL CONTRATO, FRENTE AL AHORA DENOMINADO CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA

3.5.1 DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR Y DEL DEUDOR

3.5.1.1 DERECHOS DEL ACREEDOR.

1. Derecho de retención:

El régimen vigente hasta la Ley 1676 contemplaba que, este derecho nace desde el momento en que recibe la cosa el acreedor y se mantiene hasta cuando se satisface el pago total del crédito¹¹⁸. Por ello, el artículo 2421 del Código Civil consagra que:

El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda, en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia.

Además de lo contemplado en el párrafo anterior, el Código Civil contempla, una extensión de este derecho, a manera de prenda tácita¹¹⁹, en su artículo 2426.

“Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:

1. Que sean ciertos y líquidos.
2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda.
3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior”

No obstante, este derecho se limita a que *“Efectuándose este pago, no podrá el acreedor reclamarla, alegando otros créditos, aunque reúnan los requisitos enumerados en el artículo 2426”* (artículo 2418 del Código Civil). Tampoco tiene derecho la prenda tácita cuando el deudor, en virtud del derecho de dominio sobre la cosa empeñada que conserva, la vendiere, porque el comprador, como contempla el artículo 2429 del Código Civil, tiene

¹¹⁸ ibíd. pp. 29.

¹¹⁹ Ibíd. pp. 29

derecho a pedir al acreedor su entrega, pagando la cuantía de la deuda por la cual se contrajo expresamente la prenda; haciéndolo extensivo a la persona a quien el deudor hubiere conferido el título oneroso para el goce o tenencia de la prenda¹²⁰.

La prenda sin tenencia reglada en el Código de Comercio no contempla un derecho de retención dado que al acreedor no se le entrega la cosa dada en garantía.

De acuerdo al artículo 3 de la ley 1676, en cuanto al derecho de retención, y a otras figuras similares se consideran garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la ley; en consonancia, un derecho de retención se puede constituir por un derecho de retención surgida de la ley (artículo 9 de la ley 1676).

Para todos los efectos, se debe tener en cuenta que lo establecido en el precitado artículo tercero de la Ley de Garantías Mobiliarias, no contravía o deroga de alguna manera lo establecido para el contrato de arrendamiento en el artículo 2000 del Código de Civil y los artículos 26 y 27 de la ley 820 de 2003.

En conclusión, el derecho de retención es absorbido y reestructurado por la Ley de Garantías Mobiliarias y constituye por sí mismo un contrato de garantía mobiliaria; entonces, la ley 1676 mejorando así lo previsto en la regulación civil del mismo.

2. Derecho de persecución:

Este derecho de persecución se materializa cuando el acreedor puede reivindicarlo, por tratarse de un derecho real, según las voces del art. 948 del Código Civil. De ahí que el art. 2418, establezca que *“Si el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido.”*, salvo, claro está, la excepción por el pago de la totalidad de la obligación, pues al extinguirse ésta como consecuencia también se extingue la prenda.¹²¹

La Ley de Garantías Mobiliarias mantiene la potestad de perseguir la cosa; sin embargo, dispone en su artículo 18, que salvo pacto en contrario *“El acreedor podrá escoger en caso*

¹²⁰ *Ibíd.* pp. 30.

¹²¹ *Ibíd.* pp. 30.

de venta o cesión de los bienes gravados, que estos se subroguen por el precio de la cesión o venta o por los dineros que se reciban, o mantener bienes por la misma cuantía, o perseguir los bienes objeto de la garantía en poder de quien los haya adquirido”.

3. Derecho de venta en pública subasta:

El derecho de venta instituido en el artículo 2422 del Código Civil contemplaba que *“El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios”.*

En ningún caso es permisible el derecho de venta legítima al acreedor para disponer de la prenda o apropiársela (pacto comisorio), dicha prohibición es originaria del siglo xvi que trascendió al Código Civil Francés de 1804 y luego a los códigos chilenos y colombianos¹²². El artículo 2422 del Código Civil contemplaba *“Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”¹²³* de esta manera se condenaba a su ineficacia toda estipulación que directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a consentir esas situaciones¹²⁴.

La Ley de Garantías Mobiliarias establece un cambio sustancial en adición al derecho de venta, corresponde a la permisión del pago directo por parte del acreedor garantizado en el contrato de garantía mobiliaria, de esta manera se rompe con la cláusula pética que en el caso del contrato de prenda no consentía su apropiación; sin embargo, la Ley de Garantías Mobiliarias establece como requisito que el contrato de garantía mobiliaria sea con tenencia del bien o por mutuo acuerdo entre las partes consientan la apropiación; así lo señala el artículo 60 de la Ley 1676

¹²² MARTÍNEZ CÁRDENAS, BETTY MERCEDES; TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *De las garantías tradicionales a las garantías derivadas*. En Opinión Jurídica, vol. 10, núm. 19, enero-junio, 2011, pp. 181-193, Universidad de Medellín - Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94522284011>. pp. 189.

¹²³ Inciso derogado por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013. Rige a partir del 20 de febrero de 2014

¹²⁴ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Ibíd.* pp.37

“El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el párrafo 3° del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía”.

En concordancia el artículo 60 se reglamentó en el artículo 2.2.2.4.2.3 del Decreto 1074 de 2015 y entre otras disposiciones reza que:

“2. En caso de que el acreedor garantizado no ostente la tenencia del bien en garantía, procederá a aprehenderlo de conformidad con lo pactado. Cuando no se hubiere pactado o no sea posible dar cumplimiento al procedimiento de aprehensión del bien en garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar la entrega voluntaria del bien por parte del garante, mediante comunicación dirigida a la dirección electrónica según conste en el Registro de Garantías Mobiliarias. Si pasados cinco (5) días contados a partir de la solicitud el garante no hace entrega voluntaria del bien al acreedor garantizado, este último podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente la aprehensión y entrega del bien sin que medie proceso o trámite diferente al dispuesto en esta sección frente a aprehensión y entrega.”

Con lo anterior, en caso de que el acreedor garantizado no ejerza la potestad del pago directo, podrá con atención a las previsiones especiales del artículo 61 de la Ley 1676 de 2013 cuando así lo disponga, hacer efectiva la garantía mobiliaria por el proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en el artículo 467 y 468 del Código General del Proceso. Entonces, el acreedor garantizado en virtud de la ley de garantías mobiliarias cuenta con varias posibilidades ágiles para la satisfacción de su crédito.

En conclusión, el derecho de venta contemplado en la ley 1676 a su entrada en vigencia conlleva a una ineludible derogación tácita por incompatibilidad de lo contemplado por regulaciones anteriores.

4. Prelación de créditos:

La prelación entendida como, *el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata entonces de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; sólo existen aquellas expresamente contempladas en la ley.*¹²⁵

La Ley 1676 de 2013 en su Título V, establece reglas de prelación que podemos resumir en tres tipos: las de prelación (artículos 48 y 49) regulan la prelación entre garantías constituidas sobre un mismo bien, valga decir, entre créditos que son de la misma clase: la segunda clase; las que corresponden al proceso de insolvencia (artículos 50 a 52) regulan las garantías reales en el proceso de reorganización, en los procesos de validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización y en los procesos de liquidación judicial; y las de otras prelaciones (artículos 53 a 55) regulan otras prelaciones que respecto de compradores de los bienes muebles, de la garantía mobiliaria de adquisición, fijan reglas adicionales de prelación de garantías mobiliarias y de prelación de obligaciones fiscales y tributarias.¹²⁶

Valga recordar que en la prenda con tenencia no había posibilidad de constituir varios gravámenes sobre el mismo bien dado en garantía; sin embargo, en la prenda sin tenencia, regulada por la ley comercial, según su artículo 1211, es posible la denominada prenda múltiple, en donde su orden de prelación estaba determinada por la fecha de registro de cada uno de los gravámenes.

Ahora bien, la ley de garantía mobiliaria establece en su artículo 48 unas reglas de prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía, en los siguientes términos:

Artículo 48. La prelación de una garantía mobiliaria sin tenencia, incluyendo la de sus bienes derivados o atribuibles, constituida de conformidad con esta ley, así como los gravámenes surgidos por ministerio de la ley, judiciales y tributarios, se determina por el

¹²⁵ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-092 de 2002, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA

¹²⁶ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 447 de 2015. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

momento de su inscripción en el registro, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía.

Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita.

Respecto de garantías cuya oponibilidad frente a terceros de conformidad con lo previsto en esta ley, ocurre por la tenencia del bien o por el control sobre la cuenta de depósito bancario, la prelación se determinará por el orden temporal de su oponibilidad a terceros.

Si la garantía mobiliaria no se inscribió en el registro, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias no registradas será determinada por la fecha de celebración del contrato de garantía.

Entre una garantía mobiliaria oponible a terceros mediante su inscripción en el registro y una garantía mobiliaria oponible a terceros por cualquier otra forma prevista en esta ley, la prelación será determinada, cualquiera que sea la fecha de constitución por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad a terceros, de ser esta anterior.

Aunado a lo anterior, contempla un régimen de transición para los gravámenes que fueron constituidos con anterioridad a la vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias y que en vigencia de la ley, dichos gravámenes, están llamados a convertirse en garantía mobiliaria y en consecuencia establece que:

Artículo 49. Prolación y otros derechos. Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones finales, referidas a la aplicación de la presente ley en el tiempo, para las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de esta ley, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias registradas en vigencia de la presente ley, será determinada por la fecha de su inscripción en el registro mercantil cuando corresponda o por el orden temporal de su oponibilidad a terceros, ya sea por la tenencia del bien en garantía por parte del acreedor garantizado o por el control.

Las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, que no se hubieran inscrito en el registro mercantil, o en registro especial correspondiente, podrán inscribirse en el registro y su prelación estará determinada por el orden temporal de dicha inscripción.

En cuanto a la prelación entre garantías constituidas sobre un mismo bien entre créditos de la misma clase (segunda), la Ley de Garantías Mobiliarias no introduce cambio alguno; entonces, mantiene la preferencia de un crédito de segunda clase del acreedor garantizado sobre la garantía mobiliaria (artículo 2497 del Código Civil).

De conformidad con lo anterior, y a las garantías mobiliarias en procesos de insolvencia, la Corte Constitucional en un fallo inhibitorio sobre la constitucionalidad de la expresión “En todo caso, lo establecido en el presente artículo no aplicará en detrimento de derechos pensionales”, contenida en el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, analiza la norma en comento y concluye que, no se deroga ni excluye el régimen general previsto en la legislación civil, el cual privilegia en la prelación de créditos a, entre otras, las obligaciones alimentarias y laborales; en otros términos, no existe evidencia que la norma acusada haya derogado el régimen de prelación de créditos previsto en el Código Civil.¹²⁷

En suma, la Ley de Garantías Mobiliarias unifica y amplía los criterios de prelación dando un valor preponderante al tema de registro y permitiendo la prenda múltiple en bienes con garantía mobiliaria con tenencia. En consecuencia, estos cambios establecen inequívocamente una derogación tácita para lo regulado con anterioridad de la entrada en vigencia de la ley 1676 de 2013, en prenda civil; sin embargo, no deroga el régimen de prelación de créditos previstos en el Código Civil en los artículos 2488 y s.s.

3.5.1.2. DERECHOS DEL DEUDOR.

El deudor tiene derecho a que se restituya la cosa, una vez haya pagado al totalidad de la deuda en capital e intereses; en el evento en que le acreedor no restituya la prenda dada en garantía, se puede acudir a la vía judicial para su entrega; verbigracia la cosa se encuentre en manos de un tercero, el deudor (no obligado), al ser dueño conserva la acción reivindicatoria.

Además en desarrollo del artículo 2421 del Código Civil *“Y si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda, y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada.”*, *“Con todo, si el deudor pidiere que se le permita reemplazar la prenda por*

¹²⁷ *Ibíd.*

otra, sin perjuicio del acreedor, será oído". Además tiene derecho a que el acreedor prendario le indemnice los perjuicios por los deterioros de la cosa dada en prenda, imputables a la culpa del acreedor (artículo 2419 del Código Civil)¹²⁸.

A las voces del artículo 2429 del Código Civil, el deudor tiene derecho a vender la cosa empeñada, y a conferir a favor de terceros un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda.

Ahora bien, habiendo de presente que la Ley 1676 de 2013 con su nueva regulación de garantías mobiliarias, tenemos que el garante entendido como *"La persona natural, jurídica, entidad gubernamental o patrimonio autónomo, sea el deudor o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria; el término garante también incluye, entre otros, al comprador con reserva de dominio sobre bienes en venta o consignación, y al cedente o vendedor de cuentas por cobrar, y al cedente en garantía de un derecho de crédito"*, tiene la facultad *"salvo pacto en contrario, cuando la garantía mobiliaria es sin tenencia del acreedor garantizado, el derecho de usar, transformar y vender, permutar constituir otras garantías mobiliarias o alquilar los bienes en garantía en el giro ordinario de sus negocios"*. La ampliación de las potestades de garante a diferencia de los derechos que se contemplaban en el contrato de prenda, permiten que el bien mueble dado en garantía (salvo pacto en contrario) continúe con su utilidad económica bajo la restricción del *"giro ordinario de los negocios"*¹²⁹.

Además, se establece que el garante tendrá derecho (artículo 19 de la Ley 1676 de 2013), siempre y cuando satisfaga completamente al acreedor garantizado a: la devolución de los bienes en garantía, solicitar que el acreedor garantizado presente el formulario registral de cancelación de la garantía mobiliaria.

Como vemos los derechos del garante en esencia son similares a los derechos establecidos en el contrato de prenda.

¹²⁸ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Ibíd* pp. 29.

¹²⁹ BONILLA SANABRIA, FABIO ANDRÉS. *El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias*. En Sección de actualidad Jurídica. *Revist@ e-Mercatoria* 2014; <http://www.emercatoria.edu.co>. Consultada el 23/09/2014. pp. 42.

3.5.2 DE LAS OBLIGACIONES DEL ACREEDOR Y DEL DEUDOR.

3.5.2.1 OBLIGACIONES DEL ACREEDOR.

Frente a estas obligaciones del acreedor en el contrato de prenda la Sentencia SC 254 de 2005, precisa: *Una vez efectuada tal entrega, brotan para el acreedor pignoratario los deberes y obligaciones que de tal carácter se desprenden, particularmente, las de **guardar**, **conservar** y **restituir** la prenda*¹³⁰.

Seguidamente nos señala que la obligación de guarda, *es una obligación de hacer que consiste en desplegar una actuación de protección de la cosa, esto es, de mantenerla en un lugar seguro, cuidarla y sustraerla de los diversos peligros que puedan acecharla.*¹³¹

Obligación de conservación: Se desprende de lo contemplado en los artículos 2419 y 1606 del Código Civil, en cuanto señala que tanto en guarda como en la conservación de la cosa dada en prenda debe proceder como un buen padre de familia. Y si la cosa se deteriorara, por un hecho o culpa atribuible a acreedor prendario, está obligado a responder a título de indemnización por su disminución¹³².

*“El acreedor solo puede servirse de la cosa con el consentimiento del deudor o cuando se presuma la autorización de éste, por ejemplo, para evitar que por la falta de uso se deteriore la cosa”*¹³³

Con lo anterior la Sala de Casación Civil, amplía la definición de esta obligación poniendo de presente que ***conservar** la cosa, es decir, la de velar por su integridad y entidad...no le baste simplemente con adoptar medidas de precaución, porque ocasiones hay en las que le son exigibles actos de manutención, como acaece v.gr., cuando se trate de animales; al paso que en otras oportunidades le corresponderá acondicionar lugares especiales para*

¹³⁰ República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC 254 de 2005. M.P. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

¹³¹ Sentencia SC 254 de 2005. Ibid.

¹³² BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. Ibid. pp. 32

¹³³ Ibid. pp. 32

*guardarla, como acontece, por ejemplo, con la necesidad de adaptar cuartos con ciertas condiciones climáticas, etc*¹³⁴

En especial atención a la obligación de restitución, el artículo 2428 del Código Civil contempla *“El acreedor es obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo. Si la prenda ha dado frutos podrá imputarlos al pago de la deuda, dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante”*.

En desarrollo de esta obligación encontramos que **restituir** (*que es obligación de resultado*), al punto que se impone afirmar como conclusión que en dichos contratos se guarda y conserva la cosa en forma adecuada, justamente para poderla restituir del modo debido; además que restituir ya no es obligación de mera diligencia y cuidado porque el acreedor no espera únicamente del deudor que hubiese desplegado una conducta adecuada y diligente, sino un resultado concreto: que se le entregue la cosa debida. Armonizando el anterior concepto Álvaro Vives Pérez desarrolla la obligación de resultado contemplando que *“el obligado debe cumplir una prestación precisa, ejecutar un hecho o abstenerse de hacerlo, la no obtención del resultado hace incurso en culpa al contratante, que debe probar, para liberarse, la causa extraña o la ausencia de culpa según el caso”*¹³⁵

Consideramos que los frutos, a que se refiere el citado artículo 2428, corresponden a los frutos civiles, como los intereses¹³⁶.

Salvo las excepciones previstas del Artículo 2426 del Código Civil, en razón de retener la prenda por créditos diferentes a los que dio lugar a ella; el acreedor prendario deberá restituir la cosa dada en prenda siempre y cuando y el deudor haya pagado el capital e intereses.

Cuando la prenda fuese sin tenencia del acreedor prendario, el deudor releva al acreedor de la custodia y preservación de los bienes dados en garantía.

¹³⁴ Sentencia SC 254 de 2005. Ibid.

¹³⁵ PÉREZ VIVES, ÁLVARO. Ibid. pp. 289.

¹³⁶ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. pp. 32.

En cuanto al tema de las obligaciones de los acreedores garantizados contemplados en la Ley 1676, tenemos que frente a los bienes garantizados con tenencia del acreedor este tiene el deber de ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía; salvo pacto en contrario, el cuidado razonable involucra la obligación de tomar las medidas necesarias para preservar el valor de los bienes en garantía y los derechos derivados de los mismos; es obligado a mantener identificables los bienes en garantía que tenga en tenencia y en caso de ser fungibles mantener la misma cantidad y calidad; usar el bien solo en el alcance dado en el contrato; salvo pacto en contrario es obligación presentar el formulario registral de modificación que elimina algunos bienes sobre la garantía mobiliaria o rebaja el monto máximo de la obligación garantizada, además la obligación de notificar al garante de la intención de proceder a la ejecución.

El acreedor garantizado especialmente se obliga a informar por escrito a terceros sobre el monto pendiente de pago sobre el crédito garantizado y la descripción de los bienes cubiertos por la garantía mobiliaria, siempre y cuando medie petición del garante.

En conclusión, las obligaciones del acreedor en el contrato de prenda tales como guardar, conservar y restituir, se reflejan en el contrato de garantía mobiliaria; sin embargo, la ley 1676 amplía las obligaciones del acreedor en mantener identificables los bienes, el uso del bien en los términos pactados, presentar formulario registral y notificar al garante cuando vaya a proceder con la ejecución. En pocas palabras, la Ley de Garantías Mobiliarias recoge y amplía las obligaciones contempladas para el acreedor en el contrato de prenda, mejorando lo previsto en el Código Civil y Comercial sobre el particular.

3.5.2.2 OBLIGACIONES DEL DEUDOR.

Las obligaciones del deudor plausibles en el contrato de prenda corresponde al pago de expensas y perjuicios; en principio, el deudor no contrae obligación; empero, puede ocurrir que el acreedor prendario corra con las expensas necesarias o perjuicios producto de la tenencia de la cosa, es aquí donde el deudor está obligado a pagar las indemnizaciones correspondientes¹³⁷.

¹³⁷ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. pp. 33.

También puede obligarse el deudor con los riesgos de la cosa empeñada, en donde se sigue el principio general de que la cosa perece para el dueño, esto es para el deudor prendario. Aun con lo anterior, en caso de que la pérdida sea imputable al acreedor prendario, este responde por los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa.

En virtud de estas obligaciones asumibles por el deudor el artículo 1205 del Código de Comercio establece que:

“El deudor estará en la obligación de pagar los gastos necesarios que el acreedor o el tercero tenedor hayan hecho en la conservación de la cosa pignorada y los perjuicios que les hubiese ocasionado su tenencia, imputables a culpa del deudor...”

En la prenda con desapoderamiento o si tenencia, el deudor se obliga a: la conservación de los bienes gravados, las obligaciones y responsabilidades del depositario (artículo 1212 del Código de Comercio); la obligación de no variar el lugar de ubicación de los bienes pignorados, sin previo acuerdo escrito con el acreedor (artículo 1213 del Código de Comercio), además, está obligado a permitir la inspección del estado de los bienes por parte del acreedor (artículo 1216 del Código de Comercio).

Lo anterior estaba contemplado para la prenda con tenencia y sin tenencia del acreedor; no obstante, con la Ley de Garantías Mobiliarias se unifica el panorama de las obligaciones al establecer que el ahora garante cuando la garantía mobiliaria es sin tenencia por parte del acreedor garantizado; el deudor deberá asumir los daños, pérdida o destrucción de los bienes dados en garantía, salvo los asegurados a favor del acreedor garantizado; deberá pagar todos los gastos e impuestos de los bienes en garantía; deberá permitir que el acreedor garantizado inspeccione los bienes en garantía para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación. Cuando la garantía mobiliaria fuese con tenencia del acreedor prendario, este releva de la custodia y preservación de los bienes dados en garantía y en caso de ser bienes fungibles de mantener la misma cantidad y calidad, pero mantiene las demás obligaciones del garante del crédito.

En conclusión, en la ley 1676 de 2013, permanecen las mismas obligaciones del deudor contempladas en los Códigos Civil y Comercial, para la prenda con tenencia y sin tenencia respectivamente.

3.5.3 EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

El artículo 2431 del Código Civil contempla explícitamente, las formas de extinción directa de la prenda.

“Se extingue el derecho de prenda por la destrucción completa de la cosa empeñada.

Se extingue, asimismo, cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título.

Y cuando, en virtud de una condición resolutoria, se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella; pero el acreedor de buena fe tendrá contra el deudor que no le hizo saber la condición el mismo derecho que en el caso del artículo 2416”.

Sin embargo existe la posibilidad de que la prenda se extinga por vía indirecta o consecuencial, esto es, se extingue la obligación principal, lo que conlleva a que la prenda también se extinga al ser accesoria, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

De acuerdo con la ley 1676 de 2013, la extinción de las obligaciones producto de las garantías mobiliarias será por vía directa en cuanto son contratos de carácter principal, aún con ello la extinción de la garantía mobiliaria debe ser acreditada mediante la correspondiente certificación registral de su terminación, o mediante documento de cancelación de la garantía.

En conclusión, la ley 1676 entendiendo que la garantía mobiliaria es un contrato principal su extinción se desliga de la manera indirecta contemplada en el contrato de prenda; además establece un requisito de acreditación de terminación o cancelación de la garantía. En este sentido, estamos frente a una derogación tácita, dado que, lo contemplado en la regulación civil y comercial, es contrario a lo establecido en la Ley de Garantías Mobiliarias.

3.5.4 Oponibilidad y preferencia de la garantía mobiliaria.

La oponibilidad en el contrato de prenda se diferenciaba en cuanto a su tipo; si la prenda correspondía a una prenda con tenencia, la oponibilidad frente a terceros venía dada por la entrega de la tenencia, ello daba lugar al perfeccionamiento de la misma; sin embargo, cuando la prenda era sin tenencia solamente producía efectos frente a terceros desde el día de su inscripción.

La Ley de Garantías Mobiliarias mantiene los mecanismos de oponibilidad contenidas en el contrato de prenda, esto es oponibilidad por el registro cuando corresponde a una garantía mobiliaria sin tenencia del acreedor garantizado y la entrega cuando es una garantía con tenencia, pero desliga el perfeccionamiento con la oponibilidad que se daba en la prenda con tenencia; además, la ley 1676 contempla una nueva forma de oponibilidad mediante la adquisición del control por parte del acreedor garantizado (garantía mobiliaria sobre depósitos en cuentas bancarias) de la siguiente manera:

Artículo 21. Una garantía mobiliaria será oponible frente a terceros por la inscripción en el registro o por la entrega de la tenencia o por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto en el presente título, razón por la cual no se admitirá oposición ni derecho de retención frente a la ejecución de la garantía, a la entrega, a la subasta o a cualquier acto de ejecución de la misma en los términos establecidos en esta ley.

Parágrafo. 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.

En consonancia a lo anterior, la ley 1676 también contempla una norma supletiva que establece la inscripción como mecanismo de oponibilidad.

Artículo 35. Una garantía mobiliaria sobre otros bienes corporales o incorporales, sean presentes o futuros y sus bienes derivados o atribuibles, que no hayan sido específicamente regulados en los artículos anteriores, será oponible frente a terceros por medio de su inscripción en el registro.

En cuanto a los derechos de preferencia se ciñe al principio del derecho “primero en el tiempo, primero en el derecho”. En el caso de la prenda sin tenencia ahora garantía mobiliaria sin tenencia, la prelación está determinada por la inscripción; no obstante, la prenda con tenencia no contemplaba la posibilidad de una prenda múltiple ya que estipulaba “Gravada una prenda no podrá pignorararse nuevamente mientras subsista el primer gravamen”. La garantía mobiliaria con tenencia, permite una garantía múltiple y crea una prelación que se determinará por el orden temporal de su oponibilidad a terceros.

En cualquier caso de prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía se regirán por las reglas establecidas en su artículo 48 de la Ley 1676.

Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita.

Respecto de garantías cuya oponibilidad frente a terceros de conformidad con lo previsto en esta ley, ocurre por la tenencia del bien o por el control sobre la cuenta de depósito bancario, la prelación se determinará por el orden temporal de su oponibilidad a terceros.

Si la garantía mobiliaria no se inscribió en el registro, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias no registradas será determinada por la fecha de celebración del contrato de garantía.

Entre una garantía mobiliaria oponible a terceros mediante su inscripción en el registro y una garantía mobiliaria oponible a terceros por cualquier otra forma prevista en esta ley, la prelación será determinada, cualquiera que sea la fecha de constitución por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad a terceros, de ser esta anterior.

Teniendo en cuenta que las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, conservarán su validez hasta cuando los créditos amparados por las mismas sean extinguidos por cualquier medio legal; se reglamentó para la transición del contrato de prenda al contrato de garantía mobiliaria, respecto de la prelación de las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de dicha ley, la aplicación de las siguientes reglas¹³⁸:

¹³⁸ Reglamentado por el Decreto 1074 de 2015, Libro 2, Parte 2, Título 2º, Capítulo 4º, Sección 1ª (artículo 2.2.2.4.1.41.) y por el Decreto 400 de 2014 (artículo 41).

1. Para las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad al 20 de febrero de 2014, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias registradas en el Registro de Garantías Mobiliarias sobre el mismo bien en garantía, estará determinada por la fecha y hora que en su momento se dio por su inscripción en los registros anteriores. Esta fecha y hora serán consignadas en el formulario de registro por el acreedor garantizado al momento de la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias.

2. Para las garantías mobiliarias constituidas antes del 20 de febrero de 2014 y que no hubieran tenido la obligación de registrarse, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias registradas en el Registro de Garantías Mobiliarias, estará determinada por la fecha en que se hubiere celebrado el contrato. Esta fecha y hora serán consignadas en el formulario de registro por el acreedor garantizado al momento de la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias.

En los casos enunciados en los numerales 1 y 2 de este artículo, el derecho de prelación de que trata la Ley 1676 de 2013, surgirá únicamente para los acreedores garantizados que hubieran efectuado su inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias antes del 20 de agosto de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 1676 de 2013 y en este capítulo.

Un punto destacable es el método de conversión de garantías (artículo 37 de la Ley 1676 de 2013) puesto que contempla que;

“Una garantía sin tenencia podrá ser convertida en garantía con tenencia sin perder su prelación, siempre y cuando que el bien sea entregado al acreedor garantizado antes del vencimiento de la vigencia de la inscripción de la garantía mobiliaria en el Registro”.

Valga anotar que desde el proyecto de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias propuesto por la OEA (Este documento contenía reglas que responden a los Principios del NLCIFT, al proyecto de ley de Secofi, así como a las reglas del artículo 9 del UCC, de la Ley Canadiense de Garantías Personales, y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional)¹³⁹, tenía como unos de

¹³⁹ KOZOLCHYK, Boris. *Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLII, núm. 125, mayo-agosto, 2009, pp. 795-853, Universidad Nacional

sus objetivos el de la prelación, en cuanto permitiera al deudor obtener el máximo provecho, dando el mismo bien en prenda a varios acreedores, mediante contratos de garantía independientes y los acreedores poder conocer el grado de prevalencia en pago, antes de otorgar el crédito¹⁴⁰.

En síntesis, la Ley de Garantías Mobiliarias convierte la inscripción en eje fundamental de la oponibilidad, ello en la medida que, las garantías mobiliarias admiten varios gravámenes sobre el objeto y por regla general el régimen establece que la prelación está dada por la entrega o por el registro, dependiendo si es o no con tenencia de la garantía. Como consecuencia de lo anterior, se denota, entre otras, una clara derogación tácita cuando desliga los conceptos de oponibilidad y perfeccionamiento que se realizaban en un mismo momento sobre la prenda con tenencia.

3.6 LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.

El Código Civil, el acreedor prendario puede mediante vía judicial, obtener el pago producto de la pública subasta o de la adjudicación en los siguientes términos:

ARTICULO 2422. <EFECTOS DE LA MORA EN LA PRENDA>. El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.

Mientras el artículo 58 de la ley 1676 contempla:

MECANISMOS DE EJECUCIÓN. En el evento de presentarse incumplimiento del deudor, se puede ejecutar la garantía mobiliaria por el mecanismo de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en los artículos 467 y 468 del Código General de Proceso o de ejecución especial de la garantía, en los casos y en la forma prevista en la presente ley.

Autónoma de México. México. Disponible en Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715769007>. pp. 823.

¹⁴⁰ TAPIAS HERRERA, BELIÑA; ALFARO PATRON, DAVID. *El nuevo derecho de garantías en el derecho colombiano y en el derecho comparado*. En Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 7. N° 1. Enero - Junio 2011. pp 103.

En cuanto al pago directo, prohibido en la regulación prendaria, la ley 1676 establece:

ARTÍCULO 60. PAGO DIRECTO. El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el párrafo 3o del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.

PARÁGRAFO 1o. Si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente, deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante.

PARÁGRAFO 2o. Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado.

PARÁGRAFO 3o. En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien por el acreedor.

La ejecución judicial procederá *Cuando el acreedor garantizado así lo disponga, hará efectiva la garantía por el proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en el artículo 467 y 468 del Código General del Proceso, con las previsiones especiales que contempla el artículo 61 de la ley 1676.*

La ejecución especial de las garantías mobiliarias procederá en cualquiera de los siguientes casos:

1. Por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores. 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, para lo cual se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor.

2. Cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.
3. Cuando el acreedor tenga derecho legal de retención del bien.
4. Cuando el bien tenga un valor inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.
5. Cuando se cumpla un plazo o una condición resolutoria de una obligación, siempre que expresamente se haya previsto la posibilidad de la ejecución especial.
6. Cuando el bien sea precedero

Es entonces la ley 1676 la que amplía las posibilidades para la ejecución del bien dado en garantía en tres posibilidades pago directo, ejecución judicial, y ejecución especial, derogando así lo contemplado para la prenda.

3.7 LA PRESCRIPCIÓN.

Los artículos 1206 y 1220 del Código de Comercio frente al particular contemplan:

ARTÍCULO 1206. <PRESCRIPCIÓN PRENDA CON TENENCIA>. La acción real del acreedor derivada de la prenda de que trata este Capítulo, prescribirá a los cuatro años de ser exigible la obligación.

ARTÍCULO 1220. <PRESCRIPCIÓN PRENDA SIN TENENCIA>. La acción que resulte de esta clase de prenda prescribe al término de dos años, contados a partir del vencimiento de la obligación con ella garantizada.

Entonces, mientras que el Código de Comercio para la prenda con tenencia contempla una prescripción de cuatro años, para la prenda sin tenencia el término es de dos años. La ley 1676 guarda silencio al respecto.

En síntesis de esta tercera unidad, existe una igualdad en materias puesto que la Ley de Garantías Mobiliarias, el Código Civil y el Código de Comercio, buscan regular las garantías que los deudores pueden otorgar a sus créditos sobre bienes muebles.

Los destinatarios de la normas son particulares y autoridades.

Las disposiciones que contemplan Ley de Garantías Mobiliarias, el Código Civil y el Código de Comercio, varias de ellas analizadas en apartes anteriores son incompatibles a saber: la modificación terminológica, nombre del contrato y las partes, el objeto, el carácter principal del contrato de garantía mobiliaria, el contenido del contrato, su solemnidad, la oponibilidad y la ejecución de la garantía.

3.8 UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN CIVIL Y COMERCIAL.

Finalmente, luego de haber abordado el tema de las características del contrato de prenda y los cambios introducidos con la expedición de la Ley de Garantías Mobiliarias y sus decretos reglamentarios; es conveniente destacar un tema que tal vez ha pasado desapercibido en este texto; esto es, la unificación del régimen civil y comercial contemplada para el contrato de prenda en torno al contrato de garantía mobiliaria.

La existente independencia del régimen civil y del régimen comercial tiene su asidero histórico en los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germana; particularmente con el nacimiento de la regulación mercantil en el medioevo italiano con la aparición de corporaciones y gremios de mercaderes con reglas basadas en costumbres mercantiles; entonces, el derecho mercantil nace como un derecho especializado, regulado por los comerciantes y para los comerciantes, apartado del *ius commune*. De esta manera se generó una separación de los dos regímenes que se mantiene hasta hoy día en la mayoría de legislaciones. Colombia es uno de aquellos países en los que se mantiene una regulación mediante codificaciones separadas, a saber, mediante el Código Civil y el Código de Comercio¹⁴¹.

Ahora bien, la discusión sobre la unificación del régimen civil y del régimen comercial no es novedosa ya que desde la conferencia dada por Cesar Vivante en la Universidad de Bolonia en 1932, se propuso por primera vez el tema; aunque este autor tiempo después se retractó de su propuesta, sus postulados iniciales hicieron eco en Italia con la expedición

¹⁴¹ DE VALDENEBRO, JULIANA. *Reflexiones sobre la unificación de Civil y comercial. La cisg como criterio aconsejable*. Revista de Derecho Privado N.45. Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7794 Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. pp. 6

del Código de Derecho Civil de 1942, en el que se unificó definitivamente el régimen privado en torno a las normas de empresa y empresario¹⁴². Años después la discusión sobre la dicotomía de los regímenes civil y comercial llega a Colombia; con esfuerzos en favor de la unificación para el año de 1939 siendo ministro de Gobierno Carlos Lozano y Lozano, existen varias propuestas de reforma del Código Civil entre ellas los anteproyectos de Código General de Derecho Privado de Arturo Valencia Zea de 1980 y 1985, que establecía un régimen homogéneo en materia de obligaciones y contratos y señalaba que nada justificaba que nuestro derecho privado se encontrara recogido en dos códigos¹⁴³; finalmente un esfuerzo que llegó a feliz término fue el proyecto que reformó al régimen de sociedades y concurso, que no solamente reestructuró el Estatuto Mercantil sino que implicó necesariamente variaciones al Código Civil fue la expedición de la Ley 222 de 1995. Aún con ello se ha mantenido viva la cuestión acerca de la duplicidad de regímenes, sin que hasta el momento haya tenido buen suceso ninguna de las iniciativas de unificación que se han emprendido¹⁴⁴.

Como vimos, la legislación colombiana cuenta con dos códigos, el Código de Comercio y el Código Civil, que regulan el régimen de obligaciones y contratos; empero, en muchos de sus artículos no se encuentra una verdadera razón de fondo que justifique la gran mayoría de las diferencias existentes, como ilustra el Doctor Juan Pablo Cárdenas, “no hay explicación a las diferencias que existen entre los dos códigos en materia de prenda con tenencia del acreedor en aspectos tales, como que la prenda civil es real (art. 2411) y la prenda mercantil es consensual (art. 1204), así como que la prenda civil puede versar sobre cosas ajenas y subsiste mientras el dueño no la reclame (art. 2415), en tanto que la prenda mercantil de cosa ajena no es válida (art. 1201)”¹⁴⁵.

¹⁴² FUENTES HERNANDEZ, ALFREDO. *Anotaciones sobre la unificación y armonización del derecho privado en Colombia*. Revista de Derecho Privado No 27. Febrero de 2002. ISSN 1909-7794. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. pp 101.

¹⁴³ *Ibid.* pp. 102

¹⁴⁴ PÁJARO MORENO, NICOLÁS. *Sobre la necesidad de unificar el derecho privado de las obligaciones y de los contratos en Colombia*. En “Una propuesta metodológica para la unificación de las obligaciones y de los contratos en Colombia”. Revista de Derecho Privado No 49. Enero - Junio de 2013. ISSN 1909-7794. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. pp 5.

¹⁴⁵ CÁRDENAS MEJIA, JUAN PABLO. *Notas sobre la unificación y modernización del derecho privado en materia de obligaciones y contratos*. Revista de Derecho Privado No 45. Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7794. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. pp 4.

Para el particular caso de la prenda con la expedición de la Ley 1676 de 2013, se propendió por una unificación y armonización de la codificación, reuniendo la figura de prenda contemplada tanto en la legislación civil como en la comercial, bajo la única figura de garantía mobiliaria. En consonancia con la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias propuesta por la Organización de Estados Americanos y con el propósito de incrementar el acceso al crédito en la Ley 1676 se ampliaron los bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas (artículo 1).

Superando de esta manera las diferencias existentes en los códigos Civil y Comercial sobre la prenda; por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de prenda sobre bienes ajenos, ahora en la Ley 1676 de 2013 se establece 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**”¹⁴⁶ (negrilla fuera del texto), optando así por la invalidez de la garantía mobiliaria de bienes ajenos.

En consecuencia la Ley de Garantías Mobiliarias unifica, armoniza y simplifica los criterios sobre “...disposiciones legales que hagan referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares...”¹⁴⁷ en cuanto a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias se refiere.

3.9 RÉGIMEN DEROGATORIO QUE OPERÓ SOBRE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRENDA A RAÍZ DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LEY 1676 DE 2013.

La Ley de Garantías Mobiliarias se expide entre otras cosas por necesidad de renovación del sistema de garantías en consonancia con la tendencia internacional de modernización y

¹⁴⁶ Artículo 3 de la Ley 1676 de 2013

¹⁴⁷ *Ibíd.*

globalización jurídica, con base en la propuesta por la Organización de Estado Americanos (OEA) en su Ley Modelo de Garantías Mobiliarias.¹⁴⁸

Ahora bien, indagaremos en algunos artículos de la Ley 1676 con la finalidad de establecer con claridad el régimen derogatorio establecido en dicha norma.

Artículo 1°. Las normas contenidas en la presente ley tienen como propósito incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la **constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas**. (Negrilla fuera del texto)

Artículo 2°. Esta ley será aplicable a la **constitución, oponibilidad, prelación y ejecución** de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporeales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles.

Desde el primer artículo podemos evidenciar que el legislador se preocupa por regular en la ley todos los elementos que intervienen en la garantía mobiliaria como lo son la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas. En el artículo segundo fuera de que confirma los elementos de las garantías, amplía el campo de acción de la garantía respecto de lo que en legislaciones civiles y comerciales se contemplaba; esto es, se extiende a obligaciones de toda naturaleza.

En desarrollo de los anteriores artículos, el artículo 3 conceptualiza la garantía mobiliaria modificando las características definitorias del contrato de prenda civil y comercial en los siguientes términos.

Artículo 3°. Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o

¹⁴⁸ Remítase al Capítulo I de esta investigación para un análisis más extenso.

varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

En los parágrafos segundo y tercero del mismo artículo se establece

Artículo 3°. (...)

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** e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y **cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.**

Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley. (...) (Negrilla fuera del texto)

Con lo anterior, “se puede sostener que la Ley 1676 no intenta simplemente un cambio del nombre de prenda por el de garantía mobiliaria, sino que alcanza una proyección mayor derivada del concepto de bienes muebles garantizados. Sin lugar a dudas modifica y sustituye en gran parte las disposiciones que tanto el Código Civil como el Código de Comercio destinan al contrato de prenda”¹⁴⁹

En consonancia la exposición de motivos del proyecto de ley 200 de 2012 presentado ante el Senado, estableció:

¹⁴⁹ BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSE ALEJANDRO. *Las garantías mobiliarias de la Ley 1676*. En “Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea”. Tomo I. Universidad Nacional de Colombia. 2014. pp.390

“En el presente proyecto de ley, uno de los principales cambios de política legislativa involucra el uso del concepto de garantía real sobre bienes muebles, en lugar del término prenda. Este cambio conceptual se compagina con el objetivo del proyecto de ley en el sentido de aumentar y facilitar el acceso al crédito. En efecto, la garantía real es más amplia que la prenda y en tal sentido, el proyecto optó por este cambio legislativo conceptual porque es indispensable modernizar el concepto de prenda para que sea viable gravar inventarios flotantes, bienes a adquirirse en el futuro, inventarios de bienes no identificados plenamente, o cuentas por cobrar no representadas en títulos de crédito. Por consiguiente, el concepto de garantía real, en lugar de la limitada definición de prenda, aumentará las operaciones financieras y las clases de bienes que podrán emplearse como garantía de préstamos. Esto, a su vez, expandirá las posibilidades para acceder a crédito”.

Particularmente los anteriores artículos insertan al ordenamiento jurídico cambios sustanciales a los establecidos para el contrato de prenda del Código Civil y del Código de Comercio, implantando que el concepto de garantía mobiliaria referente a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante incluyendo una lista meramente enunciativa de pactos con garantías de bienes muebles en lo que se encuentra el contrato de prenda y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley. Entonces, no solo existe una homogenización en el término empleado para las operaciones garantizadas con bienes muebles, independientemente de su forma o nomenclatura, sino que además, se implementa que cuando en la legislación se haga referencia a contratos como el prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, entre otros o garantías muebles similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por Ley 1676 de 2013.

Ahora bien en los artículos 84 y 85 de la Ley 1676 de 2013, encontramos apartes relacionados con su vigencia, de los cuales es necesario destacar que; allí se establece que a partir de la entrada en vigencia de la ley, todas las garantías que se refieran a bienes muebles deberán cumplir con las disposiciones allí contenidas; en otros términos, para su constitución, oponibilidad, prelación y ejecución deben ceñirse a lo estipulado en la Ley de Garantías Mobiliarias.

Aunado a lo anterior se establece que la Ley 1676 de 2013 aplica a todas las garantías mobiliarias, aun aquellas que hayan sido constituidas previamente a la entrada en vigencia de la ley; en los siguientes términos:

Artículo 85. (...) Una garantía mobiliaria que haya sido debidamente constituida y sea efectiva según la legislación anterior a la entrada en vigencia de esta ley, continuará siendo efectiva y se aplicarán las reglas de prelación establecidas en esta ley. Para efectos de la aplicación de las reglas de ejecución deberá cumplir los requisitos de oponibilidad y registro establecidos en la presente ley, y de requerirse el registro deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, manteniendo la prelación con la que contaba al momento de expedirse la presente ley.

En resumen, el artículo 91 de la ley 1676, que da cuenta de las derogaciones expresas que contempla esta ley “especialmente los artículos 2414 (prenda de crédito), inciso 2o del artículo 2422 (prohibición de disponer o apropiare la prenda por parte del acreedor), se modifica el artículo 2425 en cuanto a la cuantía de ciento veinticinco pesos a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 2427 (imputación de pagos en caso de insuficiencia del producto del remate) del Código Civil, los artículos 1203 (prohibición de disponer o apropiare la prenda por parte del acreedor), 1208 (formalidades y oponibilidad de la prenda sin tenencia del acreedor), 1209 (contenido del contrato de prenda sin tenencia) 1210 (inscripción del contrato de prenda), lo referente al Registro Mercantil del artículo 1213 del Código de Comercio”. Aunado con las derogaciones tácitas (nombre, objeto del contrato, solemnidad del contrato, bilateralidad del contrato, carácter principal del contrato, entre otros)

Como consecuencia de lo anterior, es evidente que Ley 1676 tiene características de la derogación expresa y de la derogación tácita; empero, para fundarse como una derogación por regulación integral, analizaremos uno a uno los siguientes elementos:

1. Sucesión en el tiempo de las normas, entendido como el precepto básico de derogación “*lex posterior derogat priori*”, la ley de 1676 fue expedida con posterioridad al Código de Comercio y al Código Civil.

2. La existencia de igualdad de materias, la Ley de Garantías Mobiliarias, el Código Civil y el Código de Comercio, regulan la garantía que se puede dar frente a bienes muebles.
3. La existencia de igualdad de destinatarios, la Ley de Garantías Mobiliarias, el Código Civil y el Código de Comercio, tiene los mismo destinatarios, públicos y privados.
4. La pérdida de vigencia de la norma antigua no es inmediata, en tanto, la ley puede seguir reglando situaciones en donde fue objeto de aplicación; la Ley de Garantías Mobiliarias establece un periodo para entrar en vigencia y además establece un régimen de transición para que las denominadas prendas, se conviertan en garantías mobiliarias; tal como lo establece en el artículo 85 de la Ley 1676 *“La presente ley aplica a todas las garantías mobiliarias, aun aquellas que hayan sido constituidas previamente a la entrada en vigencia de esta ley. Una garantía mobiliaria que haya sido debidamente constituida y sea efectiva según la legislación anterior a la entrada en vigencia de esta ley, continuará siendo efectiva y se aplicarán las reglas de prelación establecidas en esta ley. Para efectos de la aplicación de las reglas de ejecución deberá cumplir los requisitos de oponibilidad y registro establecidos en la presente ley, y de requerirse el registro deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, manteniendo la prelación con la que contaba al momento de expedirse la presente ley”*
5. Exhaustividad, entendida como la vocación de la nueva al intenta regular cabalmente una materia ya reglamentada, la Ley de Garantías Mobiliarias regla la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución, de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporeales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles.
6. La intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior, el legislador busca homogenizar y tener un cambio en la política legislativa, un cambio conceptual y desatarse de las

limitaciones que el contrato de prenda contemplaban; por tal razón, la Ley de Garantías Mobiliarias uniforma no solamente la denominación sino que se encarga a lo largo de su articulado en regular íntegramente la materia desde su nacimiento hasta su muerte; en otras palabras, regula desde su constitución, oponibilidad, prelación hasta la ejecución. Como consecuencia ineludible la normatividad que se refería y regulaba anteriormente materias como el contrato de prenda civil comercial, con tenencia, sin tenencia, etcétera; sin atender a que fuese incompatible o no, entonces la derogación que opera, es por regulación integral.

En conclusión, el régimen derogatorio que aplicó sobre el contrato de prenda contemplado en el Código Civil y en el Código de Comercio con la expedición de la Ley de Garantías Mobiliarias corresponde a una derogación por regulación integral o derogación orgánica, por cuanto la Ley 1676 de 2013 o Ley de Garantías Mobiliarias regula integralmente la materia del contrato de prenda, modificando gran parte de sus características esenciales e impregnando todo el sistema con el nuevo concepto de garantía mobiliaria, es decir, todos y cada una de las regulaciones prendarias sufrieron por lo menos una modificación referente al cambio de política legislativa. Evidentemente el legislador estimó que la ley de garantías mobiliarias es más adecuada a las relaciones jurídicas y sociales de la actualidad en relación con criterios unificadores y uniformadores del ámbito internacional.

REFLEXIÓN FINAL

El contrato de prenda contemplado en el Código Civil y en el Código de Comercio del ordenamiento jurídico colombiano, se desfigura con la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias, a continuación traeremos a colación algunos apartes anteriores como son:

Las modificaciones de la institución prendaria comienzan con la incorporación del nombre de garantía mobiliaria, dicho sustantivo per se no denota mayor cambio; empero, su definición modifica sustancialmente el concepto de prenda como garantía de bienes muebles, puesto que la nueva ley 1676 establece que “el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.” En consecuencia, también el deudor y el acreedor prendario pasan a ser garante y acreedor garantizado, respectivamente.

Otros apartes del mismo artículo tercero de la ley 1676, nos suministran más factores que continúan determinando cambios fundamentales en las características definitorias del contrato prenda por ejemplo.

En lo que refiere al perfeccionamiento del contrato, la prenda civil o prenda con tenencia tenía un carácter real, esto es, solamente se perfeccionaba con la entrega de la cosa dada en garantía. Ahora bien, en materia comercial, la prenda con tenencia se perfeccionaba con el acuerdo entre las partes; mientras la prenda sin tenencia, es solemne en la medida que “podrá constituirse por instrumento privado”. Todo lo anterior es derogado y unificado bajo la exigencia de solemnidad en la constitución del ahora contrato de garantía mobiliaria, en tanto establece “Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos” por escrito, condición sine qua non, por ejemplo para su

registro. Aún con lo anterior la Ley 1676, contempla en su artículo noveno otra modalidad diferente al contrato para la constitución de una garantía mobiliaria, esta es la surgida “*por ministerio de la ley como los referidos a los gravámenes judiciales, tributarios o derechos de retención...*”.

La prenda como contrato poseía el carácter de accesorio, puesto que para su existencia requiere de una obligación principal a que accede; empero, el contrato de garantía mobiliaria tiene un carácter de principal; lo que muestra una clara fractura en la necesidad de otro contrato para su existencia como se establecía para la prenda.

El contrato de prenda era un contrato unilateral, pues allí una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación, lo anterior está dado por la parte que en virtud del contrato adquiere la tenencia de la cosa. Sin embargo, el ahora contrato de garantías mobiliarias establece obligaciones tanto para el acreedor garantizado como para el garante, modificando así su carácter bilateral.

El objeto del contrato de prenda establecía que se podía grabar “toda clase de bienes muebles”, mientras el contrato de garantía mobiliarias lo amplía estableciendo que la garantía puede recaer “sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía” se modifica, por esta sin, el principio de especificidad, pues la garantía no requiere obligaciones determinadas que ampara para su nacimiento, ni bienes determinados, por poder recaer sobre universalidades, bienes futuros o determinables.

Una prohibición tan característica de la prenda como contrato era la prohibición del pacto comisorio, que se traduce en la imposibilidad del acreedor para se pagara directamente el crédito garantizado con la cosa, esto se traduce en disponer o apropiarse de la cosa; ahora en la ley de las garantías mobiliarias le da más dinamismo a la garantía permitiendo al

acreedor entre otras cosas servirse de la cosa dada en garantía para suplir su crédito siempre que para esto exista pacto expreso. Nuevamente se ve como la prenda se desdibuja, pues el atributo real de la persecución se relativiza, para admitir la apropiación o acudir a entidades especializadas diferentes del juez para hacer vivaz el derecho del acreedor.

En el caso de la oponibilidad en el contrato de prenda, esta se da en razón del tipo de prenda con y sin tenencia, por tal razón son oponibles a terceros con la entrega y con la inscripción, respectivamente. El contrato de garantías mobiliarias zanja esta diferencia unificando la oponibilidad bajo el criterio de inscripción en registro de garantías mobiliarias o la tenencia de la cosa, con la prevalencia de la primera que se efectúe.

Es de anotar que la legislación comercial contemplaba que “gravada una prenda no podrá pignorararse nuevamente mientras subsista el primer gravamen” cuando se refería a la prenda con tenencia del acreedor, el ahora contrato de garantías mobiliarias permite la constitución de múltiples gravámenes sobre la misma garantía, haciendo del registro el eje fundamental para la prelación con las reglas dadas por el artículo 48 de la ley 1676 y el “principio de primero en el tiempo primero en el derecho”, además manteniéndose como una garantía de segundo orden, significa que los órdenes antes confinados a la hipoteca se aplican de forma general a la garantía.

En cuanto a la ejecución de las garantías mobiliarias es importante destacar la simplificación y la diversidad de las mismas en comparación con la del contrato de prenda, por ejemplo, la ley 1676 contempla el pago directo, la ejecución judicial, la ejecución especial de la garantía; mientras que la prenda únicamente contemplaba la adjudicación judicial y prohibía el pago directo.

Con todo lo anterior, nuevamente debemos traer a colación el artículo 91 de la ley 1676, que da cuenta de las derogaciones expresas como lo son, los artículos 2414, el inciso 2o del artículo 2422, se modifica el artículo 2425 en el sentido de modificar la cuantía de ciento veinticinco pesos a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 2427 del Código Civil, los artículos 1203, 1208, 1209, 1210, lo referente al Registro Mercantil del artículo 1213 del Código de Comercio. Aunado con las derogaciones tácitas nombre, objeto del contrato, solemnidad del contrato, bilateralidad del contrato, carácter principal

del contrato, entre otros; debemos precisar si la derogación operante es una orgánica o integral, por este motivo se debe corroborar que los elementos propios de una derogación orgánica o por regulación integral, tales como, la sucesión de normas en el tiempo, la igualdad de materias, la igualdad de destinatarios, la paulatina pérdida de vigencia, la exhaustividad y la vocación de integralidad, aplicados a la Ley de Garantías Mobiliarias y la regulación prendaria, que como vimos con anterioridad corresponden a:

1. Sucesión en el tiempo de las normas con fundamento en el principio de "*lex posterior derogat priori*", la ley de 1676 cumple con esta característica pues, fue expedida con posterioridad al Código de Comercio y al Código Civil.
2. La Igualdad de materias, la Ley de Garantías Mobiliarias, el Código Civil y el Código de Comercio, regulan la garantía que se puede dar frente a bienes muebles.
3. Igualdad de destinatarios, tanto la Ley de Garantías Mobiliarias, el Código Civil y el Código de Comercio, tiene los mismos destinatarios, públicos y privados.
4. La pérdida de vigencia de la norma antigua no es inmediata, en tanto, la ley puede seguir reglando situaciones en donde fue objeto de aplicación; la Ley de Garantías Mobiliarias establece un periodo para entrar en vigencia y además establece un régimen de transición para que las denominadas prendas, se conviertan en garantías mobiliarias.
5. Exhaustividad, entendida como la vocación de la nueva al intenta regular cabalmente una materia ya reglamentada, la Ley de Garantías Mobiliarias regla la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias.
6. La intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior, el legislador busca homogenizar y tener un cambio en la política legislativa, un cambio conceptual y desatarse de las limitaciones que el contrato de prenda contemplaban; por tal razón, la Ley de Garantías Mobiliarias uniforma no solamente la denominación sino que se encarga a lo largo de su articulado en regular íntegramente la materia desde su nacimiento hasta su muerte; en otras palabras, regula desde su constitución, oponibilidad, prelación hasta la ejecución. Como consecuencia ineludible la normatividad que se refería y regulaba anteriormente materias como el contrato de prenda civil

comercial, con tenencia, sin tenencia, etcétera; sin atender a que fuese incompatible o no, entonces la derogación que opera, es por regulación integral.

Es por estos motivos que los cambios que introduce la entrada en vigencia de la ley 1676 son tan profundos que desquicia la figura prendaria, por cuanto la Ley de Garantías Mobiliarias uniforma no solamente la denominación sino que se encarga a lo largo de su articulado en regular íntegramente la materia su constitución, oponibilidad, prelación hasta la ejecución y como consecuencia ineludible, la normatividad que se refería y regulaba anteriormente materias como el contrato de prenda civil comercial, con tenencia, sin tenencia, etcétera; sin atender a que fuese incompatible o no, sufre una derogación orgánica o integral.

CONCLUSIONES.

- ❖ El contrato de prenda en nuestro país tiene sus raíces en el figuras del derecho romano como el *pignus* y se erige como el primer contrato de garantía real reglamentado en el Código Civil en sus artículos 2409 a 2431 en lo que refiere la prenda sin tenencia y el Código de Comercio entre los artículos 1200 y 1220 en lo que refiere la prenda sin tenencia y con tenencia; este contrato se define civilmente como “*Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor*”. A partir de la regulación prendaria se determinan elementos y características del contrato a saber: es real (prenda con tenencia civil), consensual (prenda con tenencia comercial), solemne (prenda sin tenencia comercial), unilateral (prenda con tenencia civil), bilateral (prenda sin tenencia comercial), accesorio, indivisible, típico, de tracto sucesivo, libre discusión, prohíbe el pacto comisorio; sus partes denominadas como: deudor prendario y acreedor prendario.
- ❖ Con la tendencia de homogenizar y modernizar las regulaciones jurídicas la Organización de Estado Americanos (OEA) concibe la ley modelo interamericana sobre garantías a partir de los insumos normativos proporcionados por Ley de Garantías Mobiliarias de México, los Principios del Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano, las reglas del artículo 9 del Código Comercial Uniforme (Uniform Commercial Code) de los Estados Unidos, de las Leyes Canadienses sobre la Garantía de Propiedad Personal (Canadian Personal Property Security Acts) y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional¹⁵⁰. La citada ley modelo Interamericana de garantías mobiliarias, inspira en el ordenamiento jurídico colombiano la expedición de la ley 1676 de 2013 “*por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias*”; motivada en la modernización y ampliación del contrato de prenda, la ley 1676 introduce cambios profundos en la figura

¹⁵⁰ KOZOLCHYK, BORIS. *Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico*. Ibíd. pp. 823.

prendaria, comenzando con su nueva denominación de garantía mobiliaria, su carácter de contrato principal, se amplía los objetos sobre los cuales se puede constituir esta garantía, y permite al acreedor diversas formas de ejecución de la garantía entre otra, la posibilidad de apropiarse del bien mueble, entre otras.

- ❖ El contrato de garantía mobiliaria forma un nuevo contrato en el ámbito jurídico colombiano por cuanto deroga la institución del contrato de prenda regulado en el Código Civil y en Código de Comercio. La ley 1676 de 2013 en relación con legislación prendaria, tiene características de la derogación expresa y de la derogación tácita; empero, la Ley de Garantías Mobiliarias uniforma no solamente la denominación sino que se encarga a lo largo de su articulado en regular íntegramente la materia desde su nacimiento hasta su muerte; en otras palabras, regula desde su constitución, oponibilidad, prelación hasta la ejecución. Como consecuencia ineludible la normatividad que se refería y regulaba anteriormente materias como el contrato de prenda civil comercial, con tenencia, sin tenencia, etcétera; sin atender a que fuese incompatible o no, la deroga por regulación integral. Evidentemente el legislador estimó que la ley de garantías mobiliarias es más adecuada a las relaciones jurídicas y sociales de la actualidad en relación con criterios unificadores y uniformadores del ámbito internacional.

BIBLIOGRAFIA.

- AGÜERO SAN JUAN SEBASTIAN. “El contexto del cambio normativo”. En *La derogación. Un análisis de la dinámica de los ordenamientos jurídicos*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona 2015. En www.tdx.cat/bitstream/10803/323897/1/tsasj.pdf. Consultada el 15/05/2017.
- AGULÓ, JOSEP. *La derogación expresa*. En “Sobre la derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica”. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Número 41. ISBN 968-476-238-0. Distribuciones Fontamara S.A. Segunda Edición. México. 1999.
- ARANA DE LA FUENTE, ISABEL. *La reforma francesa de las garantías mobiliarias*. En “InDret Revista para el análisis económico del derecho”. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Barcelona. 2012. Disponible en http://www.indret.com/pdf/891_es.pdf. Consultada el 22/09/2014.
- BELLO, ANDRES. *De qué modo se contrae obligación por la cosa*. En “Derecho Romano”, Obras completas de Andrés Bello. Ministerio de Educación: Caracas - Venezuela. 1959.
- BONILLA SANABRIA, FABIO ANDRÉS. *El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias*. En Sección de actualidad Jurídica. Revist@ e-Mercatoria. 2014. <http://www.emercatoria.edu.co>. Consultada el 23/09/2014.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Contrato de Prenda*. En “Los principales contratos civiles y comerciales”. Tomo II, Séptima Edición, actualizada y ampliada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2005.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSE ALEJANDRO. *Las garantías mobiliarias de la Ley 1676*. En “Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea”. Tomo I. Universidad Nacional de Colombia. 2014.
- BUENDIA GRIGORIU, LAURA. *El contrato de prenda comercial*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, Marzo 2004. En <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis02.pdf>. Consultada el 18/11/2017.

- C. C. A. VOSKUIL AND J. A. WADE (Editores). “Hague-Zagreb Essays on the Law of International Trade”. Volume 4. T.M.C. Asser Instituut. La Haya. 1983. Disponible en https://books.google.com.co/books?id=AumV5KzExZMC&pg=PA48&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Consultada el 15/02/2016.
- CÁRDENAS MEJIA, JUAN PABLO. *Notas sobre la unificación y modernización del derecho privado en materia de obligaciones y contratos*. Revista de Derecho Privado No 45. Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7794. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. 2011.
- CEA EGANA, JOSE LUIS. *Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales*. Revista chilena de derecho No. 25. Chile. 1986. Disponible en HeinOnline. Consultada el 27/05/2018.
- CISCOMANI FREANER, FRANCISCO; WILSON MOLINA, JHON M. *La garantía mobiliaria*. En Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Número 29, en Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM; www.juridicas.unam.mx. Consultada el 20/09/2014.
- COURTIS, CHRISTIAN. *El juego de los juristas ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En “Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica”. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2006.
- DE VALDENEBRO, JULIANA. *Reflexiones sobre la unificación de Civil y comercial. La cisg como criterio aconsejable*. Revista de Derecho Privado N.45. Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7794 Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. 2011.
- ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. *La cesación de los efectos jurídicos de las normas legales*. En “Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984- Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”. Pontificia Universidad Católica de Perú. Fondo Editorial. Perú. 2005
- FELIU REY, MANUEL IGNACIO. *La Prohibición del Pacto Comisorio y la Opción de Garantía*. Editorial Civitas S.A. Madrid (España). 1995.

- FUENTES HERNANDEZ, ALFREDO. *Anotaciones sobre la unificación y armonización del derecho privado en Colombia*. Revista de Derecho Privado No 27. Febrero de 2002. ISSN 1909-7794. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. 2002.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM. ¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?. En “Estudios constitucionales”. Volumen 15 No.1. Universidad Alberto Hurtado. Santiago de Chile. 2017. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100010>. Consultada el 27/05/2018.
- HINESTROSA, FERNANDO. *Apuntes de derecho romano –bienes–*. En Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C. 2005. Citado en LEÓN ROBAYO ÉDGAR IVÁN, GONZÁLEZ UMBARILA EDGAR GIOVANNI. 2005.
- JÖRS, PAUL. *Cap V. Derechos de Prenda*. En “Derecho Privado Romano”. Editorial Labor S.A. España. 1937.
- KOZOLCHYK, BORIS. *Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLII, núm. 125, mayo-agosto, 2009, pp. 795-853, Universidad Nacional Autónoma de México. México. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715769007>. 2009.
- KOZOLCHYK, BORIS. *Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico*. En “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. vol. XLII, núm. 125, Mayo-Agosto, 2009. pp. 795-853. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2009. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715769007>. Consultada el 18/02/2017.
- LARRAIN RIOS, HERNAN. Derogaciones de la ley. En “Lecciones de Derecho Civil. Del derecho y sus clasificaciones, teoría de la ley, teoría de los derechos subjetivos, de las personas y de los atributos de la personalidad, teoría de los actos jurídicos, nulidad y rescisión, teoría de la prueba”. Primera Edición. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1994.
- LEÓN ROBAYO ÉDGAR IVÁN, GONZÁLEZ UMBARILA EDGAR GIOVANNI. *La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias*. En Revista de Derecho, Universidad del Norte N°44. 2015.

- LEÓN ROBAYO Édgar Iván, GONZÁLEZ UMBARILA Edgar Giovanni. *La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias*. En revista de derecho, Universidad del Norte N°44. 2015.
- LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN. Derogación de ley. En “Tratado De Derecho Civil Parte General”. Tomo I. Decimosexta edición. Editorial Perrot. Buenos aires. 1995.
- MARTÍNEZ CÁRDENAS, BETTY MERCEDES; TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *De las garantías tradicionales a las garantías derivadas*. En Opinión Jurídica, vol. 10, núm. 19, enero-junio, 2011, pp. 181-193, Universidad de Medellín - Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94522284011>. 2011.
- MARTÍNEZ CÁRDENAS, BETTY MERCEDES; TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *De las garantías tradicionales a las garantías derivadas*. En Opinión Jurídica, vol. 10, núm. 19, enero-junio, 2011, pp. 181-193, Universidad de Medellín - Colombia. 2011. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94522284011>. Consultada el 10/10/2016.
- MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derogación de la Ley*. En “Introducción al Derecho”. Decimocuarta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2006.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición Actualizada. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2005.
- PÁJARO MORENO, NICOLÁS. *Sobre la necesidad de unificar el derecho privado de las obligaciones y de los contratos en Colombia*. En “Una propuesta metodológica para la unificación de las obligaciones y de los contratos en Colombia”. Revista de Derecho Privado No 49. Enero - Junio de 2013. ISSN 1909-7794. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. 2013.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *De la Prenda en General*. En Garantías Civiles (Hipoteca, prenda y fianza). Primera Reimpresión. Editorial Temis. Bogotá. 1986.
- PETIT, EUGENE. *Del Derecho en General*. En “Tratado Elemental de Derecho Romano”. Editorial Albatros. Buenos Aires (Argentina). 1982.

- QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *La función de hacer las leyes*. En “Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas”. Cuarta edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2010.
- RICCI FRANCISCO. Capítulo III - Derogación de las leyes. En “Derecho Civil: Teórico Práctico”. Italia. 1893.pp. 33-36 Disponible en HeinOnline. Consultada el 27/05/2018
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *La transnacionalización de la regulación de Estado-nación: El Estado heterogéneo*. En “La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA. Bogotá. 2002.
- SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. *Derogación de la Ley*. En “Introducción al Derecho Civil”. Editorial Temis S.A.. Bogotá 2008.
- TAPIAS HERRERA, BELIÑA; ALFARO PATRON, DAVID. *El nuevo derecho de garantías en el derecho colombiano y en el derecho comparado*. En Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 7. N° 1. Enero - Junio 2011.
- VALENCIA ZEA, ARTURO; ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Real de Prenda*. En “Derecho Civil”. Tomo II. Décima Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1996.
- VALENCIA ZEA, ARTURO; ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derechos reales*. En “Derecho Civil”. Tomo I. Decimosexta Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2006.
- VEIGA COPO, ABEL B. *El Derecho Real de Prenda*. En “La Prenda de Acciones”. Primera Edición. Civitas Ediciones. Madrid (España). 2002.
- WAJNTRAUB, JAVIER H, PICASSO, SEBASTIÁN Y ALTERINI, JUAN M. *Instituciones De Derecho Privado Moderno*. Editorial LexisNexis - Abeledo-Perrot. 2001.

Normas Jurídicas de la república de Colombia

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA; *ley 1676 de 2013 por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.* En http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1676_2013.html. Consultada última vez el 17/02/2018
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Código Civil.* En http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/Código_Civil.html. Consultada última vez el 17/02/2018
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Código de Comercio.* En http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/Código_Comercio.html. Consultada última vez el 17/02/2018

Jurisprudencia de la República de Colombia

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 145 de 1994. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 159 de 1994. MP. Alfredo Beltrán Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 412 de 2015. MP. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 443 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 529 de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 571 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 634 de 1996. MP Fabio Morón Díaz
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 775 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 857 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 901 de 2011. MP Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 447 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia SC 197 de 2005 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia SC 254 de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.