

El Contrato de Prenda, su régimen civil y las modificaciones hechas por la Ley de Garantías
Mobiliarias

David Sánchez Moreno

Andrés Felipe Lozano Giraldo

Universidad Pontificia Bolivariana

Nota del autor

Estudiantes de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín.

Artículo construido como trabajo de grado para optar para el título de abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Dirigido por el docente: Néstor Raúl Londoño S.

Para más información acerca de este artículo escribir a los correos:

david-sanchezm@hotmail.com, andresflg91@gmail.com

Resumen

El Contrato de Prenda en materia civil encontraba su regulación en el Código Civil Colombiano, en donde se consagraba como un contrato de garantía real que recae sobre bienes muebles. Sin embargo, esta regulación sufrió un cambio radical con la expedición de la Ley 1676 de 2013 o Ley de Garantías Mobiliarias, ya que esta modificó todo el régimen existente en materia de Contrato de Prenda.

Las modificaciones no fueron indicadas expresamente por el legislador, por lo que este trabajo expone algunas de las más importantes realizadas por la Ley 1676 al régimen civil de la prenda, tales como la bilateralidad del mismo y las implicaciones que ello conlleva en cuanto a la condición resolutoria tácita, excepción de contrato no cumplido y graduación de la culpa. Asimismo, la autonomía y solemnidad que adquiere el contrato en este nuevo régimen, los bienes que son objeto de darse en prenda, la alteración del derecho de preferencia, además, el pago directo y ejecución especial de la garantía como nuevas formas de ejecución de la prenda a favor del acreedor prendario, sin embargo, deducir todos estos cambios a partir de la lectura de la Ley 1676 de 2013, no arroja un resultado absolutamente certero en la medida que la misma no estableció con claridad cuáles son las modificaciones y derogatorias que hace al régimen de Prenda del Código Civil, que sin lugar a dudas altera.

Palabras claves.

Prenda, Contrato de Prenda, Garantía mobiliaria, Ley 1676, Código Civil.

Introducción

El Contrato de Prenda es actualmente un contrato sí se quiere confuso en nuestra legislación, esto porque existen regulaciones diferentes para el mismo abarcados en el Código Civil, en el Código de Comercio y asimismo, en la Ley 1676 de 2013. Por ello, resulta altamente motivante tratar comprender cuales disposiciones normativas se encuentran vigentes y en consecuencia, cuales son las verdaderas disposiciones que regulan este contrato, especialmente en lo que tiene que ver con el régimen de la prenda civil que es modificado por la ley 1676 de 2013.

Para alcanzar esto, es estrictamente necesario que abordemos el régimen del Contrato de Prenda del Código Civil, estableciendo sus elementos y características más importantes para luego analizar los mismos pero a la luz de la Ley 1676 de 2013 y las modificaciones que esta misma implica para el primero.

Con esto se pretende brindar en una medida, una mejor comprensión de los derechos, obligaciones, así como de los demás elementos y características del régimen civil del Contrato de Prenda, el cual, no se encuentra consagrado en un solo cuerpo normativo, por lo que su labor interpretativa se torna mucho más compleja.

La importancia de este fenómeno en el contrato de prenda, es que el mismo es una figura propia del derecho privado de gran relevancia en el ámbito civil, especialmente entre aquellas personas que requieren acceso fácil al crédito, o visto desde el otro extremo de la relación, es también un instrumento de mucha utilidad para aquellas personas que requieren que los créditos a su favor estén protegidos por una garantía que se constituye sobre un bien que normalmente sea

de fácil circulación en el mercado, especialmente en el ámbito mercantil. Por ello, resulta verdaderamente importante tener claridad acerca de este contrato, ya que es una institución importantísima a la hora de facilitar el tráfico comercial de una manera ágil y segura desde el punto de jurídico.

Contrato de Prenda Civil

Concepto legal y doctrinal

Para obtener un concepto claro del Contrato de Prenda, no basta únicamente con acudir a las normas que tratan sobre el tema en el Código Civil, por la vaguedad de algunas de sus definiciones, sino que también hay que acudir a lo establecido por la doctrina y jurisprudencia.

El Contrato de Prenda se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el Libro Cuarto en el Título XXXVI, a entre los artículos 2409 y 2431.

El artículo 2409 define la prenda de la siguiente manera: *“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”* (Código Civil).

Si bien este artículo da una definición precaria del Contrato de Prenda, puesto que se limita a dar sus elementos básicos, sí permite, si se lee de manera sistemática con otros artículo del Código deducir que, en el ordenamiento civil se tiene una triple acepción de la palabra prenda: como contrato y como la cosa gravada, en la definición que trae el artículo 2409 y además si se lee de manera sistemática con el artículo 665 del Código, como derecho real.

Por lo anterior resulta pertinente acudir a los conceptos dados por la doctrina para lograr comprender de una manera más clara esta institución. El autor Álvaro Pérez Vives (1998) en su obra *Garantías Civiles* la define así:

Contrato del cual surge una garantía real accesoria 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 el producto de su venta se pague según el orden de preferencia establecido por la ley (p. 242).

Por su parte, el autor Alberto Tamayo Lombana (2004) en el libro *Las Principales Garantías Del Crédito* define la prenda como:

[U]n contrato por medio de cual un deudor o un tercero entrega al acreedor en tenencia y como garantía, una cosa mueble que él puede retener hasta el pago de la deuda y, en caso de incumplimiento, solicitar la subasta judicial del bien para el pago de su crédito (p. 257).

De estas definiciones se pueden vislumbrar varios elementos comunes: sus partes, que son el acreedor prendario y un deudor prendario que entrega un bien mueble para garantizar una obligación propia o ajena en algunos casos. La regla general es que quien celebra el Contrato de Prenda es el deudor de la obligación principal que se pretende garantizar, sin embargo, el Código Civil Consagra una excepción en su artículo 2413 al permitir que un tercero que le preste este servicio al deudor de la obligación principal celebre el contrato para garantizarla.

Si bien estas definiciones son claras al definir la prenda como contrato, se omite en ellas un aspecto muy importante y es decir que en virtud del contrato surge un derecho real; el derecho real de prenda. Como se encuentra consagrado en el artículo 665 del Código Civil, que es un derecho real accesorio de garantía y como derecho real que es, otorga a su titular las dos

prerrogativas propias de todo derecho real, las de persecución y preferencia. Estas facultades y su ejercicio serán objeto de estudio más adelante.

Principales Características

La Superintendencia de Sociedades en el Concepto 220-18333 de 2001, al enumerar las principales características del contrato de prenda como contrato dijo “*es nominado, real, accesorio, de tracto sucesivo, unilateral, y se repite, de garantía*”. A continuación, se explicará en qué consiste cada una de estas características:

Es un contrato nominado o típico, característica que se debe a que el Contrato de Prenda se encuentra regulado expresamente en el Código Civil. Es un contrato unilateral, y esto se debe a que en el momento en el que nace el contrato únicamente surgen obligaciones para la persona del acreedor. No obstante, cabe señalar que en el desarrollo del contrato por ciertas circunstancias pueden surgir obligaciones para el deudor. Tal es el caso del acreedor que se vea obligado a incurrir en gastos de conservación del bien que ha recibido como prenda, por lo que se convertiría en un contrato sinalagmático imperfecto, puesto que, si bien al momento de su perfeccionamiento era unilateral por circunstancias presentadas durante la ejecución del contrato, surgen obligaciones para las dos partes del contrato.

Asimismo, el contrato como un contrato de garantía otorga al acreedor una ventaja especial. En este sentido, el autor Ramiro Rengifo (1981) en el libro Contratos Comerciales manifiesta que dicha ventaja consiste en lograr que su acreencia no sea protegida únicamente por el patrimonio del deudor, sino que se afecta algo de manera específica al cumplimiento de esa acreencia (p.68). Cabe anotar que la garantía que surge del contrato es indivisible, como lo

establece el artículo 2430 del Código Civil. Esto significa que la garantía que surge es indivisible, lo que se traduce en que la garantía responde por el monto total de la acreencia, y esto tiene como consecuencia la imposibilidad del deudor de solicitar una cancelación parcial del gravamen si realiza una cancelación parcial sobre la obligación garantizada.

Señala el artículo 2410 del Código que el Contrato de Prenda es un contrato de garantía, ya que al tratarse de una garantía se requiere para la subsistencia de la prenda la existencia de una obligación principal a la cual accede. Lo anterior trae como consecuencia principal que la prenda queda sometida a que cualquier consecuencia que haya sobre la obligación principal será la misma para ésta.

Otra consecuencia importante de esta característica es que el régimen aplicable a la prenda lo determinará la naturaleza de la obligación principal, es decir que si la obligación principal es civil, el régimen aplicable a este contrato será el del Código Civil y si la obligación es mercantil, será el Código de Comercio.

El contrato de prenda en el régimen civil se perfecciona únicamente con la entrega de la cosa, o en este caso el bien que se entrega para garantizar la obligación principal, por ello se trata de un contrato real. Esto quiere decir que no hay contrato hasta que el deudor no entregue el bien mueble o prenda. Cualquier pacto escrito previo que se haga no pasará de ser una promesa siempre y cuando cumpla los requisitos que trae la ley para ésta.

El Contrato de Prenda es de tracto sucesivo ya que el cumplimiento de las obligaciones que surgen es prolongado en el tiempo. Una consecuencia importante de esta característica es

que este contrato no es susceptible de resolución sino de terminación, que es la figura propia para los contratos de esta naturaleza.

Por último, es de la esencia del Contrato de Prenda que las cosas que se entreguen sean muebles, tanto corporales como incorporales. Es posible también entregar en prenda también créditos que el deudor prendario tenga a su favor.

Efectos del Contrato de Prenda

Al mencionar los efectos del contrato se alude principalmente a los derechos y obligaciones que surgen para las partes luego de perfeccionado el contrato. A continuación, indicaremos los más relevantes:

Derechos del acreedor prendario

Al hablar de esto, se hace referencia a una serie de facultades y prerrogativas con las que cuenta el acreedor para hacer efectivo el crédito garantizado con la prenda. Estas facultades y prerrogativas se relacionan entre sí, puesto que unas hacen posible el ejercicio de las otras, por lo que se pasaran a exponer de esa manera:

El primer derecho que surge para el acreedor prendario una vez le sea entregada la cosa, es decir una vez se perfeccione el contrato, por tratarse la prenda civil de un contrato real, consiste en el derecho de conservación sobre el bien objeto del gravamen.

Para el autor Pérez Vives (1986) este derecho es el más importante de los derechos que surgen a favor de acreedor prendario: *“La conservación de la cosa por el acreedor, es la base del*

ejercicio de los demás derechos que dicho acreedor tiene. Al ser entregada la cosa prendada se constituye el gravamen y el acreedor adquiere el respaldo de la garantía” (p. 269).

Hay que aclarar que la entrega de la cosa no significa una tradición y como tal, quien entrega la cosa sigue siendo titular sobre el derecho de dominio del bien, por lo que el artículo 2429 permite al propietario del bien venderlo, siempre y cuando cumpla los requisitos que éste establece, siendo el principal que quien compre el bien gravado consigne a favor del acreedor la suma de la obligación principal.

En cuanto a la duración de este derecho el artículo 2421 del Código indica que el acreedor lo tiene hasta que el deudor haya cancelado el monto total de la deuda y también los gastos de conservación en los que pudo haber incurrido el acreedor.

Como ya se expuso, una de las características del Contrato de Prenda es que es de tracto sucesivo, por lo que es posible, que durante la ejecución del contrato por alguna circunstancia el acreedor prendario pierda la tenencia sobre el bien gravado, es decir que se le estaría despojando de su derecho de conservación. Es por esto, que el legislador le otorga al acreedor prendario la posibilidad de recuperar la tenencia o conservación del bien mediante el Derecho de Persecución, que en palabras de Alberto Tamayo Lombana (2004) *“permite al acreedor la tenencia de la cosa y en forma más general exigir la restitución del bien, sin importar en manos de quien se encuentre”* (p. 279). De tal manera, el acreedor prendario puede perseguir el bien independientemente de quien los tenga.

Esta posibilidad de perseguir el bien se debe a la naturaleza de derecho real que reviste a la prenda. Así lo establece Código Civil cuando el artículo 948 señala: *“Los otros derechos*

reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia. Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el libro 3o”.

Además de esta norma, el primer inciso del artículo 2418 también le otorga esta facultad al acreedor: *“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”* (Código Civil).

La conservación y posibilidad de perseguir el bien son mecanismos que facilitan al acreedor hacer efectivo el crédito a su favor en caso tal de que el deudor no cumpla con la obligación principal, esto mediante el Derecho de Venta, que encuentra su fundamento en el artículo 2422 del Código y consiste en la posibilidad que acompaña al acreedor prendario de pedir a la autoridad judicial que venda el bien entregado en prenda mediante pública subasta se venda y que, con el producto de la venta, le sea pagada su acreencia.

La vía para hacer efectivo este derecho se encuentra consagrada en la sección segunda del libro tercero del Código General del Proceso, donde se encuentran consagradas las normas relativas al proceso ejecutivo y de remate.

En este punto cabe resaltar que el ordenamiento jurídico civil en el artículo 2422 del Código prohíbe el pacto comisorio¹, pero consagra además de la subasta pública otras vías procesales para hacer efectiva la garantía con un efecto común al pacto comisorio consistente en que el acreedor prendario en caso de incumplimiento del deudor pasa a ser dueño de la cosa gravada.

¹ Para el autor Tamayo Lombana (2004) el pacto comisorio consiste en una cláusula agregada al contrato de prenda para permitir al acreedor prendario disponer de la cosa dada en prenda si el deudor no paga la obligación principal (p. 255).

Una es la posibilidad que asiste al acreedor prendario de solicitar la realización especial de la garantía, consagrada en el artículo 467 del Código General del Proceso, consistente en la posibilidad de pedir al juez que el bien le sea adjudicado cumpliendo con los requisitos allí establecidos.

La otra vía para hacer efectiva esta garantía la consagra el artículo 2425 del Código Civil: *“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”* (Código Civil).

Hay que notar que, si bien estas vías pueden ser más expeditas que la subasta, todas tienen en común que hay que acudir al juez para que las haga efectivas, ya que no el acreedor prendario, bajo la luz de la regulación civil hacer efectivo el pago de su acreencia quedándose directamente con el bien. En este sentido la Corte Suprema de Justicia (2005) expresó:

Es asunto pacífico que el acreedor prendario no puede disponer de la cosa prendada, como también que le está vedado apropiársela por medios distintos de los autorizados por la ley. Se trata de dos reglas consignadas –de antaño– en el Código Civil (Sentencia de 29 de julio de 2005).

Puede suceder que, en el remate de estos bienes, aparezcan otros acreedores del dueño del bien objeto de la prenda y por lo tanto hacer insuficiente el producto de la venta para cubrir el crédito a favor del acreedor prendario. Es por esto que también se le otorga al acreedor el Derecho de Preferencia, que como lo indica Pérez Vives (1986), más que un derecho se está frente a un privilegio y se encuentra consagrado en los artículos 2593, 2594 y 2497 del Código.

Al indicar en el artículo 2594 que las causas de la preferencia son únicamente el privilegio y la hipoteca y posteriormente establecer en el artículo 2594 que gozan del privilegio los créditos de segunda clase, dentro de los cuales se encuentra el crédito del acreedor prendario según el numeral 3 del artículo 2497. Este privilegio según el autor previamente referido, se manifiesta principalmente en el momento de hacerse pagar con el producto de la subasta al acreedor prendario se le pague antes que a las personas con créditos de una categoría inferior. Imperamos que este derecho cobra especial importancia cuando el deudor tiene varias obligaciones a su cargo y el producto de la venta no es suficiente para cubrir el pago de todas las acreencias.

La preferencia que otorga la prenda se ve limitada si en el proceso previamente referido hay créditos de mejor categoría, es decir los créditos de primera clase contenido en el artículo 2495 y además los créditos a los créditos de alimentos a favor de los niños, a los cuales la Corte Constitucional en la Sentencia C-092 de 2002 les da una prelación absoluta frente a los demás créditos de primera clase.

Cabe aclarar que, no en todos los casos, el contrato de prenda deba terminar necesariamente en el escenario de un proceso ejecutivo y posterior subasta pública del bien, puesto que es posible que el deudor voluntariamente realice el pago de la obligación. Sin embargo, es también posible que durante la ejecución del contrato surjan nuevas obligaciones a favor del acreedor prendario y es por eso que el legislador le otorgó a éste también el Derecho de Retención, el cual tiene dos manifestaciones en materia del Contrato de Prenda: una es, como ya se indicó previamente, la facultad del acreedor prendario de retener el bien hasta el deudor no cancele también los gastos de conservación en los que tuvo que incurrir el acreedor.

La otra manifestación de este derecho es lo que la doctrina conoce como la prenda tácita que consiste en la posibilidad del acreedor de retener la cosa prendada así ya se haya cancelado la obligación principal si tiene contra el mismo deudor otros créditos, eso sí siempre y cuando dichos créditos cumplan con los requisitos del artículo 2426 del Código Civil:

“...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”.

Es importante resaltar lo que dice Pérez Vives (1986) sobre este tema en el sentido que si el deudor ya ha cancelado la obligación que dio origen al contrato de prenda, el acreedor goza este derecho de retención o prenda tácita pero no goza de los demás derechos y privilegios que ya se vieron (p. 284)

Obligaciones del acreedor

Consiste en una serie de deberes y cargas que tiene el acreedor respecto del bien objeto del gravamen, el cual estará en custodia del acreedor durante la vigencia del contrato. Estas cargas y obligaciones encuentran su fundamento principal en que en virtud de la prenda el acreedor prendario no adquiere la propiedad del bien y por lo tanto no puede hacer lo que quiera con el bien mientras esté en custodia del bien.

En primer lugar, el acreedor prendario tiene la obligación de guarda y conservación del bien, la cual según el autor José Alejandro Bonivento (2008) consiste en el deber del acreedor de

guardar el bien gravado y que este no sufra desgaste ni se deteriore por culpa suya, en cuyo caso deberá responder.

El nivel de diligencia y cuidado que se le exige al acreedor prendario está contenido en el artículo 2419 del Código, el cual indica que el acreedor prendario deberá guardar y conservar la cosa como un buen padre de familia, es decir que responderá por la culpa leve. El acreedor tiene otra forma de exonerarse en caso de generarse algún perjuicio y es demostrando la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito según lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 1604 del Código, esto siempre y cuando no se halle en mora de restituir la cosa.

Esta carga previamente expuesta, impone únicamente el deber de que la cosa no se desgaste y por lo tanto si sólo existiera esta obligación, el acreedor prendario podría utilizar el bien siempre y cuando el bien no se destruyera ni sufriera desgaste alguno. Sin embargo, para evitar este tipo de situaciones el legislador también le impuso al acreedor el deber de no usar la prenda, que hace que el acreedor no pueda servirse de la cosa. El artículo 2420 trae de manera expresa esta prohibición, indicando que el acreedor prendario tiene las mismas obligaciones que un depositario, al cual el artículo 2245 le prohíbe el uso de la cosa. El ordenamiento jurídico, según Pérez Vives (1986) civil trae dos excepciones importantes a esta prohibición: si el acreedor prendario obtiene autorización por parte del propietario del bien gravado, lo podrá hacer y también podrá servirse de la cosa el acreedor si el bien dado en prenda produce frutos, tal y como lo indica el artículo 2428 al permitir que los frutos sean imputados al pago de la deuda.

Además de las situaciones anteriores, el legislador reconoció que era posible que se presentaran otras circunstancias no previstas expresamente en la norma que pusieran en riesgo el derecho del propietario del bien por parte del acreedor, por lo que para evitar esta situación se le

impuso a este último la obligación de no abusar de la prenda, de la cual el Código Civil dice poco al respecto ya que sólo hace referencia a ella en el inciso final del artículo 2421 al indicar que, si el acreedor prendario abusa de la prenda, el propietario del bien pignorado podrá pedir su restitución. Debido a esta falta de claridad en la norma se hace necesario acudir al concepto doctrinal dado por Pérez Vives (1986):

Abusa el acreedor, no solo cuando quebranta las normas legales que regulan su tenencia o incumple en cualquier forma sus obligaciones, sino cuando quiere utilizar su derecho contrariamente a su finalidad y espíritu, con la mera intención de perjudicar a su deudor (p. 291).

De esta definición se concluye que abusa de la prenda tanto el acreedor que incumple con sus obligaciones legales y convencionales, como el que ejerce sus derechos con una finalidad distinta a la establecida en la ley. En caso de que se demuestre abuso de la prenda por parte del acreedor, el inciso final del artículo 2421 faculta al propietario del bien gravado para pedir la restitución del bien y el acreedor prendario perderá su garantía.

Todas estas cargas y obligaciones a cargo del acreedor tienen un límite temporal, ya que la regla general es que estas cargas van hasta el momento en que el deudor cancele la obligación y demás conceptos. Una vez se presente esto, surgirá para el acreedor una nueva obligación consistente en restituir la cosa objeto del gravamen. La restitución consiste en la obligación del acreedor de devolver la cosa una vez se cumplan los supuestos previstos en la norma. Esta obligación puede surgir de varias maneras, pero la principal está consagrada en el artículo 2421, el cual indica que una vez la obligación garantizada se haya pagado en su totalidad, se deberá realizar la restitución del bien. Esto siempre y cuando durante la ejecución del contrato no haya

surgido para el acreedor un derecho de retención como se vio en el punto en el cual se desarrollaba el tema, puesto que en este caso para poder solicitar la restitución el deudor deberá cancelar también estas acreencias que surgieron durante la ejecución del contrato.

Esta obligación no surge únicamente en el supuesto previsto en el artículo 2421 el cual es el pago de la obligación principal, ya que hay otros medios para la extinción de las obligaciones distintos al pago, y en vista de que el contrato de prenda es de naturaleza accesoria, si la obligación principal se extingue por cualquiera de estos medios, la misma suerte correrá la garantía, y por tanto, deberá el acreedor restituir la cosa dada en prenda.

Derechos del deudor

A diferencia del acreedor, el deudor no cuenta con tantas prerrogativas y el ordenamiento le otorga básicamente el Derecho de Restitución. Este derecho es el correlativo a la obligación de restitución que tiene el acreedor prendario y por lo tanto surgirá este derecho en los mismos casos en los que surja la obligación para el acreedor, como ya lo expusimos previamente. En vista de que lo que persigue el deudor es recuperar la posesión de un bien de su propiedad, el Código Civil le otorga a éste en el artículo 946 la llamada acción de dominio para que recupere la posesión.

La vía procesal para ejercer este derecho es la del proceso de restitución de inmueble arrendado regulado en el artículo 384 del C.G.P., ya que el artículo 385 de la misma norma que esta es la vía procesal si lo que se persigue es recuperar la tenencia del bien: *“Lo dispuesto en el artículo precedente se aplicará a la restitución de bienes subarrendados, a la de muebles dados*

en arrendamiento y a la de cualquier clase de bienes dados en tenencia a título distinto de arrendamiento” (Ley 1564 de 2012).

Obligaciones del deudor

Al tratar las principales características del Contrato de Prenda se señaló que es un contrato unilateral, ya que al momento de su perfeccionamiento sólo surgían obligaciones para acreedor prendario, pero que podía volverse sinalagmático imperfecto ya que durante la ejecución del contrato pueden surgir obligaciones para el deudor. Estas obligaciones según Pérez Vives (1986) se dan principalmente en los casos que el acreedor deba incurrir en gastos de conservación o que la tenencia del bien le cause algún perjuicio.

Extinción de la Prenda

El artículo 2431 regula expresamente tres casos en los cuales se extingue la garantía prendaria: a) Destrucción completa de la cosa, n) cuando el acreedor prendario adquiere la cosa y c) cuando se pierde el dominio sobre la cosa por el cumplimiento de una condición resolutoria. Sin embargo, la doctrina ha dicho que este artículo se queda cortó puesto que hay otros casos además de los previamente expresados: El autor Alberto Tamayo Lombana (2004) manifiesta que además de los casos previstos en el artículo 2431 también se extingue si la obligación a la cual accede se extingue por cualquier medio en virtud de la accesoriedad de la prenda. Cabe una crítica a la postura de este autor puesto que, a nuestro parecer, y como ya se expuso, en los casos en los que el acreedor incumpla alguna de las obligaciones a su cargo, también habrá lugar a la extinción de la Prenda.

Modificaciones realizadas por la Ley 1676 al Contrato de Prenda

Una vez realizado el estudio del esquema y regulación que había vigente en el Código Civil antes de la expedición de la Ley 1676, pasaremos a exponer las modificaciones más importantes hechas por ésta. Para hacer esto, la metodología que usaremos será aproximarnos de la misma manera que lo hicimos con el régimen del Código Civil, pero señalando únicamente los puntos en los que se realizaron modificaciones relevantes respecto a la norma Civil. Considerando que la Ley 1676 consagra tanto la garantía con tenencia como sin ésta, cabe aclarar que respecto a la nueva ley sólo se estudiarán las normas aplicables a la prenda con tenencia, que es la que regula de manera exclusiva el Código Civil.

La Ley 1676 de 2013 no derogó totalmente la regulación existente en materia del Contrato de Prenda contenida en el Código Civil. Si bien en virtud de dicha ley la prenda pasó a ser una especie del género “Garantía Mobiliaria”, según su artículo tercero, en dicho Código aún se encuentra vigente la estructura básica del Contrato de Prenda y otros aspectos fundamentales

Características

Del régimen civil, en el cual, el Contrato de Prenda al ser Real era a su vez unilateral, cambia a ser bilateral en virtud de la Ley 1676, ya que surgen obligaciones para ambas partes, pero esto no es algo nuevo, en la medida que el la prenda con tenencia del régimen comercial también se contempla como un contrato bilateral ya que según el artículo 1204 del Código de Comercio “*El contrato de prenda con tenencia se perfeccionará por el acuerdo de las partes...*”, e incluso, la prenda sin tenencia ya era bilateral y solemne en el régimen comercial, esto porque

el artículo 1208 del Código de Comercio indica que en este caso requiere que sea constituida mediante documento privado.

Como resultado de esta bilateralidad, el contrato de prenda ya tiene una serie de consecuencias con las que no contaba en materia civil, así: condición resolutoria tácita, excepción de contrato no cumplido, graduación de la culpa.

Consecuencias de la bilateralidad del contrato de prenda consagrado en la Ley 1676.

La condición resolutoria tácita, como la previsión legal de incumplimiento hecha por el legislador, va envuelta en todos los contratos bilaterales, es decir, aquellos contratos en los que surgen obligaciones para las dos partes como es el caso de la prenda.

En virtud de ello, a la luz de los artículos 870 y 1546 del Código Civil, sí alguna de las dos partes del contrato de prenda incumple con alguna de las obligaciones que surgen para ellos, sí bien no opera la resolución en estricto sentido por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, si puede ocurrir el fenómeno de la terminación o ejecución forzosa con indemnización de perjuicios compensatorios o moratorios respectivamente, ello a elección de la parte a la que han incumplido.

La excepción de contrato no cumplido contemplada en el artículo 1609 del Código civil es otra previsión del legislador en virtud de la cual, frente a la contraparte que incumple, no hay obligación de cumplirle las obligaciones que tienen causa en las obligaciones del otro, es decir, aquellas derivadas del contrato de prenda.

La graduación de la culpa, no es una consecuencia que se predica únicamente de los contratos bilaterales, sino que su graduación si depende de la utilidad que perciban las partes en

el contrato, lo cual tiene que ver directamente con las obligaciones que asumen las partes en beneficio de la otra.

Así las cosas, en el contrato de prenda por ser ahora un contrato bilateral, las partes responden hasta por la culpa leve, la cual implica también la grave. Consecuencia de ello que a la luz de los artículos 63 y 1604 del Código Civil las partes del contrato deben observar una diligencia media u ordinaria, la cual sobrepasa la diligencia que debe observarse en la culpa grave, pero por la cual también son responsables en el contrato.

Autonomía y solemnidad de la prenda a la luz de la Ley 1676

Asimismo, como anotamos con anterioridad, el contrato de prenda tanto en materia civil como mercantil es un contrato de carácter accesorio, es decir, de tal manera que tenía por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación accesorio sin la cual, no puede subsistir. Pero ello cambió con la regulación de la Ley 1676, debido a que por disposición expresa de esta, el contrato de prenda se convierte en un contrato principal, y en virtud de ello, adquiere una independencia que no se puede predicar de un contrato accesorio que se encuentra atado al contrato principal que garantiza.

“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 (...)”.

Cabe anotar que de la lectura de la ley también es posible apreciar que el legislador no abandona completamente la accesoriedad de la prenda, puesto que en varias partes de la ley se reconoce que si se ha extinguido la obligación principal, igual suerte deberá correr la garantía mobiliaria. Tal es el caso del literal b del numeral segundo del artículo 61 de la ley, en el cual se reconoce la extinción de la obligación como una excepción a la ejecución de la garantía.

Además, como lo habíamos visto en el régimen previo a la expedición de la Ley 1676, el Contrato de Prenda era real, es decir que sólo surgían efectos una vez se realizara la entrega de la cosa. Después de la entrada en vigencia de esta norma, en virtud de lo establecido por su artículo 14, el contrato de prenda, pasó a ser solemne, ya que se exige que este sea celebrado por escrito y que tenga un contenido mínimo como los nombres de las partes, el monto garantizado y la descripción tanto de las obligaciones garantizadas como de los bienes que serán gravados:

De la lectura del artículo 14 se concluye que la solemnidad consiste en que el contrato esté contenido en cualquier medio escrito, no necesariamente escritura pública y que además dicho escrito tenga al menos los elementos enunciados en el párrafo anterior. El autor Andrés Bonilla (2014) considera que por la amplitud de la expresión “por escrito” también podrá considerarse perfeccionado el contrato mediante mensajes electrónicos en los cuales conste la manifestación de la voluntad de los contratantes.

Bienes objeto del gravamen

La Ley 1676 amplió el espectro de bienes susceptibles de ser gravados, puesto que el Código Civil establecía únicamente el gravamen sobre bienes muebles. Los artículos 5 y 6 de la Ley traen de manera enunciativa algunos bienes que bajo esta regulación pueden ser objeto de este gravamen, dentro de los cuales ya hay bienes que antes no contemplaba el Código:

Por un lado, el artículo 5 permitió que además de bienes muebles, también se pudieran afectar algunos tipos de bienes inmuebles. Estos son los inmuebles por adhesión y por destinación siempre y cuando al separarse del bien al cual se encuentran adheridos o destinados no se presente un detrimento. Esto es algo en que el Código Civil no establecía nada al respecto en materia del Contrato de Prenda.

Otro aspecto importante es que el artículo 6 permitió constituir este gravamen sobre bienes futuros del garante, es decir sobre bienes que el deudor no ha adquirido pero que lo hará con posterioridad a la celebración del contrato y en caso de no hacerlo, “el contrato no tendría eficacia. Sobre este punto el autor Andrés Bonilla (2014) ha dicho: *“Al igual que con la venta de cosa ajena, la ley admite la posibilidad de constituir una garantía sobre bienes que aún no son propiedad del garante. Naturalmente la eficacia de la garantía está condicionada a la adquisición del bien”* (Bonilla, 2014, p.42)

Efectos del Contrato de Prenda civil a la luz de la Ley 1676

Frente al régimen anterior surge un nuevo derecho consistente en entrega de la cosa, que surge como consecuencia de que el Contrato haya pasado a ser solemne, ya que el contrato se entiende perfeccionado una vez se haya otorgado el documento escrito en los términos establecidos por la ley, a diferencia del régimen anterior en el cual el contrato sólo se entendía

perfeccionado una vez el deudor realizara la entrega de la cosa. Por lo que una vez se otorgue el documento escrito, el acreedor estará facultado a exigir del deudor la entrega de la cosa.

Sin embargo, bajo el nuevo régimen si bien la entrega no perfecciona el contrato, sigue teniendo fundamental importancia puesto que, si se pacta que la prenda es con tenencia del acreedor, el contrato será únicamente oponible a terceros desde el momento en que el bien sea entregado al acreedor. Así lo expresa el artículo 21 de la ley:

“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” (Ley 1676 de 2013, Artículo 21).

Asimismo, aparece el Derecho de Venta, el cual es uno de los derechos que más cambios sufrió con la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, puesto que como habíamos visto en el régimen anterior, para hacer efectivo el pago de la obligación garantizada mediante la venta del bien gravado era necesario en todos los supuestos acudir a la autoridad judicial y además el artículo 2422 prohibía el pacto comisorio. Esta restricción bajo el nuevo régimen se entiende suprimida tácitamente, puesto que la nueva ley trae dos nuevos mecanismos alternativos para hacer efectiva la garantía en las cuales no se requiere la autorización judicial para hacerse efectivas. Estos nuevos mecanismos para hacer efectiva la garantía son:

Además, encontramos una institución que supone un cambio radical al esquema que había para hacer efectivo el crédito a favor del acreedor, este consiste en el pago directo, el cual permite que el acreedor se quede con el bien directamente sin que sea necesario acudir a ningún tercero para ello. Este mecanismo se encuentra regulado en el artículo 60 de la Ley 1676:

Este artículo indica que al tratarse de prenda con tenencia, no se requiere pronunciamiento de las partes para permitir este mecanismo, puesto que la parte final del primer inciso indica que si el acreedor está en tenencia de la cosa, se entiende que procederá el pago directo. Además, es fundamental que se realice un avalúo del bien en los términos del parágrafo tercero (reglamentado por el Decreto 1835 de 2015) del artículo ya que es con base a este valor que se podrá determinar si es necesario que el acreedor consigne a favor del deudor un excedente para poder quedarse con el bien en caso de que el avalúo sea superior al monto de la obligación garantizada, tal y como lo indica el parágrafo primero del artículo o si por el contrario no es suficiente, caso en el cual deberá perseguir el pago de esta acreencia por otros medios.

Ejecución especial de la Garantía

El autor Andrés Bonilla (2014) la define de la siguiente manera:

Posibilidad que tienen las partes de acordar las reglas a seguir en la ejecución de la garantía, sin embargo de lo cual la ley contiene un procedimiento supletivo. Esta posibilidad resulta novedosa y por demás útil en la medida que permite a las partes acordar verdaderas reglas de procedimiento a seguir para la ejecución de la garantía (p. 42).

Este procedimiento, como lo indica el autor, permite que sean las partes las que creen el procedimiento para hacer efectiva la garantía. Al igual que sucede con el pago directo, si el acreedor es quien está en tenencia del bien en virtud del contrato, no será necesario un pacto expreso en este sentido, ya que el numeral segundo del artículo 62 así lo indica, pero en caso de que en el contrato las partes no hayan indicado nada al respecto, se seguirá el procedimiento supletivo que trae la ley, tal y como lo indica el artículo 63 de la misma ley en su parte final. Este procedimiento supletivo se encuentra contenido entre los artículos 65 al 77.

En cuanto a quienes pueden llevar a cabo este procedimiento especial, la ley indica en su artículo 64 que lo podrán hacer las cámaras de comercio y las notarías. Cabe aclarar que si bien estos organismos pueden llevar a cabo este trámite de ejecución especial, éstas no ejercen poderes jurisdiccionales ni administrativos y así lo establece el Decreto 1835 en sus consideraciones iniciales.

En este caso, los artículos 48, 49, 53, 54 y 55 de la Ley 1676 establecen unos privilegios diferentes a los consagrados por el Código Civil, estableciendo unas reglas y criterios especiales de prelación.

Así las cosas, establece varias hipótesis para la prelación de garantías constituidas sobre el mismo bien, indicando en primer lugar que, la prelación de una garantía mobiliaria sin tenencia y todo lo que de ella se deriva, se determina por el momento de inscripción en el registro, en segundo lugar, expresa que una garantía mobiliaria que es oponible por su inscripción, tiene prelación sobre otra garantía que no se hubiese inscrito, y la prelación entre esas garantías que no se han inscrito se determina por la fecha en que se celebró el contrato de garantía. En tercer lugar, habla de garantías cuya oponibilidad frente a terceros de acuerdo a la

misma ley se da por la tenencia del bien o control de la cuenta de depósito bancario, donde la prelación se determina por el orden en el tiempo de su oponibilidad a esos terceros. Asimismo, la ley prevé la solución a un conflicto por preexistencia de una garantía mobiliaria oponible a terceros por su inscripción en el registro y aquella oponible a terceros por cualquier otra forma consagrada en esta ley, donde la prelación se fija a partir del orden temporal de su inscripción o la fecha de oponibilidad a terceros en caso que el mismo sea anterior a la inscripción.

No obstante, la ley cuando habla de aquellas garantías mobiliarias que fueron constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley, dice que la prelación contra otros acreedores garantizados con garantías en vigencia de la misma, se determina por la fecha de inscripción u orden en el tiempo de su oponibilidad a terceros, ya sea por la tenencia del bien en garantía por parte del acreedor o por el control, segunda situación que se presenta en el contrato de control descrito en la ley y se materializa automáticamente al momento de la constitución de la garantía cuando la institución depositaria es el acreedor garantizado o cuando la misma ha suscrito un contrato de control con el garante y el acreedor garantizado. Sin embargo, esas garantías no registradas constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley, pueden inscribirse en el registro para establecer su prelación temporal, en estos términos, pareciera imponer una carga para aquellos acreedores garantizados con una garantía mobiliaria sin tenencia, porque sobre esta no hay una oponibilidad dada por la custodia personal del bien o su control, que es un término ambiguo difícil de descifrar.

Sumado a ello, la ley establece una de protección especial para aquellos compradores o adquirentes que en el giro ordinario de sus negocios obtengan bienes mobiliarios, ya que los mismos los recibirán sin ningún gravamen mobiliario sobre ellos, pero sí se tratan de bienes

muebles por fuera del giro ordinario de sus negocios, se requiere autorización del acreedor garantizado al garante para que efectúe esa enajenación so pena que el adquirente los reciba con ese gravamen.

Adicional a ello, el legislador estableció una garantía especial llamada “Garantía Mobiliaria Prioritaria de Adquisición” la cual tiene unas características especiales así: se predica sobre bienes muebles específicos adquiridos siempre que el acreedor haga una inscripción de un formulario que haga referencia a esa garantía y los bienes gravados, donde se indica que siempre que la misma se constituya y sea oponible según las reglas de la Ley 1676, la misma tendrá prelación sobre cualquier garantía mobiliaria, incluso sobre aquella que hubiese sido registrada con anterioridad, siempre y cuando se traten de bienes muebles del mismo tipo, ello sin importar que la oponibilidad de esta garantía especial sea posterior a la garantía anterior, no obstante, sí la garantía recae sobre bienes inventariados, el acreedor garantizado debe notificar a los acreedores anteriores a él para efectos de oponibilidad.

Así mismo, la Ley 1676 establece unas reglas adicionales para la prelación de las garantías mobiliarias, estableciendo de manera genérica que la prelación de estas garantías se determina por el momento de la inscripción en el registro, la prelación sobre depósitos en cuentas bancarias se tiene desde que hay control de la misma, la garantía se hace extensiva a los demás bienes incluidos en el formulario de registro y además, a unos bienes denominados atribuibles de la ley, sin importar que hubiesen sido adquiridos con posterioridad o anterioridad al otorgamiento por parte del garante y por último, indica que la prelación de la garantía mobiliaria constituida sobre un inmueble por adhesión o destinación y las garantías sobre el bien inmueble

al que están incorporados, se da por el momento de inscripción en el registro de garantías mobiliarias o registro de instrumentos públicos según el caso.

Por último, es importante resaltar que el artículo 52 de la ley, precisa que un acreedor garantizado o beneficiario de una garantía inscrita en el registro respectivo de acuerdo a la ley de propiedad del deudor en liquidación judicial, pueden excluirse de la masa de la liquidación; para lo cual, establece a su vez unas reglas para la distribución del pago así: cuando el valor del bien dado en garantía es igual o inferior a la obligación garantizada, el juez puede adjudicarlo directamente al acreedor garantizado; cuando el valor del bien es superior al de la obligación garantizada, lo obtenido por su enajenación se adjudicará primero al acreedor garantizado y el remanente se distribuirá entre los demás acreedores de acuerdo a su prelación, no obstante lo cual, el acreedor garantizado puede optar por quedarse con el bien y pagar el saldo a la liquidación.

Criticas al sistema de la Ley 1676

La Ley 1676 no fue clara al momento de hacer los cambios y derogatorias a la regulación que había vigente en materia del Contrato de Prenda, lo que hace más difícil la labor interpretativa del operador jurídico a la hora de determinar el normatividad aplicable.

Además la Ley 1676 guarda silencio en varios aspectos en los cuales el Código Civil sí tiene regulación expresa. Tal es el caso de la terminación del contrato ya que la ley nueva sólo hace referencia a la cancelación del registro en parte de su articulado por lo que se hace preciso acudir a la regulación del Código Civil para determinar las causales que dan lugar a la terminación.

Asimismo, la modificación introducida por la Ley 1676 en materia de prelación de créditos dentro de los procesos liquidatorios puede, a nuestro parecer ir en contra de preceptos normativos legales y constitucionales, así como también jurisprudencia constitucional sobre el tema, puesto que pone al acreedor garantizado en ventaja frente a los derechos de los niños y de acreedores laborales y protegiendo únicamente en la parte final del artículo 52 los derechos pensionales.

Está por verse si en un futuro la Corte Constitucional tenga un pronunciamiento de fondo sobre este tema para establecer si esta cumple o no con los preceptos y jurisprudencia constitucional sobre el tema, puesto que en la Sentencia C 447 del año 2015, esta corporación se inhibió de pronunciarse de fondo sobre el tema por ineptitud sustantiva de la demanda, por lo que habrá que esperar nuevos cargos de inconstitucionalidad contra esta norma para que la Corte se pronuncie de fondo al respecto.

Para terminar, otra crítica que se le puede hacer el nuevo régimen es también el hecho de que el legislador haya determinado por vía de definición legal que la prenda y en general cualquier garantía mobiliaria dejarían de ser de naturaleza accesoria para volver cualquier contrato de garantía principal puesto que la garantía es algo que desde su misma definición idiomática, específicamente la tercera definición encontrada en el Diccionario de la Lengua Española (2014) se define la garantía como “*Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad*”, es decir que para que exista una garantía se presupone la existencia de un elemento previo al cual protege o asegura.

Conclusiones

La Ley 1676 de 2013 no derogó totalmente la regulación existente en materia del Contrato de Prenda contenida en el Código Civil. Si bien en virtud de dicha ley la prenda pasó a ser una especie del género “Garantía Mobiliaria”. Lo anterior hace preciso un estudio sistemático de la legislación colombiana para determinar con precisión el régimen aplicable a este contrato.

Del estudio realizado también es posible inferir que se reforzó de manera considerable la protección al acreedor garantizado, puesto que tal como se trató en este trabajo, en el escenario de un proceso liquidatorio, únicamente se encuentran por encima de los derechos del acreedor garantizado, los derechos pensionales que puedan existir al momento de dicho proceso.

Por último, es posible concluir también que si bien la Ley 1676 intentó apartarse del esquema clásico de accesoriedad de las garantías, no lo hizo completamente, puesto que como ya se vio anteriormente, la ley en ocasiones reconoce que la garantía debe seguir la suerte de la obligación principal garantizada.

REFERENCIAS

- Bonilla Sanabria, F. A. (2014). *El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias*. Recuperado de <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf>
- Código Civil. (1887). *Ley 57 de 1887*. Diario Oficial No. 7.019, Colombia, 20 de abril de 1887.
- Código Civil. (2013). *Ley 1676 de 2013*. Diario Oficial 48888, Colombia, 20 de agosto de 2013.
- Código de Comercio Colombiano. *Decreto 410 de 1971*. Colombia, 27 de marzo de 1971.
- Código General del Proceso. (2012). *Ley 1564 de 2012*. Diario Oficial 48489, Colombia, 12 de julio de 2012.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C 092 de 2002*. Bogotá, 13 de febrero de 2002.
- Corte Constitucional. (2015). *Sentencia C 447 de 2015*. Bogotá, 15 de julio de 2015.
- Corte Suprema de Justicia. (2005). Bogotá: Sentencia del 29 de julio de 2005.
- Decreto 1835 de 2015*. Colombia, 16 de septiembre de 2015.
- Bonivento, J. A. (2008). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Pérez Vives. A. (1986). *Garantías Civiles*. Bogotá: Editorial Temis.

Real Academia de la Española RAE. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (23ª ed). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=IsE8t8h>

Rengifo, R. (1981). *Contratos Comerciales* (Volumen II). Bogotá: Colección Pequeño Foro.

Superintendencia de Sociedades. (2001). *Concepto 220-18333 del 30 de mayo de 2001*.

Tamayo Lombana. A. (2004). *Las principales garantías del crédito*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.