

Las garantías mobiliarias y la promoción del crédito¹

Furniture guarantees and promotion of credit

Les garanties mobiliers et promotion de crédit

As garantias mobiliárias e a promoção do crédito

Alfredo Sánchez Belalcázar*
orcid.org/0000-0003-0210-1393

¹ Artículo de reflexión presentado para la asignatura Derecho de la Propiedad de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario, noviembre de 2017, producto de la investigación dirigida por el profesor Francisco Ternera como trabajo de grado para optar por el título de magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario.

* Alfredo Sánchez Belalcázar abogado de la Universidad del Rosario, especializado en Derecho Financiero de la misma universidad. Ha estado vinculado con el sector financiero por más de 20 años, donde ha sido Vicepresidente Jurídico y Secretario General del Banco Santander Colombia S.A. Es profesor de contratos bancarios en la Universidad del Rosario y en especializaciones de derecho en la Universidad del Rosario y Javeriana. Fue Director (E) de la Especialización en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario. Cursó la Maestría en Derecho, con énfasis en Derecho Privado en la Universidad del Rosario. Es actual miembro de la Junta Directiva de Banco Santander de Negocios Colombia S.A. y de otras sociedades.

Cómo citar este artículo:

Sánchez, A. (2018). Las garantías mobiliarias y la promoción del crédito. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 48 (128), pp. 219-244.

Recibido: 23 de enero de 2018.

Aprobado: 6 de marzo de 2018.

Resumen

El presente artículo analiza la forma cómo la ley de garantías mobiliarias ha contribuido a promover el acceso al crédito y a dinamizar su otorgamiento por parte de las instituciones financieras. A partir del estudio de algunas de las nuevas figuras jurídicas consagradas en la ley, se examinará la eventual afectación a los institutos de los derechos reales y la afectación en la seguridad jurídica de los acreedores. De igual forma, se revisa la manera cómo la ley consagró las figuras de la apropiación y aprehensión del bien como parte de los mecanismos para que el acreedor se haga a la propiedad del bien dado en garantía, figura ahora permitida por la derogación expresa del pacto pignoraticio.

Palabras clave

Garantías mobiliarias, apropiación, aprehensión, derechos reales: título y modo, garantías reales, pacto pignoraticio, promoción del crédito.

Abstract

The present article analyzes the form as the law of movable guarantees has helped to promote the access to the credit, and to invigorate its granting on the part of the financial institutions. From the study of some of the new juridical figures dedicated in the law, the possible affectation will be examined to the institutes of the real rights, and the affectation in the juridical safety of the creditors. In the same way, will check the way how the law dedicated the figures of the appropriation and apprehension of the good like part of the mechanisms so that the creditor is done to the property of the good happened in guarantee, it appears now allowed by the express abolition of the agreement pignoraticio.

Key words

Furniture guarantees, appropriation, apprehension, real rights: title and mode, real guarantees, credit promotion.

Résumé

Cet article analyse la forme Comment le loi de garanties mobiliers a contribué promouvoir l'accès à crédit et dynamiser sa octroi de part de les institutions financières. à partir de l'étude de quelques nouveaux figures juridiques dans le loi, s'examinera l'éventuel affectation à les institutes des droits réels et l'affectation dans la sécurité juridique des créanciers. Même, se vérifie le manière comment le loi a contenu les figures de appropriation et appréhension du bien comme pièce des mécanismes avec l'objectif que l'acréancier obtiens le propriété du bien en garantie, figure maintenant permettrait pour dérogation exprime de l'acte gage.

Mots clés

Garanties mobiliers, appropriation, appréhension, droits réels : titre et mode, garanties réels, pacte gage, promotion du crédit.

Resumo

O presente artigo vai analisar a forma como a lei de garantias mobiliárias tem contribuído a promover o acesso ao crédito e a dinamizar seu outorgamento por parte das instituições financeiras. A partir do estudo de algumas das novas figuras jurídicas consagradas na lei, ademais será examinada a eventual afectação aos institutos dos direitos reais e afectação na segurança jurídica dos credores.

Igualmente, será verificada a maneira como a lei consagrou as figuras da apropriação e apreensão do bem como parte dos mecanismos para que o credo se faça à propriedade do bem dado em garantia, figura agora permitida pela derrogação expressa do pacto pignoratício.

Palavras-chave

Garantias móveis, apropriação, apreensão, direitos reais: título e forma, garantias reais, pactuação, promoção do crédito.

Introducción

En concreto, cuando los juristas tienen un texto frente a sí, tienden a buscar su “significado”: suponen que hay un significado más conveniente que otros y se enfrascan en la discusión de las técnicas o criterios apropiados para identificar ese significado. (Parker, 2011, p. 103)

Con la Ley 1676 de 2013 (en adelante LGM) y su decreto reglamentario² se introdujeron al derecho varias figuras jurídicas que buscaron, como claramente se explica en la exposición de motivos de la ley³, promover el acceso al crédito a sectores que habitualmente no se habían beneficiado y dinamizar el crédito otorgado por parte de las instituciones financieras.

Existen muchos factores no jurídicos que, evidentemente, inciden sobre la dinamización del crédito, es decir, que no solo con una ley se logra tal objetivo. El flujo de caja proyectado del deudor por el plazo del crédito y su situación financiera, la posición general de la economía, las condiciones particulares de un sector o las garantías jurídicas resultan ser elementos importantes al momento en que una institución financiera decide la aprobación o negación de un riesgo crediticio.

El presente trabajo busca analizar, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la forma en que la LGM con algunas de sus nuevas instituciones o propuestas, cumple con el objetivo de promover el acceso al crédito, dar facilidad y disminución de costos para los deudores y la consecuencial dinamización del crédito. Con un enfoque académico, este análisis busca provocar en el lector la necesidad de revisar ciertos aspectos que normalmente pueden darse por superados o debidamente establecidos para que, como mínimo, se cuestionen o admitan posiciones distintas a las usualmente contempladas.

El presente artículo se divide en dos partes y una conclusión. Cada ítem está distribuido a su vez en varias secciones. En la primera, se presentan algunas de las nuevas instituciones jurídicas y mecanismos de la LGM que se

2 Gobierno Nacional, Decreto 1835, Diario Oficial No. 49637 de 16 de septiembre de 2015, por el cual se modifican y adicionan normas en materia de garantías mobiliarias al decreto único reglamentario del sector comercio, industria y turismo, Decreto 1074 de 2015, y se dictan otras disposiciones.

3 Senado de la República, Informe de Ponencia Segundo Debate Proyecto de Ley 143 Cámara, 200 de 2012 Senado, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias, Gaceta del Congreso No. 918 del 11 de diciembre de 2012.

escogieron por su eventual incidencia en la promoción del crédito: el concepto de garantía y los sistemas de *apropiación* y *aprehensión* de la garantía por parte del acreedor.

En la segunda parte, se hace un análisis crítico de cada una de las instituciones jurídicas enfrentadas a los propósitos de la LGM ya comentados. Y finalmente, en la conclusión se resuelve la pregunta eje del artículo desde el punto de vista jurídico: ¿se ha cumplido con las principales finalidades de la ley desde el punto de vista jurídico?

Para llegar a la respuesta de tal inquietud, se da una aproximación al reto básico de la norma, como fue la de hacer prevalecer la seguridad de los derechos de los acreedores como paso indispensable para dinamizar el crédito (propósito final de la LGM), pasando por la necesidad de asegurar el debido ejercicio del derecho de defensa del deudor.

Como anticipo de la conclusión, se plantea que si bien la LGM se encaminó por el sendero apropiado, con importantes aportes en materia de un registro más eficiente y de mecanismos alternos para solucionar las disputas patrimoniales de las partes, su compleja estructura y la falta de una regulación integral conlleva a que no se introduzcan novedades jurídicas tan radicales como las que le han asignado en algunos estudios o críticas a la LGM, sin cumplir a cabalidad con sus principales objetivos.

Algunas novedades jurídicas de la LGM

En la exposición de motivos de la LGM, se confirmó que su objetivo principal fue promover el acceso al crédito de las micro, pequeñas y medianas empresas, sin perjuicio de que otros actores económicos también se beneficiaran de los mecanismos flexibles y seguros para constituir garantías mobiliarias. Para tal fin, la comisión redactora contó con el apoyo del Banco Mundial y trabajó con una perspectiva colombiana con el fin de incluir y contemplar las realidades propias del país en el tema de acceso a los créditos⁴.

4 Ver Senado de la República, *Informe de Ponencia Segundo Debate Proyecto de Ley 143 de 2012 Cámara, 200 de 2012 Senado*, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. Gaceta del Congreso No. 918 del 11 de diciembre de 2012.

A riesgo de dejar de lado algunos aportes o novedades bondadosas de la LGM, el presente artículo se limita a analizar el manejo de dos instituciones y su forma de entrada en el derecho colombiano.

El concepto legal de garantía y la noción de garantía real

De tiempo atrás se venía abogando por la necesidad de actualizar el régimen de garantías y por la introducción de un sistema más eficaz que extendiera el campo de los bienes objeto de la garantía, y a su vez facilitara su registro y ejecución. El artículo 3° de la LGM consagró el carácter principal de los contratos de garantías mobiliarias, así como una noción conforme a la cual el fondo primó sobre la forma, al hacer prevalecer la finalidad de la operación sobre su apariencia⁵.

El cambio que se dio al pasar de las prendas sobre bienes individualizados a un concepto de garantía universal que puede abarcar, incluso la totalidad de bienes de un garante, fue una modificación relevante e importante en la norma.

Adicional a lo anterior, se destacan tres conceptos en la nueva definición: (i) la atribución del carácter de principal a los contratos de garantía mobiliaria; (ii) la posibilidad de ser constituida por contrato o por disposición legal, y (iii) la ampliación del concepto de garantía para comprender todas las operaciones que se realizaran con la finalidad de entregar un bien mueble en garantía (noción universal), sin importar la forma ni su titular.

Tal principio fue un primer avance que buscaba despejar dudas sobre el alcance limitado del derecho de prenda. En este punto es importante recordar que el artículo 1207 del Código de Comercio, aún vigente, permite celebrar prenda sin tenencia del acreedor, únicamente sobre bienes que son objeto de

5 El artículo. 3° de la LGM 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”. “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 (...) (subrayado por fuera del texto original)”.

explotación económica, quedando por fuera otros que no necesariamente tienen tal destinación.

La nueva definición abandona ese límite, ya que no se relaciona con la explotación económica. Con la LGM es posible dar en garantía cualquier mueble que se pueda valorar en dinero.

Una de las principales novedades de la LGM se encontraron en sus artículos 50 a 52, que consagraron el manejo de las garantías reales en los procesos de reorganización, en la validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización y en los de liquidación judicial, normas que aplicaron a todas las garantías reales y que desbordaron el concepto de garantías mobiliarias, pero que estuvieron acordes con el objetivo de promocionar el crédito.

Solo hasta este punto de la LGM se hizo mención a la figura de garantía real, sin que se expresara que las garantías mobiliarias tenían tal característica, dejando claro que hacían parte de tal género para efectos de las reglas de prelación. Bajo el mismo esquema (mención de la especie que hacía parte de un género sin definir previamente su naturaleza), se volvió a utilizar el concepto de garantía real al establecer en el artículo 61 la forma de hacerla efectiva a través de la ejecución judicial mediante procesos de adjudicación o realización especial de la garantía real, regulados por los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso. Es importante reiterar que las normas hicieron mención a las reglas sobre prelación de los acreedores con garantía real en general, abarcando a estos con garantías sobre bienes muebles e inmuebles.

Los citados artículos 50 a 52 de la LGM han sido objeto de abundantes estudios y críticas, particularmente, por parte de expertos en derecho concursal para quienes estas normas afectaron principios básicos como la universalidad de los bienes afectos a los procesos o de la condición paritaria de los acreedores⁶.

Es algo normal y esperado la tensión entre los mencionados tres artículos y el resto de la LGM, ya que mientras esta última es una norma “pro-acreedores” y dictada para las situaciones ordinarias y normales de los empresarios, el régimen general de insolvencia hace parte de un derecho para la crisis y son normas “pro-empresarios”.

6 Sobre estos temas se sugiere revisar las ponencias del X Congreso Colombiano de Derecho Concursal, 2016, publicadas en <https://www.derechoconcursal.org/eventos/congresos/congreso-derecho-concursal-2016>

Un gran reto que se le impuso a la LGM fue el de buscar a través tres normas ubicar el justo punto de tensión entre la prelación y los privilegios al crédito, o los sacrificios, algunos contractuales para sacar adelante una empresa y, a su vez, un empresario.

Los conceptos de apropiación y aprehensión del bien dado en garantía por parte del acreedor y sus implicaciones en la ejecución de las garantías

Otra de las principales novedades de la LGM, por no decir que la más importante, fue la derogatoria de las prohibiciones del denominado *pacto pignoraticio*⁷, que no permitía al acreedor apropiarse del bien dado en garantía sino con las formalidades propias de un juicio. El artículo 91 de la LGM derogó de manera expresa las normas relacionadas con tal prohibición de los códigos Civil y de Comercio.

Habiendo dado este importante paso, se habría pensado que la regulación de la apropiación del bien dado en garantía por parte de los acreedores debería haber contado con una normativa más integral. No obstante, la *apropiación* solo apareció en las normas relacionadas con la ejecución de las garantías mobiliarias.

Para entender lo anterior, fue indispensable diferenciar dos conceptos en forma indistinta de la LGM y en el decreto reglamentario: la apropiación y la aprehensión. Se apreció en el mecanismo del pago directo en la LGM (art. 60, párrafo tercero) que esta permitió al acreedor garantizado la apropiación⁸. En la figura de la ejecución judicial no se encontró ninguna mención a la

7 Para los efectos del presente artículo hemos preferido la denominación *pacto pignoraticio* para aquel convenio que permite al acreedor apropiarse del bien dado en prenda, en lugar de llamarlo *pacto comisorio*, como ha sido denominado por buena parte de la doctrina. La principal razón para optar por la primera denominación es diferenciarlo del pacto surgido en el derecho romano con la *lex commissoria* como la facultad en el contrato de compraventa para que el vendedor insatisfecho, una vez comprobado el incumplimiento del comprador en cuanto al pago del precio, solicitara la restitución del bien. Puede verse Hinestroza, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 956 y ss.

8 Señala el citado artículo 60 de la LGM: "... 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" (subrayado por fuera del texto original).

apropiación ni a la aprehensión del bien dado en garantía por parte del acreedor garantizado. Por el contrario, en la novedosa figura de la ejecución especial de la garantía a través de entidades autorizadas, centros de conciliación y notarías (art. 62), se estableció que puede existir un acuerdo entre garante y acreedor garantizado que:

(...) 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 (subrayado por fuera del texto original).

El artículo 70 consagró la habilitación legal más clara de toda la LGM para permitirle al acreedor *apropiarse* del bien dado en garantía⁹. La figura de la *aprehensión* tuvo un especial manejo en la LGM, que partió de la definición dada al concepto de tenencia en su artículo octavo¹⁰ y fue ampliamente desarrollada en el Decreto Reglamentario 1835 de 2015.

Los artículos 68 y 75 de la LGM consagraron la facultad del acreedor garantizado para solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de *aprehensión* y entrega del bien.

El Decreto Reglamentario 1835 de 2015 ha sido el más importante desarrollo legal de estas figuras. Desde sus considerandos se observó cómo se buscaba el desarrollo de procesos de ejecución con la *apropiación* del bien dado en garantía con la implantación de mecanismos de entrega y *aprehensión* de los bienes dados en garantía mobiliaria.

El reglamento advirtió que la *aprehensión* se usa cuando no ocurría la entrega voluntaria del bien por parte del garante, tal es el caso del mecanismo de pago directo (art. 2.2.2.4.2.3), como parte de los acuerdos (ahora permitidos) sobre ejecución, enajenación, venta o entrega voluntaria del bien o como forma de recuperar la tenencia del bien.

9 El párrafo segundo del citado artículo 70 de la LGM señala: "Párrafo 2º. En el evento de apropiación directa del bien objeto de la garantía por parte del acreedor garantizado, su valor se aplicará, según lo dispuesto en el presente artículo".

10 Artículo 8º LGM: "Tenencia: Por tenencia del acreedor garantizado se entenderá la **aprehensión** legítima, material o control físico, de bienes en garantía, por una persona, por su representante, o un empleado de esa persona, o por otro tercero que tenga físicamente los bienes corporales en nombre de dicha persona (subrayado por fuera del texto original)".

Análisis de las figuras jurídicas relacionadas con los derechos reales

El concepto de la garantía

Contrato principal

El artículo 3º de la LGM señaló que los contratos de garantías mobiliarias tienen el carácter de principales. La expresión que definió esta clase de contratos como principales quedó aislada, ya que no se repitió en el resto de la LGM, ni se encontró justificación en la exposición de motivos. En el contexto de la ley no pareció confirmarse tal categoría y, por el contrario, en la exposición de motivos se ratificó su carácter accesorio, no obstante, lo previsto en el citado artículo 3º.

En dicha exposición de motivos se encontraron referencias en las que las garantías son normal y lógicamente figuras accesorias a los contratos principales¹¹. En resumen, hubo una definición de las garantías mobiliarias como contrato principal sin que después se reiterara tal concepto.

11 Se señala en dicha exposición de motivos haciendo mención a las novedades de los mecanismos de ejecución de las garantías: "... **las garantías tienen como finalidad respaldar el cumplimiento de una obligación principal.** Por ejemplo, en el caso del crédito, la garantía otorgada ampara la obligación del deudor de cumplir con el pago del préstamo cuando el mismo no se honra oportunamente. De esta forma el acreedor recupera el monto impagado haciendo efectiva la garantía. **La ejecución del bien dado en garantía en caso de que la obligación principal no sea adecuada u oportunamente cumplida** debe ser un procedimiento expedito para evitar que los derechos de los acreedores así como su patrimonio resulten afectados. Sin embargo, en Colombia, la congestión de la rama judicial y las dificultades de índole procedimental impiden una ejecución ágil y eficaz de la garantía. En este punto cabe resaltar que la desprotección de los derechos de los acreedores perjudica a los deudores potenciales, ya que en esa misma medida se restringe la oferta de crédito. **Como ya se mencionó, las garantías son accesorias a la obligación principal, por lo cual facilitan la obtención del crédito.** No obstante, adicional a los efectos *jurídicos de respaldo, su suficiencia y efectividad produce otros, que deben tomarse en cuenta por cuanto afectan la facilidad de la obtención de dicho crédito. Por ejemplo, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera...*" (subrayado por fuera del texto original). Senado de la República, *Informe de Ponencia Segundo Debate Proyecto de Ley 143 de 2012 Cámara, 200 de 2012 Senado*, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias, Gaceta del Congreso No. 918 del 11 de diciembre de 2012.

A continuación, se destaca la existencia de las consecuencias o efectos legales de tal clasificación, para lo cual fue necesario unir el estudio con la característica adicional de la garantía abierta o cerrada. Así, en el evento de tratarse de una garantía mobiliaria cerrada, que únicamente respalda una obligación, la existencia o no de esta podría afectar su existencia, si esta fuere un contrato accesorio.

En cambio, si se tratara de una garantía abierta, en el supuesto de que una de las obligaciones garantizadas se viera afectada, en su eficacia o validez, podría argumentarse que la garantía seguiría respaldando otras obligaciones presentes o futuras¹².

Salvo esta consecuencia, no pareciera tener mayor importancia práctica la clasificación aludida entre contratos principales y accesorios. Por el contrario, existirían algunas garantías concebidas en la misma LGM, que clara y necesariamente serían accesorias, así la ley las pretendiera llamar principales. Se trata de contratos de control, en los cuales se evidencia su dependencia o carácter accesorio frente a un contrato de cuenta o depósito bancario.

A raíz de lo anterior, surgió entonces la inquietud sobre si lo que se buscaba con tal atribución legal de carácter principal de los contratos de garantías mobiliarias era más bien atribuir las condiciones o beneficios propios de la autonomía de los mismos, figura que podría resultar siendo más importante y práctica que la compleja noción de contrato principal¹³. Bajo este principio de autonomía se lograría la independencia de la garantía frente al contrato garantizado de una forma similar al fundamento de autonomía vigente en materia de títulos valores o de créditos documentarios.

Sin embargo, la LGM no se ocupó, ni dentro de la definición de garantía mobiliaria ni del resto del cuerpo de la misma, de nociones importantes y relacionadas con la definición legal y completa de una garantía, tales como la prelación de los derechos del acreedor y el carácter de garantía real o el derecho de persecución.

12 En el mismo sentido puede verse a León Robayo, E. I. y González Umbarila, G. (2015). La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 44, pp. 82-110.

13 Se puede ver un análisis más completo de los contratos accesorios en Mendoza, Á. (2005). Contratos de Garantía. *Revista de Estudios Socio Jurídicos, Universidad del Rosario*, 7(1), pp. 194-276.

Prelación, persecución y la noción de derecho real

El tema de prelación legal de las garantías mobiliarias fue resuelto por la autoridad de la cosa juzgada constitucional. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-447 de 2015¹⁴, estableció que la LGM no modificó el orden de prelación establecido en el Código Civil, y que los acreedores con garantías mobiliarias se ubicaban en el mismo grado que un acreedor con una garantía prendaria, debiendo respetar los créditos de primera clase antes que excluir y hacer efectiva su garantía en los trámites de liquidación judicial.

Con lo anterior, se echó de menos una regulación integral de la LGM que dejara en claro el derecho de persecución que les asistía a los acreedores garantizados, concepto que solo fue abordado a través de los mecanismos de ejecución de las garantías mobiliarias con una regulación de los temas adjetivos, sin haber resuelto de manera contundente los temas sustantivos. También se extrañó una norma del estilo del artículo 2452 del Código Civil aplicable a la hipoteca, que confirma el derecho del acreedor hipotecario de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la poseyera, y a cualquier título que la haya adquirido.

En lo referente con el carácter real de la garantía mobiliaria, se hace a continuación un análisis que parte de los conceptos básicos de la figura de los derechos reales.

Sobre la noción de los derechos reales, Valencia Zea (1973) indicó que son los que recaen directamente sobre las cosas corporales, y que se ejercen de forma absoluta, lo que conlleva a que se encuentran protegidos por acciones que podían ejercerse contra todos. Siguiendo la teoría clásica, la definición de derechos reales creó una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona en cuyo poder se encontró, por lo cual las acciones legales atribuidas al titular del derecho real se pueden ejercer no solo contra una persona determinada, sino contra todos (Alessandri Rodríguez & Somarriva Undurraga, 1982).

Para Ternera (2015), la expresión de derechos reales designa un haz de poderes directos y autónomos, oponibles a todos, que se tienen respecto de un bien definido y que involucran intereses políticos, económicos y sociales.

14 Ver Corte Constitucional (2015). Sentencia C-447. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

El mismo autor, haciendo ya mención en concreto a los derechos reales de garantía, señaló que el acreedor hipotecario, prendario o el retenedor se sirve de la cosa gravada para algo y ejerce sobre esta un poder de uso especial del bien gravado asegurándose el pago de su crédito de forma preferente. Ternera (2007), pronunciándose sobre las novedades de la LGM en estas materias, indicó que la ley parecía consagrar unas consideraciones especiales, algo diferentes del resto de las garantías reales, especialmente en lo relacionado con los bienes sobre los cuales recaían:

Según la Ley 1676 de 2013, los bienes objeto de las garantías mobiliarias no se limitan a los reputados “muebles” (corrientes y especiales). Por vía de una audaz ficción jurídica, para efectos de constitución de una garantía mobiliaria también se reputan “muebles” las partes del inmueble denominadas inmuebles por adhesión e inmuebles por destinación. Incluso las entidades incorporales, pueden reputarse, de alguna manera, como “muebles”. (pp. 343-344)

Finalmente, resumiendo el concepto y con una mirada al derecho francés, para Rodríguez González (2008) las garantías reales son las que permiten afectar uno, varios o todos los bienes del patrimonio del deudor al pago de una obligación otorgando dos ventajas de extrema utilidad cuando se encuentran en concurso con otros acreedores de un mismo deudor como lo son el derecho de preferencia y el de persecución.

Las garantías mobiliarias, como fueron concebidas por la LGM, tuvieron en el derecho de preferencia los mismos términos que los de un acreedor prendario (segunda clase), al permitir la persecución del bien a través de los mecanismos de pago directo, ejecución especial o judicial de la garantía, existiendo además las normas diferenciadoras en materia de concurso de acreedores (arts. 50, 51 y 52 de la LGM).

Al contarse con el sistema de registro que dio publicidad de la garantía frente a terceros, se confirmó que las utilidades de tales mecanismos se pueden realizar sobre las cosas gravadas en contra de todos, por lo que en el presente estudio se consideró que con las garantías mobiliarias se origina un derecho real de garantía.

Apropiación y aprehensión

A continuación, se analizan las figuras de la apropiación y aprehensión de los bienes gravados con garantías mobiliarias, siendo este uno de los aspectos más interesantes y controversiales de la LGM. El estudio comenzó diferenciando los dos conceptos. La Real Academia define *apropiar* como “Dicho de una persona: Tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad. Se apropió del vehículo incautado”. Y, por otra parte, define el verbo aprehender con el siguiente significado “Coger, asir, prender a alguien, o bien algo, especialmente si es de contrabando”.

Su incorporación se ajustó al texto semántico presentado, en términos generales, tanto en la LGM como en su decreto reglamentario con algunas confusiones en algunas de las normas como se analizará más adelante.

De manera general, la *apropiación* se usa cuando ocurre un cambio en el derecho de dominio del bien dado en garantía, pasando del garante al acreedor garantizado. La *aprehensión* se utilizó para asumir o reasumir la tenencia del bien dado en garantía, y que en muchos casos era necesario y previo para poder *apropiarse* del bien.

El reto de esta novedosa introducción en el derecho colombiano, se dio desde el punto de vista de la eventual afectación del instituto de los derechos reales con la derogatoria de la prohibición del pacto pignoraticio, por ser el fundamento de los dos institutos previamente analizados.

La derogatoria de la prohibición del pacto pignoraticio

El artículo 91 de la LGM derogó de manera expresa los artículos 1203 del Código de Comercio¹⁵, y el inciso segundo del artículo 2422 del Código Civil¹⁶, normas que consagraban la prohibición del denominado pacto pignoraticio

15 El artículo 1203 del Código de Comercio establecía: “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 a los previstos en la ley, no producirá efecto alguno”.

16 El artículo 2422 del Código Civil establece: “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producto 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. **Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados, (se subraya el inciso derogado)”.**

en virtud del cual estaba vedado al acreedor hacerse a la propiedad del bien dado en garantía, salvo que acudiera a las formas propias de los juicios para tales efectos. Este fue el principal aporte jurídico de la LGM a la consecución de sus objetivos.

La prohibición del pacto pignoraticio surgió desde el derecho romano para garantizar los derechos mínimos del deudor, figura acogida en la legislación civil y comercial. En el caso civil, en donde la prenda implica el desplazamiento de la tenencia del bien al acreedor garantizado, la Corte Suprema de Justicia confirmó que este no podía apropiarse del bien sino por los medios consagrados en el citado artículo 2422¹⁷.

La interpretación del alcance de estas prohibiciones tuvo un cambio o avance significativo en el alto tribunal, al punto que se consideró que lo que prohibían las normas eran los pactos concomitantes con la prenda o hipoteca, pero, si se realizaban en forma posterior a su celebración, eran válidos¹⁸. Esta nueva interpretación del alcance de este impedimento originó que, en no pocos casos, acreedores entendieran el concepto de *posterior* como aquel pacto que podía celebrarse aún minutos después del contrato de prenda o hipoteca, permitiendo la apropiación del bien dado en garantía por diversos métodos. Este autor no comparte esta interpretación o “ingeniería jurídica”. Lo que sí se comparte es la necesidad de derogar la prohibición, respetando unos derechos básicos del deudor, dado que parece sano y conveniente para la comunidad que ciertas disputas patrimoniales se manejen de una forma distinta, sin la necesaria intervención de la congestionada justicia colombiana.

El problema era que, para cumplir con el objetivo del acceso al crédito por parte de sectores menos favorecidos y de la promoción del crédito, la derogatoria expresa requeriría de una regulación complementaria sobre el instituto de los derechos reales, la cual no quedó incluida dentro de la LGM.

17 Puede verse la sentencia de la Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, Casación, 4 de noviembre de 1943, LVI, 240, citada por Ortega Torres, J. (1980). *Código Civil*. Bogotá: Editorial Temis.

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 29 de julio de 2005: “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”.

La afectación al instituto de los derechos reales

La noción básica de derechos reales quedó expuesta en el presente escrito, y parte de dos conceptos fundamentales como noción básica: el primero, fue que no puede existir en el ordenamiento jurídico colombiano un derecho real sin modo, y el segundo, que la figura de los derechos reales requería de una nueva sustentación que tuviera en cuenta no solo nociones del derecho privado¹⁹ en un ideal punto intermedio que considerara las bases del desarrollo de los negocios del derecho privado con un enfoque o respeto a ciertos principios de lo público.

Es importante destacar que la invocación de lo público en materia de los derechos reales puede tener relación con nuevos argumentos constitucionales de la función social de la propiedad, pero también se fundamentó en las mismas normas civiles que atribuían a tal derecho unas limitaciones²⁰, aceptando que, desde comienzos del siglo XX, el derecho de propiedad (uno de los principales derechos reales) podía quedar dominado por las necesidades sociales, además del interés general.

El concepto fundamental mencionado implicó la revisión del “modo” de consolidación de los derechos reales. Resulta necesario recordar varios de los elementos fundamentales del “modo” de la tradición, que es aquel con el cual el acreedor prendario o el actual acreedor garantizado de las garantías mobiliarias, se hará en primer lugar a un derecho real de garantía y, eventualmente, a la propiedad del bien dado en garantía.

En relación con la transferencia de la propiedad, la tradición, como uno de los modos derivados en el derecho colombiano (concepto que no fue abordado ni cambiado por la LGM), es una forma de pago en los términos del artículo 1633 del Código Civil, por lo que conlleva dos aspectos necesarios: que quien

19 En este sentido se puede ver Rengifo Gardeazabal, M. (2011). *Teoría General de la Propiedad*. Bogotá: Editorial Universidad de Los Andes. En la conclusión de esta obra el autor expone: “(...) Se ha sostenido estas páginas que la propiedad es un conjunto de relaciones jurídicas reales de diferente tipo. Elemento clave de esta definición es una nueva comprensión de la distinción fundamental entre derechos y personales. El derecho real siempre ocurre como una relación jurídica entre personas, pero esta relación forma parte de un grupo más amplio de relaciones separadas y diferentes entre personas indeterminadas. El derecho personal es una relación jurídica entre personas definidas. Como resultado de este análisis, encontramos que la lista cerrada de derechos reales debe ser revaluada”.

20 Pueden verse los comentarios sobre el carácter real de los derechos y sus limitaciones en lo social en Rodríguez Piñeres, E. (1926). *Curso elemental de Derecho Civil Colombiano, Tomo III*. Bogotá: Librería Americana, pp. 279 y ss.

paga es el dueño o debe tener consentimiento del dueño y que debe ser capaz de enajenarlo, pues el artículo citado se refirió a un pago que transmite el dominio²¹.

La separación del derecho colombiano del francés, que inspiró las obras civiles decimonónicas, fue particularmente importante en materia de la tradición. En el colombiano lo que caracterizó la tradición es la entrega. Así, el título traslativo es la causa esencial y la tradición la consecuencia. En otras palabras, siguiendo a Vélez²², el título solo da derecho a la cosa (*jus ad rem*), y la tradición da el derecho en la cosa (*jus in re*), o sea al dominio. Entonces, el comprador no es propietario, sino acreedor de la cosa vendida, y mientras no se haga la entrega (tradición), el vendedor conserva la propiedad.

Bastante descriptivo en su explicación resultó ser el profesor Velásquez, al indicar que en una serie de fenómenos jurídicos, el primer escalón o inicio del proceso lo constituyó el arranque de un vehículo, y que su terminación se denominaría derecho real. En aquel peldaño estaría la fuente del derecho, en el segundo, el título, y en el tercero, el modo. Para dicho autor, en su libro *El título ordena pagar, el modo contesta pagando*, el título es la orden y el modo su ejecución.

Al ser la tradición la forma de cumplir con una obligación de dar o realizar el pago (entregar la cosa sobre la cual recae el derecho debido), es el deudor y solo él quien debe entregarlo, lo cual conlleva a que se debe cumplir con los elementos generales de cualquier acto jurídico, vale decir, la facultad, la capacidad y la intención de dar.

Las normas civiles dejaron muy claro que no podía violentarse al deudor para que realizaran una entrega válida²³. Sobre este punto señaló Gómez²⁴ que no es posible vulnerar la entrega de la cosa, ni sustraerla del lugar donde se tuviera, so pena de afectar la validez de la tradición. Al ser la tradición necesariamente “justa” para que cumpliera con su finalidad no puede realizarse con violencia²⁵.

21 Puede verse Vélez, F. (1914). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, tomo VI*. París: Imprenta París – América, pp. 262 y 263.

22 Vélez, F. (1914). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, tomo II*. París: Imprenta París – América, pp. 103 y ss.

23 El artículo 742 del Código Civil establece “Para que la tradición sea válida, deberá ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante”.

24 Gómez, J. J. (1981). *Bienes, (edición actualizada por Douglas Bernal)*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

25 Señala el autor: “Pero, siendo válido el título, si el comprador, por ejemplo, ejerce violencia sobre el vendedor para que le haga entrega, la tradición es nula. No se puede constreñir

Las consecuencias prácticas de estas normas son que para toda tradición debe existir una entrega, pero no toda entrega implica una tradición.

Existe una regulación particular para estos efectos en el derecho real de retención con normas expresas y otras que se pueden aplicar analógicamente. Conforme con el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso no muda la mera tenencia en posesión y mucho menos el dominio, más cuando se reconoce que desde un inicio el carácter es de simple tenedor.

Bajo esta norma, la profesora Castro²⁶ indicó que la única facultad que tiene el retenedor es la de negarse a restituir la cosa retardando la entrega en una actitud puramente pasiva para la seguridad de su crédito. Pero no puede, en ninguna circunstancia, apropiarse de la cosa retenida, pues la tenencia, como ya se indicó, nunca podría mudarse a posesión o a propiedad, ya que esta conllevaría a responsabilidades civiles y penales para el retenedor. Por analogía, la mencionada docente aplicó el artículo 2420 del Código Civil, norma aún vigente para el contrato de prenda civil al no haber sido derogada de manera expresa por el artículo 91 de la LGM, que establece que el acreedor no puede servirse de la prenda sin el consentimiento del deudor.

Los medios para hacer efectiva esta tradición están detallados en el artículo 754 del Código Civil. De los allí expuestos, solamente interesa para el presente estudio el denominado *brevi manu* conforme al cual, la transferencia se hará a través de la venta, enajenación u otro título conferido que se tiene sobre la cosa mueble. Este método supone que en los casos en que la cosa vendida se encuentra en poder del comprador, es decir, ya la tiene como arrendatario (tenedor) o depositario (tenedor), este la devuelve y la recibe de nuevo por un rápido cambio de mano, que implica fingir que la cosa se entrega, aunque realmente se queda con la tenencia de la cosa, ya que finalmente va a ser su propietario.

Situación particular sucede en el derecho colombiano con la tradición de los vehículos automotores, aspecto especialmente importante en materia de las nuevas

por la fuerza privada al cumplimiento de las obligaciones. Si el vendedor no entrega, incluso porque no quiere, otros son los caminos señalados por la ley para cumplir. Y si el comprador no recibe, incluso porque no quiere, tampoco tiene el vendedor facultad para violentarlo a recibir". Gómez R., J. J. (1981). *Bienes, (edición actualizada por Douglas Bernal)*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, p. 214.

26 Castro de Cifuentes, M. (2004). *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 70 y 71.

garantías mobiliarias. El artículo 47 de la Ley 769 de 2002²⁷ regula este punto. Ninguno de los anteriores institutos fue modificado o derogado por la LGM.

Afectación de los derechos reales para las garantías mobiliarias con y sin tenencia del acreedor

En el caso de las garantías con tenencia del acreedor, la consolidación y confirmación del derecho real de garantía se da cuando el acreedor recibe la tenencia del bien por parte del deudor o garante, y no genera mayores inquietudes, ya que el derecho real se constituye en dos pasos: (i) el contrato en garantía que establece el título, y (ii) la entrega del bien dado en garantía y que sirve como tradición para estos efectos. En otras palabras, el contrato origina el derecho del acreedor garantizado a recibir el bien y su entrega constituye el pago válido por parte del deudor o garante.

Distinta es la situación cuando el acreedor no recibe el bien dado en garantía y cuando el deudor y garante mantiene la tenencia del mismo. En este caso el contrato de garantía mobiliaria sirve de título y genera en el acreedor garantizado un derecho a la cosa objeto de la garantía.

Es natural que por la estructura misma de la operación no hay entrega (y mucho menos tradición) del garante al acreedor garantizado. Pero puede suceder, en los eventos de incumplimiento del garante, que el acreedor persiguiera el pago de su crédito con el bien garantizado, es decir, que persiga su derecho en la cosa y busque apropiarse de dicho bien.

Para poder *apropiarse* del bien, se requiere consolidar un nuevo derecho real como es el derecho de dominio, lo cual genera, nuevamente, que se aplica el título y modo.

27 Establece el citado artículo: "Tradición del Dominio. La tradición del dominio de los vehículos automotores requerirá, además de su entrega material, su inscripción en el organismo de tránsito correspondiente, quien lo reportará en el Registro Nacional Automotor en un término no superior a quince (15) días. La inscripción ante el organismo de tránsito deberá hacerse dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la adquisición del vehículo. Si el derecho de dominio sobre el vehículo hubiere sido afectado por una medida preventiva decretada entre su enajenación y la inscripción de la misma en el organismo de tránsito correspondiente, el comprador o el tercero de buena fe podrá solicitar su levantamiento a la autoridad que la hubiere ordenado, acreditando la realización de la transacción con anterioridad a la fecha de la medida cautelar" (subrayado por fuera del texto original)." Congreso de la República, Ley 769 del 6 de agosto de 2002, por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones.

En el caso de la garantía mobiliaria con tenencia del acreedor, el título será el contrato celebrado entre garante y acreedor garantizado. Como este ya ostentaba la tenencia del bien para realizar la tradición puede utilizar la figura del *brevi manu*, es decir, fingir que recibió la entrega del bien del garante, aunque realmente no pierde su tenencia en ningún momento. Esta apropiación no podría realizarse estando vigente la prohibición del pacto pignoraticio, pero con su derogatoria por parte de la LGM es perfectamente viable. La figura del pago directo, a modo de ejemplo, es una estructura adecuada para consolidar el derecho de dominio sino se cuenta con la voluntad del garante para realizar el traspaso de tal derecho al acreedor garantizado.

En el caso de la garantía mobiliaria sin tenencia del acreedor, el título continuará siendo del contrato en garantía mobiliaria y, para consolidar el derecho de dominio, se requiere de realizar una *aprehensión*²⁸ del bien, figura para la cual se requiere de la intervención judicial, aplicándose lo previsto en el inciso tercero del artículo 741 del Código Civil, en virtud del cual el juez representa al garante en la entrega de la cosa al acreedor garantizado, adjudicación que cumpliría con los requisitos de tradición. Para este evento resulta entonces necesario que el acreedor garantizado acuda a la autoridad jurisdiccional como lo establece la LGM para solicitar la *aprehensión* del bien, y su posterior apropiación (por la vía del remate, martillo, apropiación o venta del bien en los términos pactados en el contrato).

El punto de interés son las figuras de los procedimientos especiales de enajenación o apropiación que pueden pactarse por las partes, garante y acreedor garantizado, habilitadas en el artículo 68 de la LGM. Esta figura desarrolló la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual es especialmente reconocido en el Decreto 1835 de 2015 desde sus mismos considerandos²⁹.

28 Se encuentra en la LGM y en su decreto reglamentario muchas menciones a la *aprehensión* a través de autoridad jurisdiccional competente, la que puede delegar tal función en funcionarios policivos. Puede observarse el parágrafo 2º del artículo 60 y 75 de la LGM; numeral 2º del artículo 2.2.2.4.2.3, numeral 3º del artículo 2.2.2.4.2.70 y artículo 2.2.2.4.2.71 del Decreto 1835 de 2015.

29 Se señala en la exposición de motivos del decreto que "(...) En materia de ejecución y en aplicación de los artículos 62, 63 y 71, dicho principio aplica a los mecanismos de entrega, *aprehensión*, apropiación y enajenación de bienes muebles en garantía, por lo que la regulación desarrollada en esta norma se aplicará con carácter supletivo a las estipulaciones que contractualmente se pacten, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones relativas a los contratos de adhesión, de la prohibición de cláusulas abusivas contenida en el Estatuto del Consumidor y (...)".

El artículo 2.2.2.4.2.3 del Decreto 1835 de 2015 confirma que, si el acreedor garantizado no ostenta la tenencia del bien, procederá a aprehenderlo de “conformidad con lo pactado”, y si no se hubiere acordado, se podría solicitar la entrega voluntaria del bien o requerir su entrega a través de la autoridad jurisdiccional competente.

En realidad, nada novedoso consagra la LGM ni su decreto reglamentario sobre los procedimientos de enajenación o entrega del bien dado en garantía, pues en cualquier caso se requiere de la voluntad del propietario del bien, garante o deudor, para entregar el bien. Si tal voluntad no existe, la única vía es la de acudir a la autoridad jurisdiccional competente para que se realice la entrega por cuenta del deudor. Es decir, es la misma figura que se ha conocido desde la prenda con tenencia del acreedor del Código Civil, y la prenda del Código de Comercio, con o sin desapoderamiento del bien por parte del deudor.

Siguiendo la tendencia del derecho francés, podría argumentarse que en el título pueden darse declaraciones sobre entrega y tradición del bien y que tales declaraciones pueden llegar conformar el modo de traspasar el derecho de dominio. Es decir, que si en el contrato se establece como mecanismo especial de ejecución que el deudor acepta anticipadamente hacer entrega del bien en el evento de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, tal declaración valdría como modo para transferir el derecho de dominio al acreedor garantizado.

Si se respeta tal posición, se considera que ello conlleva a confundir el derecho personal con el derecho real. Se entiende que la tradición es en sí un acto jurídico, y que las declaraciones anticipadas generan derechos personales (a exigir su cumplimiento), pero no implican la entrega que transfiere derechos.

Salvo la existencia de los mecanismos especiales de ejecución del pago directo y la ejecución especial de la garantía que se realizan sin la intervención de autoridades jurisdiccionales (salvo para la aprehensión), ninguna novedad o avance existe en la LGM, pues no se modificaron las normas civiles sobre la forma de realizar la tradición como consolidación de los derechos reales.

El reglamento contiene algunas imprecisiones o normas que no pueden ser entendidas en su estricto sentido gramatical, sino que hay que ubicarlas en el contexto de los derechos reales aquí planteados. Tales imprecisiones que se relacionan con la forma como el acreedor garantizado se hace a la propiedad de los bienes dados en garantía, son:

- Lo relativo al mecanismo de pago directo, el artículo 2.2.2.4.2.3 en su numeral 10 confirma un principio elemental, como es el que el acreedor garantizado adquiere la propiedad del bien mueble con la apropiación del mismo cuando la transferencia no está sujeta a registro. Pero el numeral 11 contiene una imprecisión al señalar que, tratándose de bienes muebles sujetos a registros especiales, el acreedor garantizado se hará propietario con la inscripción de la transferencia en el registro de propiedad³⁰. La norma debe entenderse dentro de un marco de muebles sujetos a registro, y así, tratándose de vehículos automotores conforme al artículo 47 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, este requerirá de la entrega material (acto jurídico que conlleva la capacidad, voluntad e intención de hacer la tradición) y del correspondiente registro, de tal manera que no es solo con la inscripción de la transferencia que se adquiere la propiedad como se lee en la norma.
- No es una imprecisión, sino un error, lo que se encuentra en el artículo 2.2.2.4.2.68 del Decreto 1835 de 2105³¹, norma que, confirmando la prevalencia de la autonomía de la voluntad en materia de entrega de bienes en garantía, pretende que tal entrega corresponda a mecanismos que permitan, sin la aprehensión física del bien, deshabilitar su uso por parte del garante, si así se hubiere pactado. Se trata, para ejemplificar el uso de la regla de los pactos que permiten incluir en los vehículos automotores mecanismos de ubicación satelital y “des-habilitación” eléctrica o electrónica del vehículo por parte del acreedor garantizado (esquema tecnológico ya avanzado y en uso en otros países). Sin tener nada contra tal clase de pactos, en la medida en que se respeten las normas de los contratos de adhesión como lo exige la LGM, lo que no puede entenderse es como

30 Señala la norma citada: “ (...) el acreedor garantizado adquirirá la propiedad del bien en garantía mobiliaria con la inscripción de la transferencia en el registro de propiedad correspondiente, acompañándola de copia del contrato de garantía, del formulario registral de ejecución y, para efectos de acreditar el ejercicio de su derecho de apropiación, de una declaración juramentada en la que el acreedor garantizado manifieste haber culminado el proceso de pago directo”.

31 Señala: “Artículo 2.2.2.4.2.68. Control y tenencia del bien en garantía. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1676 de 2013, el acreedor garantizado tendrá derecho a asumir el control y tenencia de los bienes en garantía, una vez se haya presentado el incumplimiento de la obligación garantizada.

Así mismo, y de conformidad con el artículo 71 de la mencionada ley, el acreedor garantizado y garante podrán acordar mecanismos de entrega, control y tenencia del bien en garantía ante la eventualidad de incumplimiento, distintos a los previstos en la Ley 1676 de 2013.

Los mecanismos de entrega, control y tenencia del bien en garantía podrán corresponder a mecanismos que permitan, sin la aprehensión física del bien, deshabilitar el uso de los bienes objeto de la garantía por parte del deudor garante, si así se hubiere pactado”.

tales mecanismos conllevan la entrega del bien, entrega que debe ser el primer paso para posteriormente hacer la tradición del mismo.

Muchas serán las inquietudes en la consolidación de la propiedad en cabeza de los acreedores garantizados, cuando se inscriba la transferencia en los registros especiales, y se parta de tales mecanismos, pues así estén pactados y escritos, muchas incertidumbres existirán sobre la intención y consentimiento del garante y propietario de hacer una entrega que conlleve a la tradición del bien al acreedor garantizado, abriéndose el debate sobre la posibilidad que la conducta del acreedor constituya un acto que viole la tradición y la deje sin efectos para realizar el traspaso del derecho de dominio.

Como corolario, al no haberse realizado una modificación integral a los institutos de los derechos reales en la ley colombiana, con la *apropiación* en la forma consagrada por la LGM no se dio un avance significativo.

Conclusiones

Desde el punto de vista de la teoría jurídica, la LGM tuvo que afrontar el reto de manejar dos modos retóricos opuestos: (i) el individualismo en el cual priman los intereses propios haciendo prevalecer los derechos de los acreedores como base necesaria para promover el crédito, y (ii) el altruismo, conteniendo el estilo individualista al hacer prevalecer ciertos derechos generales o de los empresarios por encima de los propios de los acreedores garantizados.

Se considera que la LGM manejó acertadamente el desafío al buscar mejorar la posición de los acreedores y, de esa forma, promocionar el crédito sin descuidar los derechos de los consumidores, haciendo prevalecer la autonomía de la voluntad, pero no descuidando los principios elementales de los derechos reales que no fueron modificados³².

En materia de procesos concursales y con la decantación de las normas a través de los pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinas de la Corte Constitucional y de la Superintendencia de Sociedades, se considera que

32 Sobre los modos retóricos individualista y altruista en el derecho privado, se sugiere ver Kennedy, D. (1976). Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado. *Harvard Law Review*, 89, pp. 1685-1778

se avanzó en la materia. Para situaciones diferentes al concurso, con los mecanismos especiales de ejecución de las garantías que constituyen importantes aportes de la LGM, igualmente existió un avance.

Así, para un acreedor garantizado que busque un respaldo efectivo de su crédito, constituir una garantía mobiliaria sobre un bien no necesario para el desarrollo profesional del deudor, es una excelente opción. Si la garantía corresponde a bienes operacionales, poca fue la eficacia tratándose de trámites concursales.

La derogatoria de la prohibición del pacto pignoraticio es un buen avance para consolidar los derechos de los acreedores. Pero, como quedó expuesto, la figura de la *apropiación* del bien dado en garantía que anunciaba grandes cambios legales no logró consolidar su objetivo, pues al no haberse modificado la estructura básica de los derechos reales, continúa siendo necesaria la voluntad del propietario del bien para hacer una válida y eficaz transferencia al acreedor garantizado. Es importante aclarar que no se está abogando por una modificación a las instituciones de los derechos reales, ni se busca que se introduzcan figuras propias de otros derechos en la legislación. Es solo que con la LGM se han generado más expectativas que logros contundentes.

Con lo anterior, se reitera que el camino de la LGM es el adecuado, pero ni con una sola ley se logrará promocionar el crédito, ni la LGM cumple plenamente con su objetivo por las inquietudes jurídicas planteadas en algunos de sus institutos al generar dudas en la certeza de los derechos de los acreedores. ■

Referencias bibliográficas

- Alessandri, A., Somarriva, M. (1982). *Los bienes y derechos reales*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Alessandri, R.; Somarriva, U. & Vodanovic, H. (1993). *Tratado de los derechos reales – Bienes, Tomo II*. Bogotá: Editorial Temis-Editorial Jurídica de Chile.
- Arrubla, J. (2009). *Contratos mercantiles*. Medellín: Editorial Dike.
- Bonilla, F. (2014). El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013. *Revist@ E-Mercatoria*, 13(2), pp. 131-160.

- Bonivento, J. (1986). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Ediciones Librería El Profesional.
- Bonivento, J. (1991). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Camacho, M. (2014). La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013. *Revist@ E-Mercatoria*, 13(2), pp. 161-178.
- Carrasco, A.; Cordero, E. & Marín, M. (2002). *Tratado de los Derechos de Garantía*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Castro, M. (2004). *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Díaz, E. (2009). *Estudios de Derecho Privado, Tomo I*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Fínez, J. (1994). *Garantías sobre cuenta y depósitos bancarios. La prenda de créditos*. Barcelona: José María Bosch Editor, S.A.
- Gómez, J. (1981). *Bienes*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Hinestroza, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kennedy, D. (1976). Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado. *Harvard Law Review*, 89, pp. 1685-1778
- León, E. & González, G. (2015). La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias. *Revista de Derecho*, 44, pp. 82-110.
- Martínez, B. & Ternera, F. (2011). De las garantías tradicionales a las garantías derivadas. *Opinión Jurídica*, 10 (19), pp. 181-194.
- Medellín, C. (2013). *Lecciones de derecho romano*. Bogotá: Editorial Legis.
- Mendoza, A. (2005). Contratos de Garantía. *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, 7(1), pp. 194-276.
- Ocampo, J. (1919). *El Contrato de Prenda*. Bogotá: Tipografía Minerva.
- Ortega, J. (1980). *Código Civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Parker, R. (2011). Aquí el pueblo gobierna: un manifiesto populista constitucional (como explicación de dos versiones del cuento "Mario y el mago" de Thomas Mann). En E. Chemerinsky & R. Parker (Eds.), *Constitucionalismo Popular* (pp. 97-191). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Pérez, J. (1970). *Legislación bancaria*. Bogotá: Editorial Horizontes.

- Rengifo, M. (2011). *Teoría General de la Propiedad*. Bogotá: Editorial Universidad de Los Andes.
- Rodríguez, E. (1926). *Curso elemental de Derecho Civil Colombiano*. Bogotá: Librería Americana.
- Rodríguez, J. (2014). Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos. *Revist@ EMercatoria*, 13 (2), pp. 3-27.
- Rodríguez, M. (2008). Derecho de garantía en Francia. En F. Mantilla Espinosa & C. Pizarro Wilson (Eds.), *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet* (pp. 507-532). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, S. (2009). *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina*. Bogotá: Editorial Legis.
- Tenera, F. (2007). *La realidad de los derechos reales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Tenera, F. (2011). *Bienes*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Tenera, F. (2015). *Derechos Reales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Valencia, A. (1973). *Derecho Civil: Tomo II, Derechos Reales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Veiga, A. (2010). *Las garantías reales*. Bogotá: Editorial Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.
- Velásquez, L. (2014). *Bienes*. Bogotá: Editorial Temis.
- Vélez, F. (1914). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, tomo III*. París: Imprenta París – América.
- Vélez, F. (1914). *Estudio sobre el derecho civil colombiano, tomo VI*. París: Imprenta París – América.