

LA PRENDA MERCANTIL EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1676 DE 2013 Y SU
APLICACIÓN EN EL SECTOR BANCARIO

Andrea Aristizábal Cuellar

Manuela Peña Vélez

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Medellín
2018

LA PRENDA MERCANTIL EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1676 DE 2013 Y SU
APLICACIÓN EN EL SECTOR BANCARIO

Andrea Aristizábal Cuellar

Manuela Peña Vélez

Trabajo de grado para optar al título de abogadas

Asesor

NÉSTOR RAÚL LONDOÑO SEPÚLVEDA

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2018

Resumen

El presente trabajo comporta una aproximación al concepto y caracterización del contrato de la prenda mercantil, el cual se encuentra regulado en el Código de Comercio y en el Código Civil colombiano en el Libro Cuarto en el Título XXXVI, desde los artículos 2409 y 2431. El enfoque descriptivo implica una contextualización sobre el funcionamiento de la prenda mercantil como una garantía efectiva para salvaguardar y proteger los intereses de las partes involucradas en un negocio, especialmente el acreedor, al ser la misma reconocida como un instrumento de seguridad para la realización de diferentes negocios. Para el desarrollo del presente artículo se realizará un análisis del contrato de prenda mercantil, sus antecedentes, sus características, sus clases y elementos, analizando en el contexto la Ley de Garantías Mobiliarias en el contexto de su aplicación dentro de las relaciones del sistema bancario.

Palabras Claves: prenda, prenda mercantil, prenda civil, garantía, seguridad jurídica, contratos, garantía real, garantía mobiliaria, prenda sin tenencia.

Introducción

La prenda mercantil, tiene gran relevancia en el derecho civil y mercantil, la cual se manifiesta en la necesidad de las personas que requieren algún tipo de financiación, en forma de recursos económicos, ya sea para beneficio personal o para el crecimiento de micro, pequeñas y medianas empresas, por lo tanto, reporta una utilidad significativa a esas personas, por lo tanto, se protege al acreedor con un algún tipo de garantía a través por ejemplo de la prenda sobre bienes muebles.

El desarrollo de la presente investigación propende la conceptualización de la prenda mercantil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano y las implicaciones de la reforma introducida con la Ley de Garantías Mobiliarias, Ley 1676 de 2013, con la cual se busca agilizar y volver más efectiva dicha institución, modificando por ejemplo la garantía dada por ésta respecto de su condición accesorio, elevándolo a un nuevo esquema como principal y que comporta sus propias condiciones de validez.

En el presente escrito se pretende brindar una comprensión del contrato de prenda desde las disposiciones vigentes, con mayor énfasis en la regulación normativa contenida en la ley de garantías mobiliarias. Con la expedición de la ley 1676 del 2013 se generó un gran avance, toda vez que se amplió la posibilidad de constituir una garantía sobre bienes muebles, ya que anteriormente el ordenamiento jurídico colombiano contemplaba un sistema en el cual existían diversos obstáculos que dificultaban acceder a la financiación teniendo como garantía una real sobre bienes muebles u otro tipo de garantías.

El presente artículo se desarrolla en el marco de la práctica corporativa realizada en entidades financieras, donde se observó la relevancia de la aplicación de la prenda mercantil como garantía mobiliaria, debido a que la misma es un mecanismo idóneo para generar confianza en los negocios. En el año 2013, con la expedición, de la “Ley de Garantías Mobiliarias” se crea un revolución sin precedentes en el ordenamiento jurídico colombiano debido a que en dicho cuerpo normativo, se modifica la naturaleza del derecho real de prenda, así como del contrato de prenda mercantil, siendo de suma importancia su

estudio; igualmente, con la expedición de dicha ley se permite a las entidades bancarias otorgar métodos de financiación muchos más amplios tanto para personas naturales como jurídicas.

Antecedentes de la Prenda Mercantil

El primer momento en el que se puede apreciar el concepto de “Prenda” se remonta a la época del derecho romano, donde se concibe o surge junto con otras dos instituciones, las cuales son la fiducia y la hipoteca. La prenda se erige como una institución del derecho privado orientada a la satisfacción de condiciones mínimas que garantizaran la realización de negocios jurídicos, en un esfuerzo por fortalecer las obligaciones, desligándolas del respeto que otrora (en la antigua Roma) se manejara respecto de la palabra de una persona capaz que actuaba en acuerdo con otra y obligándose ante ésta.

El doctor Sefarini (1927) en su obra “Instituciones de Derecho Romano” ofrece una explicación concreta de la forma en la cual se concebía la prenda en dicha época:

Mientras la fiducia daba al acreedor un poder jurídico sobre la cosa cedida en garantía del crédito, el pignus no le concedía más que un poder de hecho sobre ella. El acreedor a quien se pignorase una cosa del deudor adquiría solamente la posesión de la misma, y esta relación surgía, no ya de un acto solemne, con la mancipatio o la in iure cessio, sino de un simple contrato iuris gentium, que se perfeccionaba mediante la entrega de la cosa y fundaba la actio pignoratitia. El pignus no pudo, pues, aparecer sino después que se hubo desarrollado la protección posesoria, sobre la cual descansa la garantía del acreedor, y probablemente se introdujo en las relaciones voluntarias de los particulares, a imitación de la prenda judicial y pretoria (p. 128).

En ese sentido, resalta Sefarini (1927) que la configuración de la prenda denotaba ya una desventaja significativa frente a la institución de la hipoteca, como quiera que en ésta última se gozaba de un mayor beneficio de garantía respecto del inmueble, el cual exigía solo la determinación de una vía de hecho para

tomar el bien. No así en el caso de la prenda, donde si bien se tiene una garantía de pago, ésta se daba con mayores limitaciones (p. 129).

Es así como se aprecia que, al interior de las disposiciones del derecho romano, la institución de la “Prenda” o “Pignus” ofrecía al acreedor un poder de hecho sobre la cosa dada en garantía, al radicar la posesión del bien otorgado en garantía en cabeza del acreedor. De suerte tal que su nacimiento no comporta un fenómeno innovador a la luz de las normas existentes, sino que se predica en un momento donde ya figura la posesión de un bien como garantía de pago de una obligación, como es el caso de la hipoteca, aunque predicándose ahora de los bienes muebles, a los que con el paso de los años se les reconoció la posibilidad de ser susceptibles de prenda en ordenamientos jurídicos como el colombiano.

De igual manera, el surgimiento de esta figura y su naturaleza poco innovadora es resaltada por el doctor Sefarini (1927) cuando indica que la protección del pignus era sumamente precaria a comparación de otras figuras tales como la fiducia o la hipoteca debido a que el deudor que otorgaba un bien mueble en prenda sólo podía entregar la posesión de la cosa y la posibilidad de adquirirla por usucapión o prescripción, siendo entonces insuficiente esta figura para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte del deudor. No obstante, su existencia facilitaba la celebración de diversos negocios jurídicos donde por diversas razones no era procedente la hipoteca, o donde el deudor no tenía la posibilidad de ofrecer un inmueble como garantía de pago, agilizando más los acuerdos de derecho privado para negocios de cuantías inferiores.

Al respecto, el profesor Ferrini (1908) en su obra “*Manuale di Pandette*” refuerza dicha posición respecto del surgimiento del concepto de prenda y su utilidad para la celebración de los negocios jurídicos, como garantía del pago de la obligación adquirida por el deudor frente al acreedor:

El origen del derecho real de prenda contractual en Roma, fué la prenda judicial, En el derecho romano, la prenda, pignus o empeño es un tipo de los llamados préstamos pretorios (por oposición a los préstamos civiles). Consiste en la entrega en garantía de una cosa del deudor -

que es, a la vez, pignorante-, al acreedor -que pasa a ser acreedor pignoraticio- para que la retenga hasta que se extinga la obligación, propia o ajena, que se garantiza. En cuanto préstamo en garantía, supone la existencia de una obligación para el acreedor pignoraticio: la de restituir la prenda en caso que el deudor o pignorante extinga la obligación. Sin embargo, el hecho de quedar la prenda en poder del acreedor pignoraticio hace nacer en favor de éste varios derechos sobre la cosa, entre ellos, un derecho de persecución, por lo que hablamos de un derecho real de garantía.

Con la voz pignus (prenda), se abarca tanto el negocio jurídico de entregar la cosa, así como la cosa pignorada misma y el derecho real que constituye (pp. 50-61)

Ahora bien, el reconocimiento de la institución de la prenda en el ordenamiento jurídico colombiano tiene lugar con la entrada en vigencia de la Ley 57 de 1887, a través de la cual se incorporan los artículos 19-52 de la Constitución al Código Civil. En el artículo 65 dicha disposición normativa, que reforma el Código Civil (Ley 84 de 1873), se reconoce la prenda como una de las herramientas diseñadas para prestar caución del cumplimiento de una obligación suscrita, propia o ajena, así como también se enuncia la fianza y la hipoteca como especies de caución.

De otro lado, el actual Código Civil colombiano, regula el contrato de prenda definiéndolo como la “*entrega de una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito*”. Seguidamente el cuerpo normativo relaciona directamente la prenda con el empeño, como quiera que categoriza la cosa mueble entregada como “prenda”. Las disposiciones siguientes, hasta el artículo 2431, regulan la realización del contrato de prenda y las obligaciones del acreedor y deudor que lo suscriban respecto al negocio jurídico y la obligación que se ha adquirido.

Desde la expedición del Código Civil Colombiano hasta el año 1971, la aparición de la prenda en el ordenamiento jurídico colombiano no había sido conceptualizada de forma clara, como quiera que esta institución tan solo era enunciada con relación al contrato de empeño o caución, entendiéndose en sentido

lato como una garantía del pago de una obligación. Es decir que únicamente era posible concebir la prenda como una garantía donde el acreedor permanecía con la tenencia de la cosa. No obstante, esta realidad jurídica se modificó cuando el concepto de prenda fue establecido de forma concreta en el Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio, que consagró la noción de “prenda sin tenencia” en su artículo 1207, es decir, aquella garantía o caución que recaía sobre un bien mueble en específico, pero sin la necesidad de que el acreedor ostentara la posesión del mismo, como quiera que la tenencia del bien cohibía al deudor de su uso, así como de los frutos que pudieran percibirse de éste. Piénsese por ejemplo en la prenda con tenencia de un vehículo destinado al transporte público, en cuya ausencia del propietario dejará de percibir los frutos relacionados con su usufructo.

En ese sentido, la tenencia del bien de forma obligatoria por parte del acreedor podía privar al deudor de obtener los frutos necesarios para el pago de su obligación, derivando así en un despropósito.

La norma señala:

Artículo 1207. 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 (Congreso de la Republica, Decreto 410, 1971).

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013 se modifica el régimen aplicable para la prenda, en el marco de un modelo de acceso al crédito con mayores garantías mobiliarias. Reforma que tiene su génesis en la necesidad de constituir un esquema de acceso al crédito con una gama de bienes más amplia, mayores derechos y mecanismos más variables y eficientes. El enfoque perseguido por el legislador fue la simplificación de requisitos para la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de los créditos en el sistema financiero.

En ese sentido, la ley reconoce como garantía mobiliaria aquella constituida a través de contrato de naturaleza principal o por disposición legal, que recae sobre uno o varios bienes que se han dejado en

garantía específica. Por primera vez en el plano jurídico y como un reconocimiento de los cambios en el plano económico y financiero, se reconocen los activos circulantes como objeto de prenda. Así mismo, la prenda se reconoce sobre bienes presentes o de naturaleza futura, corporal o incorporeal, entre otras variables que incluyen –incluso— aquellos derivados o que pueden ser atribuibles a los bienes en garantía.

Es imperioso precisar que la conceptualización de la garantía inmobiliaria que contempla la ley 1676 no es expresa o cerrada, en tanto ésta corresponde a “*toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante*”. En ese sentido, establece un sistema de reconocimiento jurídico abierto y genérico según el cual toda operación tendiente a asegurar el pago de una obligación supone garantía mobiliaria, siempre que recaiga sobre bienes muebles de quien funge como deudor.

El artículo 6° de esta disposición normativa regula como bienes de garantía, es decir bienes que pueden ser objeto de prenda, no solo aquellos existentes y futuros, sino los patrimoniales derivados de la propiedad intelectual, los relacionados con el derecho al pago de depósitos de dinero, las acciones, cuotas y partes en una sociedad civil o comercial y los derechos sobre un contrato que no sea de naturaleza personalísima. Además, señala la norma en el numeral sexto del referido artículo que todo bien mueble, incluso contratos y acciones (en tanto éstas son representativas de valores económicos) son admisibles como prenda en garantía de una obligación.

Clases de Prenda en el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia, se presentan especialmente dos clases de prenda, la prenda se puede constituir con o sin tenencia de la cosa; para el derecho civil hace referencia a la Prenda con tenencia, contenida en artículo 2409, por el contrario, el derecho mercantil consagra la Prenda sin tenencia en los artículos 1204, 1205 y 1206 del código de comercio.

Prenda con Tenencia

El deudor tiene la obligación de entregar la cosa gravada al acreedor prendario, debe pagar los gastos necesarios para la conservación de lo entregado en garantía. En el derecho civil, el contrato de prenda se perfecciona con la entrega de la cosa, por esta razón no es posible concebirse la prenda sin tenencia de la cosa.

Prenda Sin Tenencia

Se realiza un gravamen sobre un bien mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación. Tal como lo señala Escobar (2005), *“se trata de un gravamen, porque el bien otorgado en prenda respalda el pago de un crédito, se constituye como una garantía para el cumplimiento de cualquier tipo de obligación”* (p. 285).

González-Umbarila, E. I.-R. (2015), en el artículo *“La prenda sin apoderamiento en Colombia: Regulación Comercial y Garantías Mobiliarias”*, realizan una exposición de los aspectos más favorables derivados de la aplicación de la prenda sin tenencia, como quiera que de ésta se colige la posibilidad del deudor de sacar provecho al bien en la aplicación de esta figura en las relaciones comerciales y financieras existentes entre las entidades bancarias y sus clientes o deudores, para contribuir al pago ordinario de la obligación. Es decir, que gracias a la existencia de la prenda sin tenencia, se constituye una garantía en favor de los deudores, no solo de los acreedores, en tanto podrán hacer uso de la cosa y sus frutos, si fuera necesario, para corresponder en términos pactados al cumplimiento de la obligación. Así, los autores señalan:

Una de las garantías que más utilización tiene en el tráfico jurídico es la prenda sin tenencia del acreedor. Esta figura le permite al deudor conservar el bien para utilizarlo y sacar provecho del mismo, de tal manera que pueda proceder eficazmente a la satisfacción de la obligación contraída. Aunque se encontraba tipificada en el Código de Comercio, su configuración y operativa

fue modificada profundamente con la Ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias. Este artículo utiliza el método inductivo y tiene como propósito analizar el origen de la figura y establecer la manera como se encuentra regulada actualmente en el derecho colombiano, desde una perspectiva del derecho comparado y a partir del panorama histórico en que se ha desarrollado, haciendo referencias a su tratamiento en el Code Civil francés y a los preceptos de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Todo esto a partir de los conceptos que le dan su origen: la prenda y la hipoteca (p. 95).

Además de estas dos clases de prenda mercantil, dentro del contexto de la Ley 1676 de 2013, se puede apreciar la existencia de otro tipo de contratos de prenda, los cuales varían según su destinación, tal y como consta en el inciso 3 del artículo 3 de dicho cuerpo normativo:

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 (Congreso de la República, 2013).

Características de la prenda mercantil en Colombia

El contrato de prenda mercantil se caracteriza por ser de naturaleza mixta respecto de su regulación, como quiera que, si bien el Código de Comercio lo regulaba de forma expresa y concreta, la nueva legislación contenida en la Ley 1676 de 2013 abre la posibilidad al reconocimiento de otros bienes como prenda en una obligación. En ese sentido, tal como se señaló anteriormente, todo bien puede ser

susceptible de considerarse como prenda, de conformidad con el numeral 6° del artículo 6° de la norma sub examine. La prenda es por tanto una categoría de código abierto e innominado. No obstante, cuenta con una serie de formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en materia probatoria, esta figura obedece a las regulaciones contempladas en el Código Civil y el Código General del Proceso.

Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley” (Congreso de la República, 1971).

Debido a que en el Código de Comercio no existe definición legal respecto del contrato de prenda, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 2409 del Código Civil:

“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” (Congreso de la República, 1887).

La definición que trae el Código Civil es clara, el contrato de prenda o empeño comprende la entrega de un bien mueble para asegurar una obligación determinada. Por lo tanto, debido a que siempre que exista contrato de prenda deberá utilizarse un bien mueble como garantía, su régimen aplicable será indiscutiblemente la Ley 1676 de 2016, Ley de garantías mobiliarias, ello a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3° de ésta.

Ahora bien, la prenda ha sido caracterizada por la Superintendencia de Sociedades (2000) a través de concepto 220-18333 como una figura jurídica de doble naturaleza: de un lado, correspondiente a un

derecho real, y de otro, a un tipo contractual. Así, precisa que *“el contrato de prenda se trata de un derecho real, y como contrato es nominado, formal, real, accesorio, de tracto sucesivo, unilateral, y se repite, de garantía”* (p. 1).

La prenda mercantil dentro del ordenamiento jurídico colombiano se puede apreciar tanto como derecho real como contrato nominado y regulado en el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley 1676 de 2013.

Según la definición otorgada por el artículo 2409 del Código Civil, complementada por el concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, es posible afirmar que el contrato de prenda está supeditado tanto en su nacimiento como en su extinción, a la existencia de un contrato u obligación de carácter principal, puesto que la misma se constituye como una alternativa para garantizar las prebendas que ha de obtener aquella persona que dentro de la relación contractual se denomina “acreedor”; así pues, una vez extinguida la obligación principal, consecuentemente deberá extinguirse la prenda puesto que la misma ya no tendrá utilidad alguna, o el acreedor se apropiará de esta con miras a satisfacer las obligaciones incumplidas por el deudor.

Así mismo, se puede evidenciar que el contrato de prenda mercantil es naturalmente unilateral, esto debido a que sólo una de las partes dentro de la relación contractual es la que debe someter un bien mueble de su patrimonio, con el fin de brindarle mayor seguridad al acreedor, respecto de que las obligaciones contraídas serán efectivamente satisfechas.

Respecto de su connotación como derecho real, el contrato de prenda se caracteriza por contener la disposición de la parte deudora de entregar la propiedad de un bien mueble ante la imposibilidad de sufragar el pago de una obligación. Dicho de otro modo, la prenda puede entenderse como derecho real por cuanto confiere titularidad al acreedor en caso de que el deudor no cumpla la obligación pactada. La calidad de esta figura jurídica enuncia el reconocimiento de la titularidad de un bien a favor de un acreedor.

De otro lado, frente a su caracterización como contrato, éste precisa de unos elementos que lo identifican como “nominado”, como quiera que en él se establecen las obligaciones exigibles a la parte deudora y las consecuencias de titularidad sobre el bien que se derivarán del incumplimiento de la obligación. En ese sentido, solo los bienes estipulados por las partes entrarán a configurar la garantía sobre la obligación de que trata el acuerdo entre las partes. El artículo 1209 del Código de Comercio establece los requisitos que debe contener el contrato de prenda para su reconocimiento y validez jurídica, tales como el nombre y domicilio del deudor y del acreedor; la fecha, naturaleza valor de la obligación e intereses pactados; la fecha de vencimiento de la obligación y el detalle de las especies gravadas con prenda. Es por ello que el contrato de prenda es nominado, pues su celebración debe atender una serie de requisitos y solemnidades que lo hagan vinculante y lo doten de fuerza jurídica. Esta condición atiende, además, a la característica de formalidad de la prenda.

Se dice además que es de naturaleza accesoria, como quiera que es imprescindible la existencia de otro contrato previo para el reconocimiento de la prenda. La prenda ha sido caracterizada como accesoria, en tanto su existencia contractual o jurídica demanda un contrato principal, es decir, para que subsista el contrato de prenda, requiere de un contrato principal para su existencia. Lo anterior porque la prenda ostenta una garantía para el cumplimiento de una obligación en favor de un acreedor, dando seguridad a la promesa elevada en el negocio jurídico por parte del deudor.

Una de las características más relevantes de dicho gravamen es precisamente que el mismo recaiga sobre bienes muebles, diferenciándose de otro contrato de garantía y derecho real sumamente similar denominado “Hipoteca”, puesto que este último recae única y exclusivamente sobre bienes inmuebles.

Por otra parte, se diferencia de la fiducia ya que dentro de esta podrá constituirse como garantía bienes muebles e inmuebles al mismo tiempo; por el contrario, el contrato de prenda se establece que el gravamen recaerá única y exclusivamente sobre bienes muebles.

La prenda se caracteriza, frente a otro tipo de cauciones, porque dentro de su contrato se identifica plenamente el bien objeto de gravamen, mientras que, en las cauciones de tipo personal, a falta de una clara discriminación de los bienes u objetos sometidos al gravamen, la garantía otorgada carece de una delimitación concreta de los bienes destinados a amparar la obligación.

De otro lado, la indivisibilidad de la prenda corresponde a otra de sus características más importantes, en tanto la totalidad de la cosa o bien mueble que se ha gravado con esta figura jurídica funge como garantía de la totalidad de la obligación. En este punto se debe precisar que la indivisibilidad comporta un impedimento para el deudor de solicitar la prenda mientras no se haya satisfecho de forma integral la deuda sobre la cual ésta ha sido gravada. En ese sentido, si no se ha surtido el cumplimiento de la totalidad de la obligación, no procede el levantamiento del gravamen sobre el bien mueble, tal como lo consagran los artículos 1526 n.I y 2391 inc.I del Código de Comercio. Por esta característica, la prenda es una forma de prestar caución, dado que la cosa sigue gravada hasta que sea cumplida la totalidad de la obligación.

Además de ello, la indivisibilidad se predica de la imposibilidad de que el codeudor que haya pagado su parte de la obligación reclame el bien o el levantamiento del gravamen, en los casos en que no se haya saldado la totalidad de la obligación.

La indivisibilidad se encuentra consagrada, además, en el artículo 2430 del Código de Civil: “La prenda es indivisible. En consecuencia, 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” (Congreso de la República, 1887).

La prenda ha sido caracterizada además como accesorio, en tanto su existencia contractual o jurídica demanda un contrato principal, es decir, para que subsista el contrato de prenda, requiere de un contrato principal para su existencia. Lo cual implica que su objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Por lo tanto, se encuentra regulado en el artículo 2410 del código de civil, el cual dispone lo siguiente “*El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede*” (Congreso de la República, 1887), es decir la prenda está sometida a la existencia de un negocio jurídico del que se colijan obligaciones y cuyo cumplimiento precise ser amparado. Las condiciones de cumplimiento de la obligación son también accesorias al negocio jurídico y las estipulaciones o clausulas acordadas.

El contrato de prenda se caracteriza por poder perfeccionarse a través de tres formas: de manera real, consensual y solemne, para el derecho civil su perfeccionamiento se materializa con la entrega, es decir se refiere a una solemnidad real. Pero en el código de comercio, se establece la consensualidad, dado que la prenda sin tenencia requiere el cumplimiento de unas formalidades, toda vez que necesita ser constituido por documento escrito y su inscripción, de acuerdo con lo consagrado en los artículos 1204 y 1208 del código de comercio.

Finalmente, la prenda se identifica por su gratuidad, que se encuentra regulada esta característica en el artículo 1497 del código civil. Tal característica, si bien ha sido estipulada por las normas del Código Civil, no es cierta en el contexto mercantil y financiero actual, puesto que, si bien el deudor recibe un beneficio económico como resultado de un contrato principal, el acreedor garantizado también recibe una serie de prebendas consistentes en el pago de intereses remuneratorios como moratorios, realizados por el deudor.

La aplicación de la prenda mercantil en el sector bancario

Habida cuenta la aproximación conceptual y la caracterización jurídica de la prenda como institución que grava un bien mueble para asegurar con éste el cumplimiento de una obligación, es procedente analizar la aplicación de la figura en el sector bancario, como garantía del cumplimiento de, entre otros negocios, créditos otorgados por los bancos a personas naturales o jurídicas.

El reconocimiento de la prenda en las actuaciones financieras adelantadas con las instituciones bancarias se da, principalmente, por la adquisición de bienes muebles, como en el caso de los vehículos, en donde éste es gravado sin tenencia como garantía de que se cubra el dinero desembolsado para su compra. Es decir, que la prenda procede, por ejemplo, en relaciones de tipo crediticio, donde además de un pagaré puede estipularse como prenda la entrega del bien sujeto a compra, cuando es tal el caso.

No obstante, la prenda está presente en casi todas las obligaciones de pago suscritas ante las entidades bancarias, como en el caso de las cuentas de las que se debita el pago de cuotas vencidas correspondientes a tarjetas de crédito o créditos rotativos. En ese caso, el incumplimiento de la obligación dará lugar al débito de la cuenta de ahorros o corriente vinculada por valor correspondiente al saldo adeudado.

Bajo el contexto de las actividades comerciales y financieras realizadas por las entidades bancarias, el contrato de prenda mercantil puede celebrarse en las modalidades de “Tenencia” y “Sin Tenencia”. Si bien la legislación actual indica que el contrato de prenda mercantil es consensual, debe aclararse que a pesar de escogerse alguna de las modalidades descritas anteriormente, existe un requisito *sine qua non* para el surgimiento de los efectos jurídicos plenos de la presente figura, y es el registro ante la Confederación de Cámaras de Comercio (CONFECAMARAS), lo que implica necesariamente que el contrato de prenda mercantil, dentro de un ámbito netamente fáctico, no se configura como un contrato consensual. A pesar de la regulación jurídica que se tiene en Colombia, que señala el contrato de prenda como producto unívoco del acuerdo de las partes, se mantiene un debate en la medida que se exige su registro ante CONFECAMARAS.

Las entidades financieras se encuentran en la facultad de exigir el pago total de la obligación para el levantamiento del gravamen, el cual se realizará dentro de los 15 días siguientes a la solicitud de cancelación enviada por el deudor; en caso de no proceder con dicha solicitud por parte del acreedor garantizado, la misma podrá hacerse ante notario, acompañando su solicitud con un certificado de pago,

y posteriormente el notario remitirá el expediente a las autoridades jurisdiccionales competentes para su revisión y pronunciamiento. Dicho procedimiento evidencia claramente las solemnidades tan rigurosas que acompañan no sólo el trámite de constitución de prenda, sino también aquel relativo a su cancelación.

El asunto planteado gira en torno a la posibilidad de constituir la prenda como obligación accesoria antes de la principal cuyo cumplimiento pretende asegurar. En el concepto en comento se asume que es posible, al considerarse que así no exista norma que permita otorgar la prenda en cualquier tiempo, como en la hipoteca, no puede entenderse que en aquélla no rija dicho principio, si se estima además que no existe precepto que expresamente lo prohíba.

Autores como Pérez Vives (1986) no conciben el reconocimiento de la prenda en los términos previstos por el ordenamiento jurídico:

(...) La prenda, a diferencia de la fianza y la hipoteca, no puede constituirse para garantizar obligaciones futuras. El legislador, que en los artículos 2365 y 2438 autorizó expresamente la fianza y la hipoteca para garantizar obligaciones futuras, omitió una norma semejante en relación con la prenda y sentó, por el contrario, una regla imperativa que no se halla en relación con aquellas otras garantías: el contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede. Ese siempre es terminante (...) (p. 248)

Ahora, la prenda es de procedibilidad en las relaciones bancarias, de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, cuando advierte sobre las normas civiles que "el artículo 2º permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo, o consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria".

Es así como, de conformidad con la naturaleza de actividad comercial con que cuenta la operación bancaria (art. 20 num. 7 del Código de Comercio), tal como señala la Superintendencia Financiera de Colombia: "recordemos que el artículo 1 del estatuto de la materia advierte que los comerciantes y los asuntos

mercantiles se rigen por la ley comercial y los casos no regulados expresamente en ella deben ser decididos por analogía de sus normas”.

Sin embargo, frente a la figura de la prenda, es imperioso señalar el Título IX del Libro Cuarto del Código de Comercio, donde se contemplan disposiciones y reglas de carácter especial para el gravamen de prenda con tenencia o sin tenencia, y los numerales 1.3 y 1.4 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde se dispone el procedimiento y las instrucciones concretas que deben seguir las instituciones bancarias sobre las modalidades de este contrato y su forma de aplicación.

La Superintendencia en Concepto No. 2001037415-2 de agosto 13 de 2001, expone la forma en que se apreciará la prenda en el marco de las instituciones del sistema bancario:

En el marco de dicha regulación de aplicación preferente y en punto al tema en cuestión, destaquemos que el segundo inciso del artículo 1207 del Código de Comercio advierte que "Toda prenda sin tenencia del acreedor se regirá por la ley mercantil" y el artículo 1219 contempla la prenda que se denomina abierta, señalando que ésta "podrá también constituirse para garantizar obligaciones futuras hasta por una cuantía y por un plazo claramente determinados en el contrato".

Conclusiones

La reglamentación de la prenda mercantil, como se tiene en Colombia, supone una verdadera garantía para el pago de las obligaciones suscritas por parte del deudor, atendiendo a los principios de indivisibilidad y nominalidad de esta figura, que ha sido desarrollada ampliamente por la Ley 1676 de 2013, con una caracterización que fortalece las posibilidades de aplicación de este gravamen sobre diversos bienes, como cuentas, fondos y activos. No obstante, se presentan vicisitudes de tipo axiomático desde la norma jurídica, en aspectos como la naturaleza consensual de la prenda. Si bien se establece dicha característica en el Código de Comercio, se exige paralelamente por la Ley de Garantías Mobiliarias que la prenda sea registrada en el Registro destinado para dicho propósito.

Si bien la prenda cuenta con el reconocimiento de ser un contrato accesorio, su desarrollo legal y normativo en Colombia otorga garantías para su efectividad, operando con un mayor margen de favorabilidad sobre el deudor, como quiera que en el caso de la prenda sin tenencia el sujeto cuenta con la posibilidad de sacar provecho al bien gravado aún en existencia de la obligación financiera, de tal suerte que pueda surtir los gastos de pago del compromiso contractual suscrito. Dicho de otro modo, la regulación de la prenda sin tenencia en Colombia corresponde a una institución que favorece no solo al acreedor, sino también al deudor, evitando que la figura se convierta en un despropósito y que se encuentre este último desprovisto de los mecanismos necesarios para surtir el pago de la obligación.

Por último, es menester indicar que si bien existía una regulación que permaneció inmóvil desde hace más de 40 años, la misma ha dado un rumbo totalmente diferente, lo cual se permite apreciar a través de las características del contrato de prenda mercantil a la luz de la ley de garantías mobiliarias.

La expedición de este nuevo cuerpo normativo permitió a pequeños y medianos comerciantes acceder a sistemas de financiación y crédito, de una manera mucho más amigable para la economía de quienes comienzan a ejercer actividades comerciales. En palabras del Doctor Emilssen González: “*Esto sin*

contar que cuando la obligación era constituida a favor de varios acreedores el desplazamiento de la cosa impedía garantizar plenamente el cumplimiento de la obligación”. (González, 1991)

Referencias

Congreso de la República. (1887). *Ley 57*. Bogotá, Colombia: Legis.

Congreso de la República. (1971). *Decreto 410*. Bogotá: Legis.

Congreso de la República. (2013). *Ley 1676*. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de marzo de 1998, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Escobar, A. (2005). En el registro mercantil en Colombia. En A. Escobar, *Actos sujetos a inscripción en el registro mercantil* (págs. 285-286). MEDELLIN: Camara de Comercio de Medellin para Antioquia .

Ferrini, C. (1908). *Manuale di Pandette*. Milan.

González, E. (1991). *Manual de Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González-Umbarila, E. I.-R. (2015). La Prenda Sin Apoderamiento en Colombia: Regulación Comercial y Garantías Mobiliarias. En U. d. Norte, *Revista de Derecho No. 44* (págs. 82-110).

Sefarini, F. (1927). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid.

Superintendencia de Sociedades. (2000). *Concepto 220-18333*. Bogotá.

Pérez Vives, Álvaro. (1986) *Garantías civiles*. Editorial Temis, Bogotá.