



---

**MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA Y DE LOS NEGOCIOS**

---

**NATURALEZA FUNCIONAL Y GENÉRICA DE LA GARANTÍA MOBILIARIA:  
Una propuesta de armonización en el Derecho Colombiano**

**Requisito parcial para optar al título de  
Magister en Derecho de la Empresa  
DE LA UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
2021**

**ESTUDIANTE:  
HÉCTOR MAURICIO AGUIRRE ORTIZ**

**DIRECTOR DE LA TESIS:  
Dr. ALVARO MENDOZA RAMÍREZ**

# TABLA DE CONTENIDO



.....	0
<b>JUSTIFICACIÓN</b> .....	3
<b>Introducción</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I. Historia de una Garantía Mobiliaria funcional y genérica.</b> .....	12
1. La Garantía Romana Funcional: del <i>Pignus Conventum</i> sobre universalidades. ....	12
2. Inglaterra: el préstamo comercial inglés y la garantía flotante. ....	14
3. Estados Unidos: el Security Interest. ....	21
4. UNCITRAL: Guía legislativa y Ley Modelo.....	32
5. Ley Modelo de la OEA.....	36
6. Latinoamérica: implementación de la ley modelo de la OEA.....	36
6.1 Guatemala.....	36
6.2 Honduras .....	37
6.3 Perú.....	38
6.4 México .....	39
6.5 Colombia.....	40
<b>CAPÍTULO II. Naturaleza funcional y genérica de la Garantía Mobiliaria.</b> .....	42
1. La Garantía Mobiliaria como un instrumento genérico a todas las figuras anteriores a la Ley 1676 de 2013. ....	42
2. La Garantía Mobiliaria como un derecho preferente a la posesión del bien gravado.....	57
3. El registro de la garantía es la regla de oponibilidad. ....	61
4. la Garantía Mobiliaria es garantía real.....	68
<b>CAPÍTULO III. La Garantía Mobiliaria funcional en perspectiva del colateral.</b> .....	70
1. Ampliación de los bienes susceptibles de darse en garantía: <i>¿ numerus apertus o numerus clausus?</i> .....	71
2. Alcance del numerus apertus en materia de colaterales. ....	78

2.1 Colaterales futuros.....	79
2.2 colaterales derivados o <i>proceeds</i> .....	86
CONCLUSIONES.....	104
BIBLIOGRAFÍA.....	106

## **NATURALEZA FUNCIONAL Y GENÉRICA DE LA GARANTÍA MOBILIARIA: Una propuesta de armonización en el Derecho Colombiano**

### **JUSTIFICACIÓN**

La globalización de la economía ha generado una competencia entre los mercados nacionales interesados en mostrarse atractivos a la inversión, razón por la cual muchos han puesto en marcha reformas que pasan por su aparato tributario, laboral y jurídico, orientadas a mejorar estos indicadores.

De las reformas jurídicas, orientadas a la modernización de los mercados nacionales, es frecuente la adopción de leyes modelos o convenios, que homogenizan la regulación sobre temas sensibles, en aras de mejorar el clima de inversión.

En el terreno de las garantías reales mobiliarias, la fuerza modernizadora ha provenido, principalmente, de los organismos supranacionales que reclaman una estandarización global de las reglas, en torno a la evaluación del capital, buscando en últimas la ampliación de las fronteras del mercado global.

En línea con lo anterior, el Banco Mundial a través de la metodología de Obtención de crédito viene midiendo cuantitativamente la calidad de los derechos de crédito garantizados de los Estados, en función de la obtención fácil de un crédito garantizado, la correspondiente fortaleza del derecho de crédito garantizado y la calidad en la información pública de los deudores, teniendo como eje un régimen

legal eficiente de garantías muebles (Banco Mundial, 2020). Y que adicionalmente sea:

- a. Un régimen legal unificado, en cuanto sea capaz de “englobar” todas las figuras que funcionalmente cumplen con el propósito de garantizar obligaciones con cosas muebles.
- b. Un régimen legal integrado, en cuanto contenga en una misma base o registro los títulos creadores de las garantías y brinde, en el mismo, la correspondiente publicidad de la garantía.
- c. Un régimen legal que permita al deudor-comerciante-garante, gravar genéricamente, distintos bienes, valores o derechos, evitando constituir una garantía por cada colateral y su desposesión.
- d. Permitir al deudor-comerciante-garante gravar bienes futuros y de adquisición posterior, así como los bienes o valores de reemplazo, frutos civiles o naturales.
- e. Que se permita la cobertura genérica de todo tipo de obligaciones, permitiendo que no sea necesario una pormenorización de estas en los títulos que se lleven al registro.
- f. Una plataforma registral geográficamente unificada, que permita una búsqueda no por el colateral sino por el garante.
- g. Una plataforma registral que publicite la garantía real y cualquier equivalente funcional, sin que medie un filtro jurídico sobre la validez de la garantía.
- h. Una plataforma registral, en línea, que simplifique los trámites de modificación cancelación de la garantía real mueble.

- i. Un régimen legal, que supere el prior tempore, prior in iure, permitiendo solucionar el derecho de crédito garantizado, con preferencia sobre las obligaciones fiscales y laborales.
- j. Un sistema legal que garantice preferencia al acreedor garantizado, dentro de un proceso de reorganización empresarial, en cuanto a realizar la garantía que no esté dentro del giro ordinario de los negocios o que peligrando la existencia del colateral pueda realizarse con preferencia. Un sistema legal que permita la ejecución de la garantía, al margen de la jurisdicción, permitiendo, verbigracia, la aprehensión directa por parte del acreedor garantizado.

En Colombia se diagnosticó, previo a la vigencia de la Ley 1676 de 2013, que uno de los mayores problemas que enfrentaban pequeños y medianos empresarios era el acceso al crédito. Lo anterior, porque los proveedores de financiamiento se resistían a flexibilizar el crédito, arguyendo que la enorme dispersión normativa; la ausencia de publicidad que evitara gravámenes ocultos y su tortuosa ejecución hacían altamente riesgosa las operaciones de crédito garantizado con bienes muebles (Colombia, Ministerio de Comercio, 2012, p. 2)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Una comisión, tutelada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y en coordinación con Banco Mundial, elaboraron el proyecto de ley buscando *“actualizar el derecho de garantías mobiliarias colombiano y ajustarlo a los estándares internacionales, con el propósito de que más ciudadanos y pequeñas empresas tengan acceso al crédito. Mediante esquemas más ágiles y flexibles como los que se proponen en este proyecto de ley, las personas y compañías en general, pero en especial, las pequeñas y medianas empresas, podrán respaldar sus créditos con sus*

Debido a lo anterior, se venía reclamando un cuerpo normativo unificado que actualizara el sistema de Garantías sobre bienes muebles; reclamándose un registro público, ágil, transparente y único; con un sistema procesal expedito en materia de ejecución, capaz de brindar la suficiente confianza a los actores de una operación de crédito (Correa, 2011, p. 17).

El aterrizaje de la Ley 1676 del 2013 o Ley de Garantías Mobiliarias suponía la respuesta legislativa al anterior estado de cosas; sin embargo, el trasplante normativo no está cumpliendo con los objetivos planteados, pues tanto en el sector real como financiero, no se evidencia un aumento de operaciones aseguradas con bienes distintos a los permitidos por las normas que regulaban la Prenda.

---

*inventarios o sus cuentas por cobrar. Así las cosas, los empresarios recurrirán menos al crédito informal al tiempo que los bancos verán disminuido el riesgo al conceder dichos créditos.*

*Precisamente, una de las quejas recurrentes de los comerciantes es la imposibilidad de acceder fácilmente al crédito cuando no se dispone de activos colaterales que puedan ser objeto de garantía o cuando no se está dispuesto o en capacidad de ofrecer garantías personales.*

*El actual régimen legal requiere de una actualización, no solo porque el mismo resulta ser anacrónico, puesto que tiene 40 años de existencia, sino porque adicionalmente se presenta una dispersión normativa que dificulta su aplicación. Esta fragmentación se evidencia a su vez en la falta de unidad conceptual en el tema de garantías mobiliarias.*

*De otra parte, el sistema actual resulta rígido en su alcance al carecer de un enfoque funcional amplio que cobije de manera genérica a todas las modalidades de garantía mobiliaria en sus distintas formas contractuales, a todos los bienes y a todas las obligaciones susceptibles de garantía presentes o futuras.*

*De esta manera, a pesar de que el empresario tiene bienes que podrían servir para garantizar su crédito y acceder así a financiación en condiciones más favorables, no puede hacerlo porque el régimen jurídico colombiano lo permite de manera muy limitada”(Senado de Colombia, 2012).*

En esa línea, verdad a medias, aquella que ubica a Colombia en el primer lugar, a nivel regional, del ranking *Doing Business* (Banco Mundial) relativo a la facilidad de acceso al crédito, pues esto no refleja, en la práctica, una generalización de los créditos garantizados con bienes muebles.

Cuando se analizan los datos de Confecámaras, en la revisión de implementación de 1.575.125 garantes registrados, solo 27.431 corresponden a empresas, siendo el remanente, garantes en el marco de operaciones de consumo, lo que puede llevar a afirmar que estamos frente a una deficiente cobertura de las Garantías Mobiliarias en el préstamo comercial (Confecámaras, 2017).

Otro dato: de 27.431 deudores solo el 6% hace parte de sectores sensibles en la generación de empleo como el agropecuario y el comercio minorista, lo que nos lleva a decir que, la profundización del crédito garantizado mueble, se ha quedado enclaustrada en el sector financiero, pero en los préstamos comerciales, B2B o B2C, las garantías regulares siguen siendo la hipoteca o el título valor en garantía.

Evidencia adicional, en la deficitaria implementación de las Garantías Mobiliarias, es el hecho que del 100% de bienes otorgados como colaterales, el 84,9% corresponde automotores, evidenciando la reticencia de los acreedores, para aceptar bienes muebles “extraños” a los que se venían admitiendo bajo la institución de la Prenda (Confecámaras, 2017).

En este contexto, las garantías reales más usadas, en el desarrollo de los Préstamos comerciales, siguen siendo la Prenda, en su versión decimonónica, la

Hipoteca y la constitución de títulos valores garantizadores de obligaciones comerciales. Las dos primeras con un efecto tácito y perverso para ambas partes: la exclusión del comercio de los bienes dados en garantía por un lado y por otro, la exposición a un proceso judicial que, por la lenta resolución de la ejecución<sup>2</sup>, atenta contra la necesidad de liquidez de los empresarios.

Así las cosas, este fallo en el sistema de Garantías Mobiliarias, produce una necesidad investigativa que se resolverá con una propuesta que, propende por el cumplimiento de los propósitos en cuanto a incrementar el acceso al crédito; la ampliación de los bienes susceptibles de darse en garantía y la ejecución rápida, en aras de dinamizar el préstamo comercial garantizado.

---

<sup>2</sup> En un estudio publicado por el Consejo Superior de la Judicatura y la Corporación Excelencia en la Justicia, del 1 de abril de 2016, se da cuenta como los días corrientes promedio de ejecución de una garantía hipotecaria, estaban entre 1583, 637 y 180 días, según se tratase de procesos mayor, menor o mínima cuantía respectivamente; y en el proceso ejecutivo – prendario, la ejecución ronda un promedio de 848 días.

## INTRODUCCIÓN

Para nosotros, el problema de la asimilación, del trasplante normativo. se debe a que tenemos una deficiente conceptualización de la naturaleza de la Garantía Mobiliaria, al interpretarse la figura bajo postulados privatistas decimonónicos caducos.

Entonces, si el problema de eficacia de la Garantía Mobiliaria, en adelante GM, inicia en una deficiente conceptualización al interior de cultura jurídica colombiana, ¿es necesario, para entender su naturaleza, hablar del Derecho de Garantías Mobiliarias como una institución autónoma, con principios propios y omnicompreensiva de todas las operaciones garantizadas con bienes muebles o, por el contrario, estamos frente a una figura “remasterizada” de la Prenda decimonónica?

Nuestra tesis, supone que la concreción de la eficacia jurídica, de la GM, depende de superar el paradigma decimonónico de la Prenda y demostrar que ésta es una institución jurídica autónoma en su naturaleza; que recluta en una misma etiqueta todas las figuras anteriores a la Ley 1676 de 2013, con las excepciones previstas en la misma, siendo sus normas de carácter imperativo en lo atinente a la creación y ejecución, por tanto no dependiente en su aplicación y efectos de otras instituciones jurídicas y que, al igual que la Prenda, debe analizarse desde dos ópticas: 1) La GM como derecho y 2) la GM como bien gravado.

Pero más a fondo, la GM responde o expresa de buena manera, ciertos valores éticos del ser humano dentro de una sociedad comercial, como son la prudencia, mediante una clara valoración del riesgo moral del crédito; la honradez, permitiendo que la GM deje de entenderse como un apremio tiránico hacia el deudor, y por el contrario se entienda como un modo alternativo para honrar los compromisos; y por último, la GM como una figura que garantiza la libertad, al generar una competencia entre los proveedores del financiamiento, en su tarea de asignar recursos en el mercado.

¿Cómo se desarrollará la presente hipótesis? En el capítulo I, realizaremos un examen del origen de la GM, iniciando el recorrido en el inacabable Derecho Romano, para después incursionar en Inglaterra con su Garantía Flotante -*The Floating Charge*-; y posterior revisión en los Estados Unidos con el *Security Interest*, donde se mostrará la pertinencia del Artículo 9 del UCC en el desarrollo histórico de la naturaleza de la GM.

Llegaremos a las leyes modelos de UNCITRAL y la OEA para terminar inspeccionando la actualidad de la figura en los países latinoamericanos que han adoptado la ley modelo y los antecedentes en el derecho colombiano de una GM funcional como la contenida en la Ley 1676 de 2013.

En el capítulo II, realizaremos una conceptualización de la GM, definiéndola como un Derecho Real de carácter funcional, genérica en cuanto supera a la prenda, que termina por reunir, en una sola etiqueta, todas las figuras típicas del derecho colombiano, incluyendo los derechos de retención, prestando atención al propósito

del negocio jurídico de garantía y su calidad de derecho preferente de un valor, en el patrimonio del garante.

En el capítulo III, expondremos la dimensión de la GM, en cuanto colateral, resaltándose la autorización legal *numerus apertus* en el otorgamiento de colaterales garantizadores, indicando la posibilidad de gravar cualquier cosa o derecho en cuanto tenga valor económico y posibilidad de realización en el mercado y los alcances de la fungibilidad de la Garantía, señalando necesariamente el concepto de *Proceeds* del Derecho Norteamericano.

## **CAPÍTULO I. HISTORIA DE UNA GARANTÍA MOBILIARIA FUNCIONAL Y GENÉRICA**

En este capítulo, referiremos un rastreo histórico de la GM, que encuentra sus primeros vestigios en el derecho Romano, siguiendo a la Inglaterra de la época mercantilista, para llegar a la Revolución Industrial como el punto más próximo, donde se encuentran las características modernas de la GM desde la perspectiva del *Floating charge*, permitiéndonos explicar, desde una perspectiva histórica, los atributos de la GM colombiana, como la mutación del colateral; el carácter auto-liquidante del préstamo con GM; la posibilidad de gravar bienes futuros y un primer acercamiento al concepto de derivados.

Es en el derecho anglosajón, donde primitivamente se reconoce una realidad de los negocios que no estaba positivizada pero que, por la amplitud de contratos garantizadores otorgados, era urgente que se regulara.

En el caso norteamericano, se mostrará la sombra jurídica que proyecta el artículo 9 del UCC, sobre la Ley 1676 de 2013, buscando apoyar la presente argumentación en torno a que nuestra norma debe apoyarse, para su interpretación, en los postulados del derecho norteamericano.

### **1. La Garantía Romana Funcional: del *Pignus Conventum* sobre universalidades**

En una primera fase de la GM romana, el *Pignus Datum*, limitó el alcance de éste a *res corporales*, siendo la aparición del *Pignus Conventum*, la habilitación para que las cosas futuras y universalidades jurídicas, pudiesen darse en garantía.

Nos interesa reseñar, el caso de las universalidades jurídicas, prendadas en el derecho romano, como evidencia de una garantía real funcional, no desconocida por los romanos, pues, como afirma el profesor Alejandro Guzmán Brito, “El dogma de no ser posible una hipoteca mobiliaria, o prenda sin desplazamiento, sobre muebles, que, como antes hemos dicho en general y examinaremos con más detalle después, tan estrictamente recogieron los códigos y proyectos de tales de la segunda mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX no pertenece, pues, al Derecho romano. En él es exactamente lo contrario, como pasamos a ver.” (Guzmán, 2009)

La profesora Rosa Mentxaka, menciona como la *Invecta et Illata*, ya reseñada en los escritos de Catón, permitía que, mediante un acuerdo entre colono y arrendador, todos los bienes constitutivos de esta universalidad estuviesen gravados, a partir de la *importatio in fundum*, o el ingreso efectivo de los bienes y los bienes de reemplazo, haciendo que el gravamen no recayese necesariamente sobre unos bienes determinados, sino sobre unos valores determinados en la *invecta*, tan extremo, que hasta los bienes de los cuales el garante no era dueño, podían incluirse en este tipo de garantía, si mediaba autorización del propietario (Mentxaka, 1984, p. 89).

Del texto de Escévola, *Dig. 20, 1, 34, pr*, se da cuenta como, existía la posibilidad, en el Derecho Romano, de constituir gravámenes prendarios sobre universalidades, que tenían un carácter auto-liquidante, como el establecimiento mercantil, buscando garantizar el préstamo del financiador de las mercaderías.

Aún más, tanto en los textos de Marciano y Paulo, *Dig 20, 1, 13, pr* y *Dig 13,7,18, 3*, respectivamente, se colige el carácter circulante de los componentes del colateral, que permitía al deudor realizar sin restricción alguna actos de disposición (Mentxaka, 1984, p. 227).

Por último, Mentxaka, como conclusión de una lectura crítica de los documentos *Tabulae Pampeianae*, nos dice que en la primera parte del siglo I D.C, era frecuente la constitución de gravámenes sobre mercaderías, evitando la entrega física, depositando el colateral universal en dependencias de un local; reseñándose al acreedor garantizado, como titular arrendatario del espacio depositario, de las mercaderías gravadas. Determinándose, por escrito, las cantidades y lugar específico de ubicación de los bienes gravados; permitiéndose al garante constituir un segundo gravamen, y la posibilidad de reemplazar los bienes gravados (Mentxaka, 1984, p. 229).

## **2. Inglaterra: el préstamo comercial inglés y la garantía flotante.**

La consolidación del Mercantilismo en Inglaterra, durante el siglo XVII, bajo la egida de Oliver Cromwell, significó una “revolución comercial”, preludio de lo que sería la Revolución Industrial, en el marco de una manifiesta hegemonía británica en el comercio internacional, buscando la supremacía geopolítica.

De manera estratégica, se permitió a los comerciantes y financiadores, al margen del *Common Law*, que exclusivamente reconocían La Hipoteca, La Prenda y el Derecho de Retención, crear regulaciones inter-partes que garantizaran de mejor

manera los préstamos comerciales, buscando reducir el riesgo moral del crédito, con la consiguiente reducción de las tasas de interés, haciendo competitiva la producción inglesa (Rojas, 2007, p. 83).

En este contexto, se consolida una figura que la doctrina conocerá como el *Equitable Charges*, diferenciándose de las figuras típicas del Common Law, en el hecho que desdeñaba la necesidad que el garante entregase la propiedad o la posesión y por el contrario admitía la posesión práctica del bien, permitiendo que el deudor-garante utilizara el colateral para generar la caja suficiente, que le permitiese cumplir con el crédito garantizado (Fernández, 2016).

Sin embargo, es lugar común que los requerimientos del comercio tienen una dinámica mucho más veloz, que la dinámica del Derecho. En efecto, El profesor Pennington relata cómo, sobre los años treinta del siglo XIX, se sucedió un fenómeno industrial y comercial, conocido como la Revolución Industrial, que terminó por superar el *equitable charge*, pues las nuevas compañías, que no podían fondearse en el mercado accionario, y que no estaban en la dimensión de las empresas grandes, recurrieron a préstamos con bonos garantizados que en principio daban la tranquilidad, a los acreedores, de tener una prioridad que garantizaba la devolución del valor adeudado, fundados en una prioridad que relativizaba el *prior tempore prior iure* en caso de liquidación de la compañía (Pennington, 1960, p. 630).

Sin embargo, la velocidad del fenómeno industrializante puso en evidencia una necesidad cada vez mayor de financiamiento, haciendo que los requerimientos de capital, para la compra de materias primas o el pago de transportes, en industrias

tan pujantes como las ferroviarias, tornasen insuficientes activos comunes como las máquinas o los terrenos, en procura de garantizar los préstamos de largo plazo.

Ésta nueva realidad económica, enfrentaba a un nuevo cuerpo de acreedores, que proveían los insumos necesarios para la producción, compitiendo con los financiadores de largo plazo por los activos del empresario, en una eventual quiebra de éste, ocasionando una situación de insuficiencia patrimonial y desmejorando a los financiadores de largo plazo, que consecuentemente se vieron forzados a replantear la forma en cómo se estaban confeccionando los *equitable charges* (Pennington, 1960, p. 631).

No debe olvidarse, que los prestamistas de largo plazo, desde el auge del mercantilismo, cubrían sus préstamos con activos fijos, inmuebles o muebles, que tenían la particularidad de ser identificables, lo que terminaba por excluir colaterales como, productos manufacturados, materias primas, cuentas por cobrar, etc.; que en plena Revolución Industrial podían tener un mayor valor comercial y de cambio que los terrenos o edificaciones, pero que tenían el problema de ser unos activos que mutaban frecuentemente o que no existían al momento de evaluarse, lo que supuso un desafío, a la luz del Common Law, para establecer sobre ellos garantías muebles, al mediar su carácter indeterminado e inexistencia al momento de la constitución de la garantía (Pennington, 1960, p.633).

Sumado a lo anterior, Inglaterra ve por esta época el nacimiento de la figura de las corporaciones con responsabilidad limitada que supuso, para los proveedores de recursos, un peligro adicional y es que ahora los accionistas podían mitigar su riesgo

con ocasión del fracaso de la aventura empresarial, frente a lo cual el Derecho Inglés solo ofrecía una solución generalizada a través de las doctrinas *Ultra Vires* y de *Obligación del Mantenimiento del Capital*, que no lograban abarcar todas las situaciones que el genio jurídico de los abogados ingleses creaban en los contratos de garantías (John Armour, 2004, p.26).

Este estado de cosas, fue provocando, en la práctica, una distinción entre Garantía fija (*Fixed Charge*), que obedecía a unos criterios de determinación y de existencia, frente a otra garantía de origen privado, con uno o varios colaterales indeterminados y que en varias ocasiones ni siquiera existían al momento de la celebración del contrato. La generalización de la figura atípica, tampoco tuvo en las decisiones de los jueces conceptualización alguna que reconociese esta nueva realidad jurídica, como lo confirma la profesora Iris Chiu quien arguye que, para la época, la impropiedad del sistema estaba dada por la falta de definición conceptual entre *fixed charge* y *floating charge* (Chiu, 2006, p.705).

Los jueces, que en un principio se habían mostrado reacios a conceptualizar en sus sentencias el nuevo fenómeno de las garantías flotantes, a falta de una definición legal, comenzaron hablar a través de una serie de providencias seminales buscando alinear un fenómeno que ya era corriente entre financiadores y empresarios, quienes a través de sus abogados diseñaban los instrumentos contractuales que los jueces comenzaron a hacer cumplir, por lo que entre 1860 y 1870 se registran unos fallos que dan cuenta de lo que debía entenderse como garantía flotante.

El primero de estos, *Holroyd v Marshall* (1862) planteó el problema jurídico en torno a si era posible que, el acreedor garantizado pudiese ejercer su garantía no solo sobre el bien presente, al momento de la constitución del gravamen, sino también la posibilidad que se hiciese extensiva a los bienes que guardan similar identidad, con el colateral primigenio, buscando la cuadratura del círculo, en el sentido de poder explicar como un gravamen del presente alcanza bienes del futuro.

La profesora Serrano en su artículo (2016) resume que los hechos:

(...) Versaban sobre el gravamen constituido sobre la maquinaria de un molino; en el momento de constitución de la hipoteca se pactó no solo que el deudor conservara la posesión de dichos bienes, sino además la posibilidad de sustituirlos por otra maquinaria nueva. La cuestión que se planteó ante los tribunales fue si la nueva maquinaria adquirida por el deudor en sustitución de la antigua, así como cualquier otra maquinaria adicional que existiera en el molino, quedaba sujeta al cumplimiento de la obligación garantizada desde el momento en que fuera adquirida por el deudor, sin necesidad de un nuevo y específico acto de transmisión. De darse una respuesta afirmativa, el acreedor tendría prioridad sobre la demanda de cualquier otro acreedor en caso de ejecución de los bienes del deudor; en caso contrario, dichos bienes podían ser objeto de ejecución por otros acreedores (p.321).

El fallo, finalmente extendió la posibilidad para que los acreedores con Garantía Flotante pudiesen ejercer el derecho de garantía más allá de los bienes presentes

y con preferencia sobre los otros acreedores. Lo que permitió, desde el punto de vista del financiador, liberar más capital a sabiendas que no solamente los bienes financiados, sino los futuros de reemplazo o que acrecentaran su garantía se entendían cobijados por el acuerdo inicial. Del lado del empresario, la posibilidad de tratar con los activos gravados dentro del giro ordinario de su negocio lo liberaba de “las cadenas” del gravamen estático -Fixed charge- permitiéndole asegurar una mayor liquidez.

El segundo fallo, *In Re Panama New Zeland* (1870) marca un hito en la aceptación judicial de la Garantía Flotante, pues en este caso, a pesar que los jueces no definen la naturaleza de la Garantía Flotante, si se realiza una concienzuda descripción de la figura, rescatándose el efecto de nulidad del negocio a falta de registro y concediéndole toda la validez al acuerdo interpartes sin necesidad de prescripción legal alguna, a pesar que versara sobre la totalidad de los activos del empresario.

Para el año de 1903 en el fallo *Yorkshire Woolcombers Association Ltd*, encontramos el primer “test” de verificación sobre lo que debía contener una garantía para ser llamada flotante y donde se tiene una aproximación conceptual a la GM nacional, a partir de la distinción entre gravámenes fijos y flotantes:

- a. Debe permitir gravar uno o más bienes, los cuales pueden ser presentes o futuros.
- b. Es una garantía que permite la mutación del activo en el tiempo, siempre que haga parte del giro ordinario de los negocios.

c. A menos que se verifique el riesgo del incumplimiento, el poder de disposición lo tiene el deudor.

Arriesgándonos a una delimitación propia, de la garantía flotante, podríamos definirla como aquella donde el acreedor garantizado no tiene el poder de controlar la garantía en su propio beneficio, pues solo tiene una participación patrimonial, en el entendido que su interés está en un fondo de capital circulante y hasta que no se cristalice el incumplimiento, que le permite intervenir para reclamar la ejecución del gravamen, es el garante y no el acreedor, quien decide cómo manejar los activos gravados en el giro ordinario de su negocio.

En definitiva, el antecedente británico enseñó que la velocidad del comercio, la mayoría de las veces, está en avanzada de la norma, por lo que la actualización jurídica estuvo en manos de los jueces, quienes desarrollaron un verdadero marco de derecho privado para el crédito garantizado.

Para el caso de Colombia serán los jueces los llamados a actuar para solucionar “los casos difíciles” atendiendo que la Ley 1676 de 2013 es un cuerpo funcional y flexible, que va requerir una construcción pretoriana, siempre bajo el supuesto de respetar la libertad de contratación que acompaña a las partes en la celebración de un contrato de GM, pues, como se ha visto en el caso británico, son las partes quienes en un marco flexible construyen artefactos jurídicos funcionales, que solucionan el problema de la liquidez y resguardan al acreedor del incumplimiento del contrato u obligaciones garantizadas.

Recordar que el caso inglés enseña: así como fue el genio de los juristas británicos fue lo que permitió institucionalizar la *Floating Charge*, como una opción corresponsal con la velocidad de las operaciones que requieren financiación garantizada, será también el genio de juristas nacionales lo que permitirá la evolución de la GM, corriendo el mojón más allá de los tradicionales colaterales aceptados, hasta antes de la Ley 1676 de 2013.

### **3. Estados Unidos: el Security Interest**

La Revolución Industrial no fue un fenómeno exclusivo en el viejo continente, pues en los Estados Unidos durante el siglo XIX y con el fin de la Guerra de Secesión, se puso fin a la primacía de los valores tradicionales y aristocráticos de los estados sureños, dando paso a la consolidación de los valores económicos del norte, acelerándose la colonización del oeste; el triunfo del proteccionismo industrial y la dinamización del mercado crediticio (Fernández, 2012, p. 45).

Para finales del siglo XVIII, la garantía mueble que implicaba la continuidad de la posesión en cabeza del deudor, era desconocida y por el contrario se consideraba que un instrumento garantizador, donde no mediase la desposesión del bien, era una operación fraudulenta, cuestión que se mantuvo vigente casi hasta finales del siglo XIX.

Dicho principio, comenzó a morigerarse cuando en la ley de compraventas del siglo XIX, se deja de hablar de la presunción de operación fraudulenta que no admitía prueba en contrario, a una presunción refutable, sin detenerse en una lista taxativa de hechos que desmontaran la presunción.

En este mismo sentido, el profesor Gilmore infiere que la erosión del principio, se debió a la rápida expansión de las plantas de producción que produjo una alta demanda del crédito, a lo que las instituciones financieras, que eran la fuente primaria de crédito, reclamaron que sus préstamos fuesen asegurados de manera prioritaria y admitiendo que la fuente de riqueza ya no estaba en los tradicionales derechos reales, sino en otros derechos que representaban mayor liquidez (Gilmore, 1999).

En el *iter* histórico, de la consolidación de un sistema unificado de Garantías Mobiliarias en Estados Unidos, encontramos que el proceso condujo al descubrimiento, invención o creación de una serie de dispositivos denominados “garantías independientes”<sup>3</sup>. Estos mecanismos, como la Hipoteca Mobiliaria, La Prenda, La Venta condicionada, El Recibo Fiduciario, el *factor’s lien*, el Depósito en Garantía, la Garantía Mueble sobre intangibles y las Cuentas por cobrar en Garantía, tienen su nido en plena Revolución Industrial, causa económica en la aparición de estas figuras, recordando que este no fue un fenómeno de exclusividad en el viejo continente (Gilmore, 1999).

---

<sup>3</sup> Finalmente, estos instrumentos tuvieron un reconocimiento pronto en las legislaciones estatales y el profesor Gilmore en un increíble trabajo, *Security Interest in Personal Property*, aborda cronológicamente la aparición de las figuras garantizadoras muebles.

En ese orden de ideas, la hipoteca tradicional se mostraba insuficiente para respaldar la insaciable demanda de crédito por parte del comerciante pues no satisfacía un criterio de eficiencia en la liquidez, exigida por los banqueros.

Por otro lado, la Prenda –*Pledge*-, si bien era aplicable a las acciones y bonos expedidos por las compañías, no alcanzaba a cubrir otros colaterales, atractivos desde el punto de vista del financiador, como los inventarios del comerciante, las máquinas de producción o los ferrocarriles, bajo el entendido que resultaba ilógico entregar su posesión en garantía, pues eran necesarios para asegurar la liquidez del comerciante (Gilmore, 1999).

En la venta condicionada –*The Conditional Sales*-, encontramos que hasta bien entrado el siglo XIX, fue una figura que no gozó de gran aceptación por parte de los jueces que, alegando el interés público, llegaron al extremo de anular compraventas de este tipo. La manera teórica, en que se aceptó la venta condicionada, para no verla como una operación de garantía, fue matizando la figura, al decir que en realidad no era una garantía, sino un contrato principal de compraventa sometido a un hecho futuro e incierto y era que el comprador no pagase el precio, lo que permitía al vendedor reclamar la terminación del contrato y a renglón seguido la posesión sobre la cosa entregada (Gilmore, 1999).

El recibo fiduciario –*Trust Receipt*-, es el único mecanismo de garantía que en realidad fue inventado por los norteamericanos, pues a diferencia de la Prenda o

Hipoteca a las que podría rastreárseles su genealogía en el derecho Romano, ésta figura ancla su origen en 1880 y consistió básicamente en una operación donde el vendedor, que no permitía la transferencia de los bienes al comprador, sometía su decisión a que éste último le prometiese que un banco pagaría por él, el precio acordado. El banco, si estaba satisfecho con la capacidad crediticia del comprador, emitía una carta de crédito prometiendo pagar los bienes contra-entrega a cambio de que se le facilitase el Conocimiento de Embarque, entregándole la posesión al comprador, pero, si este no pagaba, el banco podía vender la factura, el Conocimiento de Embarque o los mismos bienes garantizadores. Para delimitar el alcance de la figura, el profesor Kozolchyck refiere como el acreedor garantizado podía *“perseguir los bienes atribuibles a su crédito en cualesquiera de sus transformaciones independientemente de la transformación, venta, reventa o re-pignoración sufrida por los bienes dados en garantía originalmente, pudiendo así resarcirse con el producto de las ventas o permutas del firmante del recibo fiduciario”* (Kozolchyk, 2003, p. 8).

El recibo fiduciario, tiene la virtud de haber resuelto los problemas de la hipoteca mobiliaria, que no permitía la extensión de la figura a los bienes derivados o atribuibles de la garantía original, así como la imposibilidad que el deudor conservase la posesión útil de los bienes manufacturados o materias primas, para que, en un tiempo prudencial, el prestatario pudiese vender las mercaderías y cumplir la obligación de pago.

Esta operación, en principio fue restringida para las importaciones, pero con posterioridad y con ocasión del auge de las industrias automotrices, se extendió a operaciones nacionales que incluían un mismo colateral en operaciones sucesivas de garantía entre la fábrica, concesionario y el consumidor.

La sofisticación cada vez mayor de la figura, obligó a tomar conciencia de la necesidad de una regulación uniforme, nombrándose como redactor principal al profesor Karl Llewellyn, quien junto a otros redactores expidieron un estatuto modelo que fue rápidamente acogido, primero por el estado de Nueva York, seguido de California, e Illinois conocido como la Ley UTRA, que termino por dar un marco legal, limitando el uso de la figura a prestamistas profesionales (Gilmore, 1999).

El Gravamen de Factor -Factor's Lien-, que hunde sus raíces en el factoring de ventas del siglo XIX, se desarrolló a partir de las prácticas comunes en la industria textil de la ciudad de Nueva York y sus alrededores, siendo regularizada en 1911 a través de la *New York Personal Property Law*, respondiendo a la necesidad de la Industria textilera, que recurría permanentemente a prestamistas que tomaban por garantía sus facturas y a cambio de un redescuento le suministraba liquidez.

Después, en 1940, se da una explosión de las operaciones financieras de factoring, reproduciéndose el ejemplo de Nueva York en los demás estados de La Unión, desencadenado por la depresión de la década de 1930 que afectó al sector y obligó a la deslocalización del sector textilero de Nueva York. Sobre los años 50, la figura

se extendió a otros sectores de la economía, donde ya no se aplicaba a las operaciones del productor sino también a las del minorista (Gilmore, 1999).

El almacenamiento de campo, al igual que el recibo del fideicomiso y el gravamen del factor, puede considerarse como otro de los dispositivos, de finales del siglo XIX, que fueron diseñados para hacer posible la financiación segura, pignorando el inventario a pesar de las restricciones que impuso la teoría hipotecaria sobre la utilidad del inventario o stock en hipotecas comerciales.

En esencia, era una figura garantizadora donde el prestatario agricultor colocaba en un almacén parte de su cosecha, que entregaba en garantía al banco y este último iba autorizando la salida de mercancía, en la medida que existiese un título de reemplazo equivalente a las mercancías sustituidas; o que se abonase una parte proporcional del préstamo. La libertad del prestatario en torno con el destino dependía de la flexibilidad del prestamista.

El profesor Friedman, explicaba, en su momento, como con posterioridad a la Gran Depresión, los empresarios sobrevivientes de la hecatombe, ávidos de recursos frescos, pero sin grandes colaterales que resultasen atractivos a los prestamistas, se dan cuenta que poseen unas materias primas “inmovilizadas” que pueden generar liquidez en el mediano plazo. Friedman explicaba cómo, para crear una garantía, el prestatario arrendaba a una compañía de depósito parte de sus instalaciones donde reposaban los colaterales. El depositario los separaba del resto de la planta mediante particiones y el bloqueo de las entradas, a renglón seguido colocaba numerosos letreros que generaban la publicidad de cara a la oponibilidad, indicando el estado de esos inventarios, a cargo de un conserje, quien emitía los

recibos de almacén, indicando si estos son o no negociables prendándolos al banco como garantía del préstamo (Friedman, 1942).

Ya más próxima, la Garantía mueble sobre intangibles -*Security Interest in Intangible Property*-, estaban referidos a todos aquellos bienes que no podían ser pignorados de la manera tradicional, es decir, mediante la entrega física o de un título legal que justificara el gravamen. El profesor Gilmour, nos cuenta como para la época anterior a la expedición del UCC, el vocabulario legal estaba rezagado y la categoría genérica aceptada era la de “derechos de contrato” e intangibles generales, pero se permitieron transacciones de garantía sobre estos colaterales, previo a la redacción del art. 9 del UCC, que en realidad eran los actuales derechos de propiedad intelectual.

El financiamiento de cuentas por cobrar, tiene fecha de consolidación en 1920, pero finca sus raíces en el factoring de inventarios que mutó a una financiación más elaborada que terminó por llevar a un financiamiento puro, en el entendido que eran los activos más líquidos, pues a juicio del acreedor, la diligencia previa sobre la capacidad de cumplimiento del deudor del título representativo del crédito, reducía la posibilidad de incumplimiento en favor del factor.

Con posterioridad, el caso *Benedict v. Ratner*<sup>4</sup>, que vendrá a ser aplicable como una regla de derecho, es un antecedente jurisprudencial que obligó a la expedición, para mitigar sus efectos, de la *Uniform Trust Receipts Act*, siendo este el primer antecedente normativo próximo al artículo 9 del UCC.

Al período que sigue a la Segunda Guerra Mundial es clara la incertidumbre jurídica producida por la cantidad de figuras mobiliarias garantizadoras del crédito que proliferaron en los Estados Unidos de la posguerra, mutaciones de las ya mencionadas, dando lugar a la necesidad de un cuerpo legal unificado, sumado al hecho que los estados eran autónomos en sus regulaciones y, por ende, regulaban sus propias garantías.

En 1951, se presenta el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, por sus siglas en inglés UCC, que reunía en nueve artículos los aspectos básicos de las transacciones comerciales estadounidenses a saber: 1. Disposiciones generales 2. Las ventas de bienes 3. Los instrumentos negociables 4. Los depósitos bancarios 5. Cartas de Crédito 6. Transferencias a granel y ventas a granel 7. Los recibos de

---

<sup>4</sup> La ley contemporánea de transacciones garantizadas se desarrolló a partir de la decisión de la Corte Suprema de 1925 en *Benedict Vs. Ratner*, que limitaba que en los contratos de garantía, semejantes a los contratos de cuenta de control de la ley 1676, una persona constituyese un derecho de retención sobre sus cuentas por cobrar como garantía de una obligación, reservándose el deudor la posibilidad de cobrar el derecho de crédito de las cuentas combinadas con sus propios fondos, se entendía como un gravamen es ilusorio y nulo, regla que terminaba por hacer impracticable una GM sobre bienes fungibles como el dinero. Afortunadamente, con la promulgación de la sección 9-205 de la UCC, la regla en *Benedict Vs. Ratner* fue expresamente excluida de las leyes de todos los estados que adoptaron el Código, y el uso de colaterales flotantes y acuerdos de compra de dinero en la financiación de un se aprobó el inventario mutable del deudor, cuestión confirmada en la sección 9-306 (5), que establece que la GM original, existente entre el deudor y la parte asegurada, continúa en bienes devueltos y embargados (Gordon, 1964).

almacén, conocimientos de embarque y otros documentos. 8. Los instrumentos de inversión y 9. Garantías mobiliarias.

El artículo 9 del UCC, vino a condensar, en una sola figura jurídica, todas las garantías reales muebles, que como el Factoring o el *Trust Receipt*, estaban contenidas en regulaciones dispersas. La figura jurídica denominada *Security interest*, permitió generar una homogeneidad en torno a las reglas de creación, publicidad, prelación, ejecución extrajudicial y judicial. Valga decir, el texto jurídico que contenía la regulación, solo fue adoptado por la gran mayoría de los estados hasta 1962.

El Artículo 9, establece las reglas que rigen cualquier transacción, en la que medie una obligación garantizada con activos muebles del deudor, dejando por fuera de su regulación el leasing financiero. Si éste no paga, el acreedor puede embargar y vender el bien o el conjunto de bienes y sus derivados para satisfacer la deuda.

La garantía del acreedor llamado *Security interest*, se encuentra definido como un derecho sobre la propiedad o sus accesorios que garantizan el pago o ejecución de una obligación (Gilmore 1999, 334).

En el *Security Interest* existen dos conceptos claves: *attachment and perfection* "constitución" y "perfección". Estos términos, describen los dos eventos clave en la creación de una GM.

*Attachment* refiere a la eficacia de la garantía entre el acreedor y el deudor, y generalmente ocurre con la suscripción del contrato, siendo un proceso de verificación paso por paso, para llegar al *Security interest*, en donde "attach" es el

verbo para significar todos los eventos necesarios en la creación de un *Security Interest*. 1) *Value Has Been Given*. Donde se define el alcance del valor de la garantía, pudiendo abarcar reclamaciones previas al *agreement*. 2) *Debtor Has Rights in Collateral*. Este requisito en principio hacía referencia a la verificación en torno a que el deudor tuviese el poder de transferir los derechos sobre el bien, en calidad de garantía, a su acreedor. Sin embargo, el concepto "poder transferir" ha sido relativizado, haciéndolo extensivo aquellas situaciones en que un deudor puede dar más derechos de lo que en realidad tiene; como sucede con el consignatario que tiene de "facto" las potestades del título derivado del titular de las mercaderías. Como resultado, se puede otorgar un *Security Interest* por parte del consignatario, a pesar que el expedidor haya retenido el título de los bienes. 3) *The Security Agreement*. En este se verifica la necesidad de constar por escrito el acuerdo de garantía detallando la calidad y alcance del colateral.

*Perfection* o perfeccionamiento de la garantía, se entiende surtido con la presentación de una declaración de financiamiento *-Financing Statement-* que es la forma general de perfeccionar un derecho de garantía. Excepción a esta regla, es la forma de perfeccionamiento en lo referente a cartas de derechos de crédito, cuentas de depósito y títulos de inversiones inmobiliarias que implica una situación de control, donde el deudor no puede transferir la propiedad sin el consentimiento del acreedor. La posesión, es la otra excepción a la presentación de una declaración de financiamiento para perfeccionar el *Security Interest* aplica sobre el dinero que no es producto de la venta de los bienes sujetos a una garantía real.

El perfeccionamiento, está relacionado directamente con los efectos frente a terceros, verificándose lo que se conoce como la prioridad del acreedor frente a otros acreedores, en relación con la misma garantía. El acreedor garantizado, puede hacer efectiva ésta, para satisfacer el cumplimiento de la obligación, verificándose el incumplimiento del deudor.

Asimismo, el perfeccionamiento de la garantía va ligado al registro público correspondiente. En general, el primero en inscribir su derecho de garantía tiene la primera prioridad, y así sucesivamente. En esto, el registro público proporciona el medio para que los acreedores determinen si existe alguna garantía que precede a la suya, brindando una función de aviso; por tanto, el acreedor garantizado subsiguiente, no puede alegar que su concesión de crédito se hizo ignorando las garantías previas, fácilmente verificables en el registro público. Cada acreedor garantizado, tiene reservado un derecho de preferencia sobre cualquier acreedor no garantizado.

Con las revisiones hechas en el año de 1999 al UCC, se involucró de manera expresa las operaciones de consumo, generándose un trato distinto cuando el garante tenga el carácter de consumidor. Ejemplo de estas disposiciones son: un consumidor no puede renunciar a derechos de reembolso en un acuerdo de financiación; un comprador consumidor de bienes que, prepagados en su totalidad o en parte, tiene un interés ejecutable en los bienes adquiridos y puede obtener las

mercancías a manera de indemnización. Asimismo, existe una protección para que el acreedor haga uso de la garantía para satisfacer parcialmente la obligación.

En definitiva, el *Security Interest* cubre la mayoría de operaciones garantizadas con bienes muebles en Estados Unidos permitiendo una verdadera dinamización del crédito, al generalizar, en una sola institución, las infinitas posibilidades de acuerdos garantizadores que las partes confeccionen; evitando depender de enunciaciones legales que particularicen figuras garantizadoras, como en el caso colombiano con la Prenda sobre Establecimiento de Comercio; la Prenda Minera o la Agraria.

#### **4. UNCITRAL: Guía legislativa y Ley Modelo**

Desde el año 1968, la CNUDMI se preocupó por desarrollar un instrumento que generara una actualización y unificación internacional de los sistemas legales de garantías reales muebles, buscando promover la circulación de bienes y servicios transfronterizos. Dicha tarea, fue abandonada y retomada en el año 2000 durante la 33.<sup>a</sup> sesión, reconociendo la necesidad de una norma uniforme, basada en la búsqueda de una oferta de crédito a bajo costo, que ayudase en el desplazamiento trasfronterizo de bienes y servicios; y la promoción del acceso al crédito a bajo costo.

Para tal fin, se propuso que antes de expedir una ley modelo uniforme, era necesario elaborar una Guía legislativa, que brindara directrices a los Estados sobre el norte de la actualización legal de sus sistemas de garantías reales muebles. De manera lógica, los trabajos del grupo VI, de la comisión, se articularon en sus discusiones con el grupo VII –Régimen de Insolvencia- buscando una coordinación normativa

entre ambas guías legislativas, aprobándose por consenso el 14 de diciembre de 2007, la Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas, con un elemento que se debe tener en cuenta y es que parte de esta Guía adoptó principios de la Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, pero principalmente y con relevancia para este estudio, inspirada en el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, en lo que refiere a su carácter funcional.

La guía, con un criterio pragmático, ofrece una herramienta que brinda soluciones genéricas, en aras de conseguir textos homogéneos que puedan funcionar perfectamente en cualquier tipo de ordenamiento jurídico; en situaciones fácticas similares, indistintamente que los vocablos usados en uno u otro sistema sean diferentes, verbigracia, La Garantía del pago del precio en el *Common law* y el privilegio del acreedor prendario propio del *Civil Law*.

En el mismo documento, no se confiere mayor relevancia a la forma en como los Estados introduzcan el sistema de GM, es indistinto que sea mediante una reglamentación autónoma o una reforma a los códigos de derecho privado. Lo importante, es la invitación para que estos realicen un proceso de armonización interna, revisando las relaciones entre la institución de GM y el derecho de las obligaciones, los contratos, el derecho de propiedad, procedimiento civil y el régimen de la insolvencia (Guía Legislativa de La CNUDMI Sobre Las Operaciones Garantizadas, 2010, p. 28).

En la Guía, se reconocen dos cosas importantes con intención de conocer la naturaleza de la GM: por un lado la necesidad que el colateral tenga un carácter auto-liquidante o dicho de otro modo, la necesidad de una liquidez alta de cara al acreedor, lo que debería permitir a los comerciantes prestatarios aprovechar la totalidad del valor de sus activos, en función de otros acreedores que puedan realizar operaciones de financiamiento, tomando los valores residuales de los bienes garantizadores. Y, por otro lado, la distinción entre validez interpartes y validez frente a terceros, a efectos de sostener un iter de formación de la GM, que pasa por la constitución y el perfeccionamiento mediante inscripción, derivando la oponibilidad de este último momento.

Ya en el año 2016, y bajo el título Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, en adelante LM, se expidió un cuerpo normativo que se apartaba de la GUÍA en aspectos como el ámbito de su aplicación, verbigracia, excluyendo de su alcance las llamadas garantías independientes.

En un sentido simple, la LM define las GM como aquellas garantías reales que recaen sobre bienes muebles. Por el lado del contrato de GM, la LM lo define como *“Todo acuerdo celebrado entre un otorgante y un acreedor garantizado en que se estipule la constitución de una garantía mobiliaria, independientemente de que las partes lo denominen o no acuerdo de garantía y todo acuerdo en que se estipule una cesión pura y simple de un crédito por cobrar”*; definición que resulta importante conceptualizar para suplir la ausencia de una definición legal de la GM en la ley colombiana.

Otro elemento importante es que la LM admite el nacimiento de un derecho real de garantía, distinto al mecanismo de constitución que para el caso de la ley modelo es el contrato. Así lo encontramos en artículo 2 w i, definiéndolo como *“Todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria, y cualquiera sea el tipo de bien, la situación jurídica del otorgante o del acreedor garantizado, o la naturaleza de la obligación garantizada”*.

Para la ley modelo, es importante reclamar el carácter de derecho real, ya concedido por el código civil a la Prenda, pero en este caso haciéndolo extensivo a aquellos “otros” derivados de contratos en los cuales la propiedad es la garantía.

Asimismo, la norma es importante porque recoge unos principios que deben ser referentes en la interpretación de la norma colombiana, como la autonomía de la voluntad art.3; el principio del cumplimiento de derechos y obligaciones derivados del acuerdo teniendo en cuenta el principio de la razonabilidad comercial art 4; el principio de uniformidad en la aplicación de la norma; su carácter globalizador reclamando que al interpretar la norma se debe tener en cuenta su carácter internacional, art 5; señalando expresamente que las indeterminaciones normativas deben ser solucionadas a la luz de estos principios, por lo que necesariamente debe afirmarse que estos principios son vinculantes en la constitución contractual de la GM y serán utilizados en el desarrollo del presente escrito.

## **5. Ley Modelo de la OEA**

Esta ley, en adelante LMGMOEA , al igual que la redactada por UNCITRAL, se aplica exclusivamente a garantías de origen contractual y para este estudio es relevante porque además de haber sido el modelo legislativo de la Ley 1676, expresamente refiere al concepto de Derecho Preferente de Posesión, como la consecuencia de publicitar la constitución en el registro<sup>5</sup>.

El profesor Kozolchych, explica el derecho preferente a la posesión, como un nuevo tipo de derecho que no exige, en su creación, dominio alguno sobre el bien garantizador por parte del deudor, pues la sola posesión hace “viable” el colateral a efectos de crear la GM y la extensión del concepto de bien mueble garantizador a todas aquellas cosas que tengan algún valor económico(Kozolchych, 2003, p. 26).

Resaltar, que la LMGMOEA no distingue entre operaciones o contratos de carácter civil o comercial por lo que se hace extensiva a cualquier operación en la que medie un bien mueble como garantía, además de no exigir, a diferencia de la Prenda decimonónica, la descripción detallada del bien dado en garantía.

El objetivo de facilitar el acceso al crédito, de la LMGMOEA, nos permitirá orientar la interpretación de nuestra norma, evitando olvidar que el sistema busca su uniformidad y eficacia de la GM.

## **6. Latinoamérica: implementación de la Ley modelo de la OEA.**

### **6.1 GUATEMALA**

---

<sup>5</sup> Ver art 2 de la ley modelo.

Siendo el primer país que adoptó la Ley Modelo de la OEA, importa, para este estudio, rescatar que el Decreto número 51-2007, propone una definición legal, a diferencia de nuestra norma nacional, indicando que la GM es “(...) *el derecho real de garantía constituido por el deudor garante a favor del acreedor garantizado, para garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones del deudor principal o de un tercero. Consiste en la preferencia que le otorga al acreedor garantizado para la posesión y ejecución de los bienes muebles dados en garantía*” configurando una naturaleza precisa sobre el alcance del concepto de GM, redefiniendo el alcance de aquellos derechos *in iura re aliena*. Esta noción, queda confirmada en el artículo 6° del mismo estatuto cuando reconoce el alcance del derecho preferente de GM a otras situaciones como los derechos de retención verbigracia la sociedad que retiene el capital y utilidades del socio excluido.

Relevante, igualmente, el hecho que las normas de derecho privado, se aplican de manera supletiva sobre la línea de no contradecir los principios inspiradores de la norma y siempre cualquier interpretación en consonancia con los mismos.

## **6.2 HONDURAS**

Mediante el decreto N°182-2009, la ley de Garantías Mobiliarias hondureña guarda bastante similitud con la norma colombiana, diferenciándose en que, mientras nuestra norma solo exige el formulario registral de ejecución, como el título ejecutivo

necesario para la ejecución de la GM, en la ley hondureña, para la ejecución extrajudicial, se exige la concurrencia tanto del formulario registral como del contrato de GM.

Otra novedad, está relacionada con el hecho que el decreto reglamentario de la ley hondureña diferencia entre causales de rechazo de inscripción y causales de ineficacia de la GM, como cuando existe un error en la identificación del garante atribuyendo a esta causal la última sanción, mientras que para el caso de Colombia el decreto solo atribuye la sanción de inoponibilidad, pero dejando en el entretanto válida la GM.

### **6.3 PERÚ**

Mediante la Ley N°28677, el Perú incorporó el sistema uniforme de GM diferenciándose de la ley colombiana en que se incluyeron dentro de los bienes susceptibles de gravarse las naves y aeronaves, los pontones, plataformas y edificios flotantes, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles, mientras la ley colombiana excluyó expresamente todos los bienes muebles regulados en el Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil y su Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, firmados en Ciudad del Cabo.

En el Perú la ejecución extrajudicial es la regla, mientras la judicial es la excepción, así se desprende del artículo 47 que dice *“Si es exigible la obligación garantizada,*

*el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil".* Como se ve, el sistema peruano permite de manera concordante con el principio de eficacia de la GM, que sea regla su ejecución extrajudicial, a diferencia del sistema colombiano donde el silencio de las partes, otorga al juez la dirección de la ejecución. En este sentido y mostrando su desacuerdo, el profesor peruano Canelo Rabanal ha expresado que la presunción que la GM sea ejecutada extrajudicialmente y no con intervención del juez, le resta legalidad pues deja vulnerable al garante frente a eventuales abusos del acreedor garantizado (Rabanal, 2015, p. 166).

#### **6.4 MÉXICO**

El sistema de GM, fue adoptado en éste país mediante una reforma de su Código de Comercio, en los años de 2002 y 2009, siendo el primer país en Latinoamérica en asumir una reforma de su esquema decimonónico de garantías reales muebles. Sin embargo, el abordaje de esta reforma ha sido especial si revisamos que por un lado encontramos regulada la GM en el Código de Comercio, sección única Del Registro Único de Garantías Mobiliarias, donde se ordena que todos los actos jurídicos que impliquen cualquier tipo gravamen o afectación sobre bienes muebles, con el propósito de servir directa o indirectamente como garantía, deban

ser inscritos en el RUG<sup>6</sup>. Igual, resaltar el hecho que las disposiciones sobre GM se acompañan por lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, intentando no derogar las figuras decimonónicas sino complementarlas y unificarlas mediante la inscripción a efectos de publicidad del gravamen y por último el Buró de Crédito del sector financiero<sup>7</sup>, que es un registro personal de deudores.

## **6.5 COLOMBIA**

Hasta antes de la entrada de la Ley 1676/13 y antes de la regulación del Código Civil, encontramos que la Ley 45 de 1923, en su artículo 102, primera Ley orgánica del sistema financiero, permitía expresamente que los bancos pudieran vender en pública subasta el colateral, mediante el empleo de martillos, cuando hubiesen transcurridos veinte días después de verificarse el plazo, sin que mediase ejecución judicial, verificándose una autorización del pacto comisorio en contravía con la norma del Código Civil que expresamente lo prohíbe.

Desde la primera Ley sobre Almacenes Generales de Depósito, en el año de 1921, se permitió a estas entidades liquidar, en pública subasta, los bienes depositados, cuando estuvieran afectos por un bono de prenda impagado. Esta posibilidad, se encuentra vigente en el régimen actual, pues en efecto el Código de Comercio, permite, respecto de los establecimientos de comercio, la posibilidad que la pignoración de los mismos se extienda a los activos circulantes, es decir, que puede comprender bienes futuros.

---

<sup>6</sup> Ver <https://www.rug.gob.mx/Rug/home/inicio.do>

<sup>7</sup> Ver <https://www.burodecredito.com.mx/>

En el decreto 2928 de 1982, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, autorizaba la posibilidad de constituir gravámenes mobiliarios sobre las cesantías y sus intereses, sustrayendo la rígida posibilidad de bienes susceptibles de ser gravados del Código Civil y acercándose a la autorización de gravar valores contenida en la Ley 1676/13.

## **CAPÍTULO II. NATURALEZA FUNCIONAL Y GENÉRICA DE LA GARANTÍA MOBILIARIA**

Como indicáramos al inicio de este escrito, definir la GM es un primer paso en la aplicación efectiva de la Ley 1676, pues entre los rebotes de aquellos que asumen el sistema de GM como una mera actualización de la prenda y los que predicen la coexistencia de la GM con otras figuras de garantías reales muebles, puede llevar a que en la práctica empresarios, jueces y abogados terminen en un laberinto jurídico, que termine revitalizando los viejos defectos del sistema anterior en detrimento del sistema de GM.

Para esto, usted encontrará a continuación, una propuesta sobre lo que deberíamos entender por GM, rescatando su carácter funcional, genérico, que sigue respondiendo al predicamento de ser un derecho real.

### **1. La Garantía Mobiliaria como un instrumento genérico a todas las figuras anteriores a la Ley 1676 de 2013**

Al revisar la incipiente bibliografía, que ha tratado el tema de la GM en Colombia, puede verificarse que un problema en su conceptualización, es la discusión de si estamos frente a una figura especial, que convive con otras figuras garantizadoras, o si por el contrario la GM es un instrumento genérico que subsume, indistintamente del título, todas las garantías sobre muebles con las excepciones previstas en la misma ley.

Así, encontramos posiciones que van desde aquellos que critican la ley, pero sin propuesta alternativa alguna; ortodoxos que atribuyen a la GM ser una figura sintetizadora de algunas garantías muebles existentes en el ordenamiento jurídico, pero que coexiste, en paralelo, con figuras “especializadas” verbigracia la Prenda sobre Establecimiento de Comercio, negando su carácter genérico. Por último, en el presente documento, se defiende a la GM como un sistema genérico que se aplica a todas las operaciones de garantía que versen sobre bienes muebles o sus equivalentes y tengan por objetivo garantizar una obligación.

En el grupo de aquellos, que se resisten al carácter genérico de la GM, se encuentran profesores como Francisco Ternera quien solo atribuye una diferencia semántica entre Prenda y GM, siendo para el autor la misma cuestión. Más desarrollado, el profesor Ternera admite la coexistencia de cuatro especies de derechos reales de garantías sobre muebles que a su juicio son la GM de la Ley 1676, la prenda con Tenencia de los artículos 2409 del C.C y 1204 del C. de Co; la Prenda sin Tenencia del artículo 1207 del C. de Co; y los Derechos de Retención, englobados por la GM de la Ley 1676. Para el profesor Ternera *“Al lado de las novísimas garantías mobiliarias pueden coexistir las prendas tradicionales”* (Ternera Barrios 2015).

Otros autores, como el profesor León-Robayo, siguen defendiendo la existencia de figuras como la Prenda Comercial sin Desapoderamiento, bajo el argumento que la Ley de GM es un mero complemento de la figura de Prenda reglada en el art. 1207 del C. de Co. Sin vacilar, el profesor León-Robayo sostiene que la Prenda comercial

sin desapoderamiento, sigue rigiéndose por el estatuto del C.de.Co, sin que la figura pierda su especialidad derivada del estatuto comercial (León, 2015).

El autor, finca en la distinción entre prenda con o sin apoderamiento, el reclamo de una naturaleza diferente de la prenda del 1207 del C. de Co. en relación con la GM (León, 2015). En verdad, esta distinción entre prenda con o sin apoderamiento, solo es relevante a efectos de entender el perfeccionamiento de la misma, pero no para definir la naturaleza de una GM especial como sería la Prenda sin desapoderamiento. En realidad el apoderamiento es solo un modo excepcional, así lo presenta la norma, de perfeccionamiento de la GM, siendo regla general la inscripción en el RGM .

En su artículo, el profesor Robayo rechaza que la Prenda Industrial haya sido derogada, sosteniendo que lo sucedido con la Ley de GM no es más que una admisión legal de nuevos bienes, susceptibles de ser gravados por la figura del 1207 del C. de Co., pero reservando toda la naturaleza normativa del C. de Co, minimizando la importancia de la GM e intentando justificar la existencia de una figura especial, que mantiene su naturaleza jurídica al margen de la GM (León, 2015, p. 103).

Otra posición, que llamaremos ecléctica, ha sido expresada en trabajos como el de Ivan Gil Montaña, quien sostiene que la GM es una mixtura entre la Prenda decimonónica y la GM de la Ley 1676, como conclusión final de un planteamiento contradictorio, afirmando que, el contrato de GM, *“no constituye un contrato por sí mismo, pues no prescribe cuales son los elementos de la esencia del contrato de*

*prenda de una manera integral o sistemática, sino que modifica o agrega alguno de ellos*”(Montaña, 2018, p. 21). Como se percibe, para el autor, que la ley no prescriba los elementos esenciales del contrato de GM, descalifica hablar de GM, para posteriormente decir que la GM es una mixtura de Prenda y GM propiamente dicha.

La resistencia, no solo deriva de la doctrina, pues en la práctica encontramos como las instituciones estatales, tampoco están al tanto del alcance de la GM.

La CAR, verbigracia, en resolución 2845 de 2016<sup>8</sup>, que reglamenta el recaudo de cartera, al relacionar las garantías reales aceptables, para perfeccionar los acuerdos de pago, distingue entre prenda y fideicomiso en garantía, como dos garantías distintas sobre muebles y más grave desde el punto de vista de la

---

<sup>8</sup> 24.1. Fideicomiso en Garantía: Es un contrato en virtud del cual se transfiere de manera irrevocable, la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, para garantizar con ellos, el cumplimiento de las obligaciones a cargo del propietario de los bienes o de terceros, designando como beneficiario al acreedor (CAR), quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la venta de los mismos, para que con el producto de esta, se cancelen las cuotas de la obligación o el saldo insoluto de la acreencia. Cuando se concede una facilidad de pago garantizada por un contrato de fideicomiso en garantía, debe exigirse que el encargo fiduciario sea irrevocable hasta el pago total de la obligación pendiente.

24.4. Prenda: La prenda es un contrato real accesorio, que garantiza con bienes muebles el cumplimiento de una prestación. Es de la naturaleza de la prenda, la tenencia material del bien otorgado como garantía; sin embargo, puede otorgarse en algunos casos prenda sin tenencia; si la prenda ofrecida es de esta clase, debe otorgarse póliza de seguro que ampare los bienes pignoralos contra todo riesgo, endosada a favor de la CAR. Para expedir el Acto Administrativo que concede la facilidad de pago, debe suscribirse previamente el contrato de prenda a favor de la entidad y constituirse la póliza respectiva, esto último si se trata de bienes muebles no sujetos a registro, si la prenda se hace sobre bien mueble sujeto a registro (vehículos) deberá previamente expedirse el Acto Administrativo de facilidad de pago, presentarse el registro de pignoralación a favor de la Entidad ejecutante, con la póliza de seguro respectiva.

ejecución de la GM, es que la resolución da por perfeccionada ésta, sin la necesidad del registro en el RGM, olvidando que la oponibilidad y sus consiguientes atributos de preferencia y persecución nacen con el registro.

Otro caso, de inoperancia normativa de la GM, por una deficiente conceptualización, es la Resolución número 2356 de 2017, de la SIC<sup>9</sup>, donde al hablar sobre la expedición de las resoluciones que otorgan facilidad de pago y la posibilidad que se garantice la obligación con una Prenda sin tenencia, dispone que la normatividad válida será la contenida en el Título IX del Libro Cuarto del Código de Comercio, queriendo excluir la Ley 1676, y permitiendo que, en el caso de los bienes con registro especial, como los automotores, baste con este registro para expedir la resolución que trata la norma, olvidando que la oponibilidad de esa garantía y su prelación, no va a estar amparada, al no registrarse en el RGM.

Pero la resistencia no solo es un tema local, ya que el sistema genérico y unitario de GM, ha encontrado una fuerte oposición en los sistemas de derecho continental, argumentándose que el sistema recoge figuras garantizadoras que nunca fueron

---

<sup>9</sup> e. **Prenda.** Puede otorgarse prenda sin tenencia, caso en el cual, se seguirá lo dispuesto en el Título IX del Libro Cuarto del Código de Comercio. Cuando ello ocurra, deberá otorgarse póliza de seguro que ampare contra todo riesgo los bienes prendados, debidamente endosada a favor de la SIC. Para expedir la resolución que concede la facilidad de pago, debe suscribirse previamente el contrato de prenda a favor de la Entidad y constituirse la póliza respectiva, esto último si se trata de bienes muebles no sujetos a registro, si la prenda recae sobre bien mueble sujeto a registro, deberá previamente a expedirse la resolución de facilidad de pago, presentarse el registro de pignoración a favor de la ejecutante, con la póliza de seguro respectiva cuyo término de vigencia será igual al de la facilidad concedida.

pensadas en ser absorbidas por el sistema y porque se entra en una franca contradicción con el sistema de derechos reales vigentes en los países de esta tradición jurídica.

El profesor Bridge (Michael G. Bridge, Roderick A. Macdonald, 1995) sugiere que un sistema de GM, a la usanza de la Ley 1676, fundado en el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, que garantiza la supremacía de lo sustancial sobre lo formal y reclama una concepción unitaria o genérica de la GM, es imposible de sostenerse porque no explica adecuadamente la ontología de una GM, pues se limita a una definición funcional que genera confusiones, sobre los alcances de la figura, en negocios jurídicos donde la transferencia de la propiedad cumple esa función, lo que podría llevar a pensar que los conceptos de garantías y propiedad son fungibles entre sí.

Desde la posición de Bridge, podríamos sintetizar tres grandes cuestionamientos al sistema genérico de GM:

El primer cuestionamiento, se relaciona con la simplicidad de las condiciones para que un negocio jurídico o acto jurídico sea llamado GM, y es que para el autor, cualquier afectación no posesoria sobre la propiedad, podría enmascarse dentro del concepto de GM, lo que implica que en aquellas situaciones donde las partes olvidan la correspondiente publicidad, derivada del registro o definitivamente su querer no era el de ser un GM, a juicio de Bridge se genera una injusta cobertura por parte de la ley (Michael G. Bridge, Roderick A. Macdonald, 1995).

La profesora Raymond, citando al profesor Bridge, desarrolla la primera objeción, diciendo que una aproximación funcional engloba figuras financieras que fueron pensadas como medio para asegurar el pago, pero fuera de un sistema uniforme, es decir la profesora pone de presente que englobar en una sola figura, otras figuras anteriores a la ley, pone en riesgo el carácter especial de éstas, que no pueden ser explicadas con la generalidad de la GM. Adicional, cualquier ventaja obtenida en la aplicación de estas figuras y sus desarrollos, se perderán debiéndose empezar en la reconstrucción dogmática de estos paradigmas jurídicos, que justifiquen su englobamiento en un régimen único de GM (Raymond, 2011).

En segundo lugar, Bridge pretende evidenciar una contradicción en el carácter funcional de la GM, argumentando este intento de querer superar el formalismo o la tipicidad de figuras que puntualmente establecen la transferencia de la propiedad, lo que termina finalmente el sistema genérico de GM es aceptando que la distinción entre propiedad y garantía es relevante, siendo conceptos distintos que no pueden ser anulados de un plumazo por más que lo diga la norma; Bridge ironiza sobre este aspecto, al decir que, redactar una norma donde “algo es lo que no es”, supone finalmente un reconocimiento de la supremacía de la forma sobre la sustancia (Michael G. Bridge, Roderick A. Macdonald 1995, 575).

En tercer lugar, la crítica del carácter funcional del artículo 9 del UCC es extensible a la Ley 1676, en la medida que son normas que no terminan por decantar claramente un concepto de seguridad o garantía que eviten la ayuda del concepto

de propiedad, sobre todo cuando se revisa que la prioridad derivada de la inscripción o por la tenencia, siguen conservando la orientación de una garantía o seguridad que al final tiene una vocación de acceder por parte del acreedor, por lo que siempre va ser necesario incluir lenguaje jurídico de cobro para que se hable de una GM (Michael G. Bridge, Roderick A. Macdonald 1995, 576).

Para nosotros, negar la naturaleza de la GM, independiente de las figuras decimonónicas, significa la continuación de un estado de cosas, que precisamente se quiso superar con la implementación de la ley de GM, principalmente el de la dispersión normativa, de las figuras garantizadoras.

La urgencia de una regulación unificadora y funcional era expresada por Asobancaria con ocasión del Proyecto de Ley 200 de 2012 Senado de GM, radicado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se daba cuenta de un sistema uniforme que regulara de manera integral todas las garantías sobre bienes muebles, en consonancia con los principios internacionales, y concretamente aquellos recogidos en la Guía Legislativa sobre GM de CNUDMI (Asobancaria 2012).

En su momento, Asobancaria expresaba como la dispersión normativa y lo caduco en lo referente a los efectos del derecho real prendario, evitaba que muchas figuras surgidas del tráfico comercial, que son en el fondo figuras garantizadoras, no podían ser recogidas por las normas tradicionales del derecho privado, evitando la disminución del costo del crédito, en detrimento de la creación de empresas y el incremento del comercio.

Este punto, fue igualmente considerado en la exposición de motivos del proyecto de ley de GM, donde se reclamaba la necesidad de una ley con enfoque funcional, que superara el esquema anacrónico de la fragmentación normativa y buscara unidad conceptual en lo respectivo a las GM (Senado de la República de Colombia, 2012).

Ahora bien, sorprendentemente, para la corriente contra-reformista nacional, la reforma francesa del Código Civil Napoleónico, sí evolucionó en la dirección de un concepto genérico de garantía, sobre todo si se tiene en cuenta que se englobaron todas estas figuras, en un solo concepto, cuestión que ha venido a confirmarse con Ley N° 2019-486 del 22 de mayo de 2019 *relativa al crecimiento y transformación de las empresas*, donde se habilita al ejecutivo a realizar una reforma que le de uniformidad al sistema de GM francesa, en una garantía genérica.

El profesor uruguayo De Cores expone como, en la práctica, el comercio internacional, por su propia dinámica, ya gozaba de un instrumento de garantía independiente que no se correspondía con la clásica definición de la garantía accesoria, propia en los códigos napoleónicos, a pesar de constituir, en palabras del profesor uruguayo Del Cores una “herejía imperdonable en el derecho interno de muchos países” (Cores 2007).

En la reforma francesa, la accesoriedad de la GM debe verse en consonancia con una versión moderna, esto es, ya no como el aseguramiento de una obligación principal sino como accesoria en cuanto no puede enriquecer al acreedor, en virtud de su ejecución, sin justificación alguna: una garantía que en su realización no suponga un intercambio patrimonial viola el principio de la accesoriedad. En esta

visión, lo que se propone no es que la ley haya derogado la accesoriedad de la garantía, sino que la replantea en este nuevo sentido, lo que en el caso colombiano nos puede servir de dato histórico para reinterpretar ciertos paradigmas en torno de la GM.

En el derecho francés, al igual que en el caso colombiano, el diagnóstico previo a la reforma de su sistema de GM, pasaba por entender la necesidad de unificar el sistema de garantías, la simplificación en su constitución y en su ejecución; buscando un equilibrio entre acreedores y deudores. De esto da cuenta el profesor De Cores, cuando reseñando el informe de Michel Grimaldi, para la elaboración del anteproyecto legislativo de Garantías Mobiliarias, recuerda que, amén de buscar generar una solución equilibrada en acreedores y deudores, también se buscaba acabar con la dispersión normativa (Cores, 2007).

En la reforma francesa, la necesidad de una actualización del sistema de garantías mobiliarias, obligó a que se pensara un sistema que tuviese en cuenta, no solo la necesidad de una economía nacional competitiva, sino también un sistema jurídico moderno e igualmente competitivo. De Cores, recuerda que la pérdida de competitividad del derecho francés, pasaba por una gran competencia de los sistemas de garantías alemán y anglosajón. Recordando, del primer sistema la importancia de la propiedad reflejada en las figuras de Reserva de dominio y la transferencia fiduciaria de la propiedad en garantía; y del segundo, el *Security Interest* del artículo 9 en el UCC.

El profesor uruguayo, da cuenta como el sistema francés era un sistema poco amable de cara al acreedor, dada su excesiva rigidez pues, *“estaba obsesionado por la protección del tráfico y de la responsabilidad general del deudor”* permitiendo la coexistencia de múltiples figuras típicas, amparadas por un cuestionable principio de especialidad (Cores, 2007, p. 80).

Al final, los franceses en las ordenanzas del 23 de marzo del 2006, modificaron el derecho de garantías e introdujeron un nuevo libro IV en el Código Civil francés, llamado "De las garantías", realizando un cambio notable, pero no suficiente<sup>10</sup>, que sustituyó lo regulado en el libro III del Código Civil francés cediendo, para pesar de algunos, al embate globalizador de GM que promulga el sistema anglosajón de GM, admitiendo parcialmente un sistema más genérico y unitario de GM.

La justificación de una figura genérica de la GM, con un concepto único de garantía reales, es remarcado por CNUDMI en su Guía Legislativa al decir que un rasgo esencial de un sistema que se reclame moderno de GM, es el hecho que englobe en un solo concepto, todas aquellas figuras que cumplen una misma finalidad de garantía, argumentando que la esencia de la GM no subyace en las formalidades legales de las que surge, sino en la finalidad que persigue (Guía Legislativa de La CNUDMI Sobre Las Operaciones Garantizadas, 2010).

---

<sup>10</sup> Efectivamente trece años después de la reforma del Código Civil francés, la Asamblea francesa ha expedido Ley N°2019-486 del 22 de mayo de 2019 relativa al crecimiento y transformación de las empresas, donde en su artículo 16 ha extendido una autorización a reformar, nuevamente, el sistema de garantías muebles.

Desarrollando el planteamiento, la Guía Legislativa resalta como ventajas de tener un solo cuerpo normativo, funcional y unitario el hecho que se acaba con la fragmentación del sistema, pues una inclusión de las garantías reales posesorias, no posesorias y las figuras de retención de la propiedad, generan un sistema coherente, íntegro y sobre todo transparente de cara al acreedor.

Ahora bien, contrariando a los críticos que como Bridge resisten la fusión del leasing o el pacto con retroventa, en una misma etiqueta, debe decirseles que hacer esto minimiza la eventualidad de conflictos derivados de posibles confusiones sobre prelación: en el sistema de GM todos los dispositivos responden al principio de *Prior in tempore, potior in iure*, sustentado en la inscripción, indistintamente de la etiqueta y con las excepciones que trata la misma ley de GM, como es el caso de la GM Prioritaria de Adquisición.

Ahora bien, CNUDMI, en línea con lo anterior y reconociendo la necesidad que un adecuado régimen de GM debe ser unitario, funcional, integrado y global, aboga por dos caminos de adopción.

El primero, admite que se sigan conservando las etiquetas de los dispositivos típicos, pero respetando las normas uniformes sobre creación y de ejecución, permitiendo que para otros propósitos, verbigracia contables, se utilicen las etiquetas decimonónicas. Bajo este matiz, se permite que siga subsistiendo el concepto normativo y el contrato que le da origen de cada figura típica, como en el caso de la Prenda del 1207 del C. de Co, pero respetando el régimen común de constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de la ley de GM. Este enfoque,

debería ser un enfoque de tránsito, en la medida que permite no vulnerar bruscamente las figuras decimonónicas, pero siempre con el interés de tender hacia una concepción genérica y unitaria.

El segundo enfoque, propugna por abolir todas las figuras jurídicas que cumplan una función de garantía, buscando su fusión en una sola figura que implique un solo concepto de GM y por ende la aplicación exclusiva de un único régimen normativo de GM (CNUDMI, n.d., 63).

Como lo indicáramos con anterioridad, la GM de la Ley 1676 de 2013, reflejo de la Ley modelo de la OEA, es una figura que hunde sus raíces en el derecho anglosajón, lo que no significa que deban desecharse las categorías de sistema jurídico nacional, sino por el contrario buscarse una interpretación heurística que asimile, sin traumatismos, la novísima GM.

Para el presente análisis, el sistema de GM implica definitivamente una revisión de muchos conceptos privatistas, por lo que necesariamente se debe sostener que régimen de GM colombiano, pasó de ser un régimen fragmentado y difuso a un sistema funcional, unitario, especial respecto a que la norma cobija todas aquellas operaciones que tengan por función garantizar otras obligaciones y por sobre todo genérico, en cuanto deshace las etiquetas que como la prenda, prenda sin desapoderamiento, prenda agraria, anticresis; todas figuras añosas y sacralizadas de tal manera que atentaban contra la velocidad de los negocios y la necesidad de certeza, propio de los formalismos jurídicos de cultura jurídica colombiana.

La GM debe corresponder a una concepción de utilidad para el tráfico comercial, probablemente en desmedro de las concepciones típicas civilistas, que responda de manera calibrada a los riesgos, admitiendo activos determinados en función de la operación asegurada, observando siempre el carácter auto-liquidante del activo y la inmediatez frente al incumplimiento del deudor; que sea una alternatividad no coercitiva de cara al cumplimiento de la obligación garantizada; una garantía que evite al acreedor la tarea de hacer evaluaciones de diferentes estructuras normativas de garantía, y por el contrario permita a las partes y sus abogados confeccionar la GM a la medida del negocio garantizado.

Ahora bien, algunos han criticado sobre el hecho que la norma no defina lo que debe entenderse por GM y efectivamente la norma no define el concepto ontológico de GM y no porque sea una redacción pesada o por defecto legislativo. La verdad, es que el sistema normativo de GM no está diseñado para naturalizar la GM, porque se corre el riesgo de alinderar, en un concepto, una figura que está pensada para ser maleable en función de las dinámicas propias de los negocios, en el marco de un mundo que se adentra en su cuarta Revolución Industrial.

La norma, en línea coherente, expresa que *“Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos ” contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de garantía y cualquier otra forma contemplada en la*

*legislación con anterioridad a la presente ley.*” Es decir, lo que importa es lo substancial sobre lo formal, la funcionalidad de la garantía supera las etiquetas o la tipicidad de las figuras que, reclamando cierta especialidad, pretenden mantenerse vigente, resistiéndose a combatir la fragmentación propia de los sistemas de derecho continental. Aún más, el hecho que la reforma al código civil francés haya terminado por aceptar la idea de una figura de garantías muebles, superando el formalismo de las figuras de su código por un enfoque funcional, resta fuerza a la posición que pretende el mantenimiento del statu quo de figuras típicas, consignadas en los cuerpos normativos anteriores a la Ley 1676 de 2013.

En ese sentido, el presente estudio se muestra en desacuerdo con posiciones, como la expresada por el profesor Fabio Bonilla, que, al tratar la materialidad de la GM, expresa una opinión en definir como “pesada” la redacción de la norma que contiene el concepto funcional de GM, criticando la redacción por una ausencia conceptual. Por el contrario, sostengo que se trata una buena redacción, pues cumple con la noción de garantía funcional. Más que sustituir el concepto de Prenda, como lo afirma Bonilla, la norma efectúa una derogatoria de todas las figuras típicas, no solo de la prenda, haciendo prevalecer el carácter funcional de la GM, por encima de la formalidad de una u otra figura típica. Efectivamente, el tipo de bienes no define el instrumento de GM, pero no por un olvido o defecto de técnica legislativa, sino porque ese es el propósito del instrumento.

Cuesta tanto aceptar para los opositores de un concepto genérico de GM, que como Bonilla, incurren en sendas contradicciones como aquella en donde afirma que la

casuística que hace la Ley de GM debe entenderse dentro del concepto de GM, para luego decir que la ley no crea un concepto nuevo de GM, a efectos de justificar la existencia jurídica de las figuras típicas anteriores a la GM (Bonilla, 2014, p. 42).

Pero y entonces ¿la GM es una figura mixta que funde la prenda y la GM? o ¿es una figura novísima que comparte palco jurídico con otras figuras garantizadoras como la prenda sin desapoderamiento?

La respuesta es ninguna de las anteriores. Como lo hemos argumentado, la GM es una figura genérica, unitaria y funcional que deja sin vigencia las figuras típicas que, como expusimos, debe ser entendida en un enfoque genérico y unitario, con prevalencia de lo sustancial en cuanto la operación pretenda o tenga el propósito de asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación con los bienes muebles o derechos del garante, se entenderá que estamos frente a una GM.

Hablar de un sistema de GM, como lo entienden los autores, es una resistencia innecesaria, que termina contrariando principios de interpretación de la norma como el de uniformidad.

## **2. La Garantía Mobiliaria como un derecho preferente a la posesión del bien gravado**

Si bien la Ley 1676, no define la GM como un derecho real de preferencia a la posesión, es también cierto que la distinción funcional de la GM, en las leyes

modelos de la OEA<sup>11</sup> y UNCITRAL<sup>12</sup>, respectivamente, la primera refiriendo en su artículo 2°, inciso 2 que el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados y la segunda definiendo el derecho de GM en su artículo 2 w i como todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble, con el propósito de que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, nos permite sumar ambas definiciones y obtener dos notas esenciales en la sustancia del derecho de GM: su naturaleza de derecho real y por efecto su preferencia a la posesión del bien garantizador por parte del acreedor garantizado, lo que supone una construcción dogmática a partir de estos marcos normativos, toda vez que la ley 1676 no arriesga en ningún lado otorgar expresamente el carácter real a la GM, aunque en el capítulo II, que prescribe el tratamiento de las GM con ocasión Procesos de Insolvencia, si arriesga llamar la GM como garantía real.

---

<sup>11</sup> Artículo 2 Las garantías mobiliarias a que refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad.

Cuando a una garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta Ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados.

<sup>12</sup> w) Por "garantía mobiliaria" se entenderá:

i) Todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria, y cualquiera sea el tipo de bien, la situación jurídica del otorgante o del acreedor garantizado, o la naturaleza de la obligación garantizada;

En lo que respecta al concepto de derecho preferente a la posesión, la ley no lo prescribe, pero de la forma de ejecución de la GM, puede extraerse que la ley otorgó al acreedor garantizado un poder jurídico, que indistintamente la ejecución sea judicial, extrajudicial o pago directo; permite la aprehensión material de la cosa para su realización y por consecuencia, la obtención equivalente del valor de la obligación garantizada, como consecuencia de su oponibilidad.

Ahora bien, que el estatuto colombiano no haya arriesgado definir la GM como un derecho real preferente de posesión, no deslegitima que se pueda traer, como refuerzo argumentativo, otros estatutos que, basados en ambos modelos de legislación, han adoptado con claridad el concepto acá expuesto.

Así, por ejemplo, el Decreto número 51-2007, de la ley de GM Guatemalteca indica, con precisión, que debe entenderse por derecho de GM, al decir que es un *“derecho real de garantía constituido por el deudor garante a favor del acreedor garantizado, para garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones del deudor principal o de un tercero. Consiste en la preferencia que le otorga al acreedor garantizado para la posesión y ejecución de los bienes muebles dados en garantía”*

En Honduras, una lectura sistemática del estatuto de GM, desprende que se trate expresamente la GM como un derecho real, que recae sobre el bien o el valor de este, otorgando al acreedor la facultad de disponer o enajenar el bien para que, con el producto de su venta, se pueda satisfacer la obligación garantizada. Particularmente relevante, la ley hondureña distingue entre la constitución de la GM

y su eficacia, frente a terceros, derivada de la publicidad que opera por su registro en el RGM hondureño (CONGRESO HONDURAS, n.d.).

En el Perú, no se hace mención expresa al carácter real de la GM, pero se distingue claramente la constitución de la GM, de la oponibilidad erga omnes. La GM, se entiende como un derecho sometido a la ocurrencia de una condición suspensiva negativa, el posible incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor, otorgando al acreedor garantizado el derecho a adquirir la posesión y si fuese el caso, retener el bien mueble afectado en garantía mobiliaria. Derecho que se concreta en la posibilidad que tiene el acreedor garantizado, para vender el bien mueble y obtener el pago de la obligación garantizada (PERUANO, 2010).

Ahora bien, como se expusiese anteriormente, un criterio genérico, único y funcional, significa para las partes y el operador judicial la simplificación en la instrumentalización en cuanto a la forma en que se interpreta y ejecuta una GM, por lo que el presente análisis no se centrará en entender si es o no un derecho real, pues esto se da por descontado, sino en determinar cuándo se verifica la oponibilidad frente a terceros de la GM y por consecuencia los privilegios de preferencia y persecución.

### **3. El registro de la garantía es la regla de oponibilidad**

A este propósito, reseñaremos las tres posibilidades que la Guía Legislativa CNUDMI propone en cuanto al perfeccionamiento del derecho real de GM, para después centrarnos en desarrollar el concepto de posesión preferente a efectos de justificar los atributos de preferencia y persecución.

Empecemos por decir que la Guía define el derecho real de GM, como aquel que se origina de un pacto contractual, entre otorgante y acreedor garantizado, buscando garantizar el cumplimiento de una obligación debida al acreedor por el garante o una tercera persona.

La Guía, deja ver dos momentos en el perfeccionamiento del derecho real de GM, diferenciando el derecho que surge de la constitución entre acreedor garantizado y garante, y aquel momento donde la GM produce eficacia jurídica de cara a terceros, admitiendo que son los Estados quienes deciden si la mera constitución hace surgir el derecho real de GM o si por el contrario este momento ocurre con posterioridad a la constitución (Guía Legislativa de La CNUDMI Sobre Las Operaciones Garantizadas, 2010, p. 71).

En el primer enfoque, al tiempo de constitución de la GM, se predica la validez interpartes, como la validez de cara a terceros, es decir perfeccionado el contrato o verificándose el derecho de retención, nace automáticamente el derecho real de GM, argumentándose que lo verdaderamente importante es la inmediatez para ejercer el privilegio de preferencia de pago, con el valor del colateral, sin más formalidades, pues la razón de ser de una garantía real es facultar inmediatamente

al acreedor garantizado para vender el bien gravado y cobrar lo que se le adeuda, con cargo al producto de esa venta, prefiriendo sobre los otros acreedores.

El segundo enfoque, supone un *iter* de formación del derecho real de GM, donde la constitución mediante el contrato, la ley o sentencia judicial, genera un derecho que permanece oculto de cara a otros acreedores, por lo que su oponibilidad frente a terceros pende de la ocurrencia de “un acto adicional” que en este caso sería la inscripción del contrato de garantía, del derecho de retención o la sentencia judicial de embargo en el RGM, a efectos de generar la debida publicidad que posibilite la oponibilidad *erga omnes*, rasgo propio de todos los derechos reales. Dicha validez frente a todos, de la garantía real, es designada en la Guía por el término de “oponibilidad a terceros”. El registro, es la referencia que determina la prelación de la garantía real frente a cualquier reclamante concurrente con o sin garantía de idéntica naturaleza, dando validez frente a terceros.

Un tercer enfoque, llamado híbrido, implica la oponibilidad *erga omnes* de la GM desde el momento de su constitución frente a todos los acreedores, como regla general, teniendo como excepciones las GM registradas en el RGM, los derechos del acreedor judicial o de proceso de insolvencia; o el comprador dentro del giro ordinario de los negocios.

El primer enfoque, armoniza perfectamente con la prescripción del artículo 2409 C.C, en cuanto derecho real que se perfecciona con la entrega, elevando como interés supremo la validez interpartes de cara a terceros, posición que se acomoda con la opinión de profesores como Somarriva Undurraga, quien sostenía, a efectos

de diferenciar el nacimiento del derecho real según su origen fuese civil o comercial, que en el primer caso el derecho nacía con la entrega, mientras en el segundo caso se requería el cumplimiento de solemnidades.

Pero aceptar este enfoque, implicaría alejar la ley de los propósitos que inspiraron la expedición de un sistema de garantías muebles transparente, de cara a otros posibles acreedores, pero sobre todo, afectaría al mismo deudor-garante, en la medida que éste reduce las probabilidades de otorgar un segundo o tercer gravamen sobre el mismo colateral, teniendo en cuenta que la realidad de la GM es que los bienes muebles gravados permanezcan en poder del garante, al ser activos que suponen alta incidencia en la generación de liquidez de éste último.

El tercer enfoque se descarta, porque vuelve como regla general la oponibilidad del derecho real a partir de su constitución y volviendo excepcional las GM debidamente publicitadas, creando reglas especialísimas de oponibilidad.

Queda entonces, el segundo enfoque, que consideramos el acertado en cuanto al tiempo de oponibilidad del derecho real de GM, pues el mecanismo de constitución, bien sea en virtud del contrato, la ley o sentencia judicial es válido inter-partes, pero inoponible frente a terceros garantizados que mantengan un gravamen sobre el mismo colateral; acreedores judiciales y reclamantes dentro de procesos de insolvencia, que hayan publicitado su garantía.

Este enfoque, brinda además tranquilidad aquellos que, por ejemplo, en las operaciones de arrendamiento financiero o compraventas con retención del título, piensan que el registro en el RGM se vuelve un requisito de forma a efectos de

reclamar la validez del contrato, pues como ya hemos dicho, el derecho nace desde la misma constitución del gravamen, solo que su oponibilidad está supeditada al registro.

La prevalencia de este enfoque, puede rastrearse en el artículo veintiuno<sup>13</sup> de la ley 1676, cuando establece, como mecanismo ideal para la oponibilidad de la GM, la inscripción de ésta en el RGM, cuestión que se confirma en el párrafo de la misma norma cuando explicita que los efectos de las garantías mobiliarias, frente a terceros, se producirán exclusivamente con la inscripción en el RGM, sin necesidad de formalismo adicional.

Ahora bien, es cierto que la misma norma prescribe la oponibilidad de la GM, por la entrega de la tenencia al acreedor garantizado o un tercero designado por éste, lo que no significa que deje de ser regla general de oponibilidad la inscripción en el RGM, ya que estos casos deben entenderse en consonancia con la naturaleza funcional de aquellos negocios jurídicos que, como anteriormente se explicó, implican la transferencia del derecho de dominio en calidad de garantía, como un

---

<sup>13</sup> **Artículo 21. Mecanismos para la oponibilidad de la garantía mobiliaria.** Una garantía mobiliaria será oponible frente a terceros por la inscripción en el registro o por la entrega de la tenencia o por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto en el presente título, razón por la cual no se admitirá oposición ni derecho de retención frente a la ejecución de la garantía, a la entrega, a la subasta o a cualquier acto de ejecución de la misma en los términos establecidos en esta ley.

Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente ley, los efectos de las garantías mobiliarias frente a terceros se producirán con la inscripción en el registro, sin que se requiera de inscripción adicional en el Registro Mercantil.

modo de perfeccionamiento del derecho real de GM, verbigracia los contratos de arrendamiento financiero que suponen el derecho de dominio en cabeza del acreedor, pero que desde un punto de vista funcional es una GM.

Otras disposiciones, que parecieran alejarse del segundo enfoque, como aquella que confunde la oponibilidad de las garantías sobre créditos frente a terceros<sup>14</sup>, con la validez inter-partes, en realidad reclaman la oponibilidad erga omnes, a partir de lo dispuesto en el párrafo del artículo veintiuno.

En Francia, anticipando que la Ley 2019-486 del 22 de mayo de 2019 habilitó al ejecutivo para reformar nuevamente el sistema de garantías, el Código Civil en su artículo 2337, prescribe la eficacia frente a terceros derivada de la inscripción<sup>15</sup> en el CNGTC<sup>16</sup>, diferenciando del momento de constitución, volviendo inoperante la acción de aquel que intente reivindicar el bien garantizador. En este sentido, la profesora Isabel Arana recuerda como en Francia: “La fecha de inscripción de la prenda permite asimismo establecer el orden de prelación de los créditos pignoratícios, según prevé el art. 2340-1º Cc. Este precepto regula igualmente el supuesto de prenda con desposesión sobre un bien previamente sometido a prenda

---

<sup>14</sup> **Artículo 24. Oponibilidad de las garantías sobre créditos y cesiones de créditos y cuentas por cobrar.** Una garantía sobre créditos incluyendo alguna cesión de créditos en garantía tendrá efectos entre el garante y el acreedor garantizado a partir del acuerdo de constitución de la garantía o cesión.

<sup>15</sup>Esta Garantía exige que se dé una doble publicidad: La del Consejo Nacional y la que debe efectuarse en el lugar de constitución.

<sup>16</sup> <https://www.cngtc.fr/fr/fichier-national-des-inscriptions-des-gages-sans-depossession.html>

sin desplazamiento. En este caso, el orden cronológico determina el rango de sendos créditos: si la prenda sin desplazamiento ha sido inscrita antes de que la prenda posesoria sea eficaz erga omnes, el derecho del primer acreedor pignoraticio prevalece sobre el del acreedor posterior” (Arana De La Fuente, 2012).

Como se ve, existe una transición irrevocable de la garantía mueble por excelencia, como era la prenda, hacia un derecho de GM de carácter registral, que mientras carezca de control directo o material, representa un mero derecho personal, hipótesis ya secundada en el ordenamiento nacional cuando en el 1204 del C. de Co. se predica el privilegio del gravamen real en la medida en que se tenga control de la cosa por si o interpuesta persona. En ese orden de ideas, lo que se opone en el RGM no es el derecho real de GM sino el contrato, el derecho de retención o la sentencia judicial de embargo a efectos de hacerlos oponibles frente a terceros, respetando el principio de primero en el tiempo, *prior tempore, potior iure*.

Esta posición, sin embargo, no es homogénea en la incipiente doctrina de Colombia, pues revisando recientes trabajos, como el de Veiga Copo (Veiga, 2017, p. 159), se sigue admitiendo la oponibilidad, como regla, mediante el control del bien garantizador en manos del acreedor o por un tercero designado. Sin embargo, tal posición resulta contraria a los principios orientadores de la norma, tanto aquellos derivados de la Ley modelo de la OEA, como de la Guía legislativa de UNCITRAL y de la misma exposición de motivos, donde se recuerda que un sistema moderno de GM no puede admitir gravámenes ocultos, lo que podría darse en la medida que se

pretenda admitir que la entrega del control directo o indirecto del bien al acreedor genera una eficacia de cara a terceros.

Se podrá razonar, que la misma norma los trata como modos alternativos de oponibilidad del mecanismo de constitución del gravamen, pero en sentido práctico y sobre todo funcional, valdría preguntarse si ¿es justificable una validez de cara a terceros, nacida del control material por parte del acreedor, cuando la ley reclama a los acreedores que, como practica general, se realice la inscripción del gravamen a efectos de declarar la oponibilidad?

Planteemos esto de otra manera: ¿existirá acreedor alguno que, conociendo los efectos de la inscripción en el RGM, se niegue a inscribirla a cuento de tener el control material del bien? La respuesta es que finalmente la misma ley en su artículo 48 termina decantándose por la prelación superior del registro en el RGM, cuando dispone que una GM inscrita goza de prelación frente aquella que no lo ha sido, por una razón lógica y es que el certificado de constitución de la GM es una prueba objetiva del gravamen que recae sobre el bien, evita garantías ocultas y señala un hecho en el tiempo que permite predicar objetivamente el principio de primero en el tiempo, primero en el derecho, a efectos de considerar la prelación, operando como una presunción de conocimiento en cuanto a que la inscripción en el Registro correspondiente se presume conocida, sin admitirse prueba en contrario, como lo prescribe la ley peruana de GM .

#### 4. la Garantía Mobiliaria es garantía real

La GM como derecho real, supone la existencia de poderes o privilegios que el acreedor garantizado podría, potestativamente, ejercer cuando se verifica la condición negativa suspensiva, incumplimiento del deudor, como serían los ya conocidos de preferencia, persecución, y los nuevos como la aprehensión inmediata derivada del pacto comisorio o pago directo<sup>17</sup>; y la subrogación del colateral primigenio en otro.

La GM, como derecho real, supone un conjunto de vínculos que el acreedor garantizado tiene respecto de todas las personas u "oponibilidad erga omnes"; y, en segundo lugar, los vínculos de derecho-obligación con respecto al Garante y posteriormente la concreción de un valor que entra a su patrimonio, verificándose la ejecución judicial, extrajudicial o el pago directo.

Hablar de oponibilidad erga omnes, en la GM, significa la individualización no de un objeto frente a terceros, sino de un valor determinado en el patrimonio del garante, y se reclama que sea así para poder justificar en un mismo concepto las GM flotantes, GM derivadas y valores atribuibles al colateral primigenio, frente a todos

---

<sup>17</sup> La GM supone, por regla general, la ejecución judicial ésta. Sin embargo, la ley 1676 en su artículo 60, permite que las partes, dentro del contrato de GM, pacten expresamente la satisfacción del derecho de crédito en el colateral primigenio y/o derivado, a la usanza de lo que ha sucedido en el derecho francés, lo que significa el levantamiento del veto legal contenido en el Código Civil. Se evidencia y hará necesario revisar los aportes que el derecho romano, primero con la *Lex Comisoria* y después con el Pacto Marciano, puedan prodigar en materia de pago directo.

los acreedores del garante, como también frente a todo el resto de la sociedad, que pretendiese algo frente al valor gravado y determinado en el patrimonio del garante.

La GM, como derecho real, supone nuevos poderes sobre la cosa empeñada, en la que el acreedor con GM, tiene garantizado, de forma preferente, el pago de su obligación garantizada, mediante la persecución del colateral primigenio y derivado, en la medida que pueda ser un valor determinable en el patrimonio del garante.

### **CAPÍTULO III. LA GARANTÍA MOBILIARIA FUNCIONAL EN PERSPECTIVA DEL COLATERAL**

Un informe del Banco Mundial, reseña como en las economías emergentes, la madurez de un mercado de crédito garantizado, con bienes muebles, depende de las restricciones derivadas del sector financiero, en cuanto al nivel de admisión de colaterales “no convencionales”; pues en estos mercados, el setenta y ocho por ciento de los activos de los empresarios, normalmente, están representados en maquinarias, cuentas por cobrar o flujos de caja, que las entidades de crédito subestiman o no logran entender su valor como colateral.

Situación distinta lo que sucede en países miembros de la OCDE, verbigracia Estados Unidos, donde los préstamos, basados en bienes muebles, alcanzan el setenta por ciento de la financiación de pequeños comerciantes, lo que ha generado una verdadera industria de créditos<sup>18</sup> sobre bienes muebles que, desde la década de los 70 y en casi 30 años, se ha multiplicado por 40, dando como resultado un mercado que mueve 400 millones de dólares (Banco Mundial, 2020).

En el caso colombiano, de 841.725 empresas, donde las PYMES representan el 90% del sector productivo de Colombia, la necesidad de financiación es necesaria, mayoritariamente, en las microempresas que son el 99,6% de las unidades empresariales del país, pero que resultan poco atractivas para los bancos, situación

---

<sup>18</sup> En el informe se da cuenta como son las instituciones financieras no bancarias, las que han logrado capturar de mejor manera esta disposición de nuevos bienes garantizadores, lo que les permite ofrecer préstamos basados en activos no tradicionales.

que se profundiza en sectores como el agropecuario, de comercio y construcción; quienes están signados por la precariedad de colaterales “atractivos” pues, como expresan los profesores Jiménez y Rojas, estos son sectores no aptos para el crédito, dado que el manejo de estas carteras representan mayores costos para los bancos (Jiménez Sánchez & Rojas Restrepo, 2014, p. 106).

Salvando a los deudores suficientemente solventes, que no requieren de financiación garantizada, están los “otros”, aquellos que no tienen historial crediticio; carecen de activos “atractivos” o tienen reportes de crédito en negativo, verdaderos beneficiarios directos de un sistema de financiación con GM, porque al permitirse la admisión de colaterales no convencionales, se abre la compuerta de inclusión a todos los marginados del sistema financiero, en función, no de su capacidad de pago, sino de la capacidad de liquidez del colateral ofrecido como garantía. A lo anterior, súmese la posibilidad que el empresario pueda mejorar su liquidez, enajenando sus activos legales, sin las restricciones decimonónicas.

### **1. Ampliación de los bienes susceptibles de darse en garantía:**

#### ***¿numerus apertus o numerus clausus?***

Con el anterior contexto, consideramos necesario actualizar el alcance de los bienes susceptibles de ser gravados, para lo cual expondré un argumento que permita a los proveedores de financiamiento, actualizar su catálogo de colaterales seguros.

Para empezar, el régimen de GM no renuncia a la enumeración *numerus clausus* del artículo 665 del C.C y por tanto no es de recibo la idea en torno a que la Ley

1676 de 2013, habilita legalmente a los particulares a crear, *apertus numerus*, derechos de garantía con carácter real<sup>19</sup> pues, como afirma Morles Hernandez, citando a Diez-Picazo, esta categoría de derechos entrañan un derecho de realización de valor, que importa a un sistema de Derecho liberal. Al respecto, el profesor Morles Hernández, citando a Diez-Picazo, afirma: *“En el derecho comparado parece ser predominante la tesis que sostiene que en materia de derechos reales se aplica la regla de numerus clausus, porque entrañan un derecho de realización de valor, y sobre todo, una suerte de privilegio o prelación, que tiene por ello carácter excepcional, ya que suponen una particular derogación del principio par conditio creditorum”* (Morles, 2014).

Me afirmo en lo anterior, como respuesta a los argumentos que pretenden ver en la GM una posibilidad de crear, inter-partes, otros derechos de garantía reales, fuera de la enumeración taxativa del Código Civil.

Recordemos que ya en el pasado, Valencia Zea afirmaba que, como criterio aceptable para identificar un nuevo derecho real, se debía validar si se estaba frente a relaciones jurídicas que recayesen sobre cosas y llevasen causalmente a una protección por acciones reales. Así, con relevancia para el presente estudio, se enunciaba como ejemplos el Derecho de Retención garantizado por ley a varias

---

<sup>19</sup> Al respecto el profesor Alfredo Morles Hernández citando a Diez-Picazo afirma: *“En el derecho comparado parece ser predominante la tesis que sostiene que en materia de derechos reales se aplica la regla de numerus clausus, porque entrañan un derecho de realización de valor, y sobre todo, una suerte de privilegio o prelación, que tiene por ello carácter excepcional, ya que suponen una particular derogación del principio par conditio creditorum”* (Morles, 2014).

personas con derecho de crédito vinculado a un bien; y la anticresis constituida por escritura pública, que en sus palabras, podían considerarse garantías con naturaleza de derecho real (Valencia, 1996, p. 3,4,5). Paradójicamente, este razonamiento partía de la exigencia de estar consagrados en normas de orden público y, por tanto, no es un criterio suficiente que nos permita relacionar otras posibilidades jurídicas, como derechos reales y más aún, que nos permita crear indeterminadamente derechos reales de garantía mueble.

En esta línea, el profesor Veiga Copo, asumiendo que la ley de GM predica *numerus apertus*, derechos de garantía real, se pregunta si es un riesgo, para el sistema jurídico, que los particulares, en un halo de ingeniería financiera, puedan crear derechos reales de garantía no tipificados en los códigos, en contra de la vigencia del *numerus clausus* y renglón seguido, pone el foco sobre la licitud de una GM que rompa la *par conditio creditorum* (Veiga, 2017, p. 170).

Desde el norte y en apoyo de la posición de *numerus apertus*, el profesor Boris Kozolchych critica el sistema de *numerus clausus*, como una barrera que impide la evolución de un sistema eficiente de Garantías Muebles y predica, como efecto de la implementación de la GM, una revaluación del sistema de *numerus clausus*, por lo que termina sosteniendo que la implementación de la GM supone la admisión del criterio de *numerus apertus* debido a la posibilidad para los particulares de crear infinitos derechos de garantía *in Rem* (Kozolchych, 2003).

Como se ve, en las primeras aproximaciones doctrinales sobre la GM, se ha expuesto que la admisión de la GM implica una revaluación del *clausus numerus* en

materia de derechos reales, pues se arguye que, la admisión de la GM concede a los particulares la posibilidad de confeccionar tanto derechos reales como su buena imaginación a bien lo tenga.

Nuestro estudio, postula que la posibilidad de un *numerus apertus*, en materia de derechos *In rem*, es un desatino que pasa por desconocer la cultura jurídica nacional, que no significa imposibilidad revisionista de ciertos cánones legales vetustos, como la noción de Prenda, pero que sí reclama el respeto de ciertos basamentos propios de una cultura jurídica Romano– Germánica.

Para justificar, la no revaluación del *numerus clausus*, acudimos al criterio del profesor Leopoldo Mariscal, sosteniendo que la creación, *numerus apertus*, de derechos reales de garantía, generaría un alto costo social, pudiéndose producir el rechazo en una operación subsiguiente o la merma de valor en el mercado del colateral, en atención a que se genera una imbricada red de contratos, que no hace clara la disponibilidad del valor del colateral, pues pendería, verbigracia, que en una eventualidad de ejecución se deba reconocer primeramente su calidad de derecho real, generándose una situación de ineficiencia de la GM (Peralta Mariscal, 2015).

Paradójicamente, reconocer la posibilidad de creación de tantos derechos reales de garantía, como a bien tenga la voluntad de las partes, terminaría por llevar a una fragmentación de garantías reales, que es precisamente lo que combate el sistema de GM.

Lo anterior, es diferente a cuando hablamos de un uso fragmentado de los derechos o una flexibilidad de bienes susceptibles de ser gravados, con el propósito de garantizar múltiples obligaciones en favor de múltiples acreedores, sin olvidar que, al final de cuentas, los derechos reales de garantía nacen para morir, a diferencia de sus mayores, como la propiedad, que nacen para perdurar.

El profesor Peralta Mariscal, genera un argumento adicional afirmando que, reconocer un *numerus apertus*, en materia de derechos reales, es dejar en manos del mercado una estandarización de estos derechos, lo que al final supone una falsa ilusión cuando se descubre que no existe una "mano invisible" que pueda regular tal fenómeno (Peralta Mariscal, 2015).

En este trabajo, sostenemos que la discusión en torno a si la GM supone una superación del *clausus numerus* por un *numerus apertus* es irrelevante y por tanto, la posibilidad de creación infinita de derechos reales de garantía es anti -técnica, pues el *numerus clausus*, en realidad, sigue vigente, siendo lo único derogado en el 665 del Código Civil es la enunciación de Prenda, que se reemplaza por la Garantía Mobiliaria, con su renovada naturaleza.

Hablar de *numerus apertus*, debe ser relacionado, entonces, no con la posibilidad de crear otros derechos reales de garantía, sino con el levantamiento del *clausus* del 655 del C.C, en cuánto a que hablar de bienes muebles, ya no depende que se *muevan por sí mismos o en virtud a una fuerza externa*, conforme a la definición legal, sino una actualización de la categoría de bienes muebles, fundados en la idea que, cualquier cosa, con valor pecuniario, pueda ser asimilada como bien

mueble a efecto de servir como colateral en una GM, cuestión esta que, solo las partes y en el conocimiento de su negocio o mercado pueden proponer.

Esta visión, del *numerus apertus* frente al colateral, tiene pleno apoyo en la Guía cuando se conmina a que el sistema legal de GM debe permitir “*la utilización de una amplia gama de bienes (incluidos los bienes corporales e inmateriales, así como los bienes presentes y futuros) como bienes gravados.*” (Guía Legislativa de La CNUDMI Sobre Las Operaciones Garantizadas, 2010, p. 21).

Una perspectiva moderna, de la GM como colateral, supone una reformulación del decimonónico concepto de bienes muebles, para que los acreedores consideren como excelentes fuentes de garantía aquellos bienes distintos de los relacionados en el art.655 de C.C y sobre todo, se mire en una perspectiva de cuarta revolución industrial; que supere la simple lectura de estados financieros, pasando de la capacidad de pago del deudor y/o garante, a la capacidad de liquidez del colateral, favoreciendo al prestatario en la posibilidad de conseguir un mayor crédito, con un costo marginal muchísimo menor al de una operación de crédito convencional. En un sistema de GM eficiente, indistintamente que el negocio jurídico se trate de un crédito financiero o comercial, el criterio decisivo no debe ser la capacidad del pago del deudor, sino la capacidad auto-liquidante del colateral.

Por lo anterior, la GM es una manera alternativa de cumplir la obligación, atendiendo a una perspectiva principalista, conforme a la Guía Legislativa de CNUDMI, donde se entiende que la Garantía mitiga el riesgo del impago cuando el valor inherente

del colateral cubre totalmente la obligación garantizada, en el evento que el deudor no pueda devolver el crédito.

En la misma línea, los proveedores de crédito tienden a ser más eficientes en la colocación de productos de crédito, cuando la garantía real mobiliaria cuenta con un valor simétrico frente al empréstito, de tal manera que funcione como un pago alternativo del deudor, garantizando la liquidez del crédito en favor del acreedor (Guía Legislativa de La CNUDMI Sobre Las Operaciones Garantizadas, 2010, p. 20).

La superación del principio, en cuanto a que solo podían darse en prenda bienes muebles, corporales o incorporales, representa otro de los cambios que definitivamente marca una superación del paradigma de la prenda decimonónica, pues hasta antes de la entrada de la ley de GM, las disposiciones sobre prenda del artículo 2409 del código civil y 1200 del C de Co, si bien establecían que el gravamen podía recaer sobre cualquier mueble, también es cierto que debían entenderse en consonancia con el hecho que solo podían prendarse cosas susceptibles de entregarse (Pérez Vives, 1999, p. 286); con el agravante que en muchos de los casos se limitaba la circulación del bien dado en garantía.

Por el contrario, un *numerus apertus*, en materia de bienes muebles, significa la posibilidad de recibir en GM, cuentas por cobrar, inventario, materias primas, producto en producción, maquinaria, vehículos, derechos de propiedad intelectual, que apareja la posibilidad para que los particulares, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pacten la creación de una GM sobre tantos bienes

siempre y cuando tenga algún valor pecuniario de interés para el acreedor y no opere sobre ellos alguna especialidad normativa que los exceptúe del régimen de GM, siendo esto último, la idea que se recoge en la ley 1676, permitiendo que se pueda dar en garantía mobiliaria, cualquier bien mueble, “*salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público.*”<sup>20</sup>

## **2. Alcance del numerus apertus en materia de colaterales**

Ahora bien, en la Ley 1676, se responden acertadamente cuatro cuestiones que definitivamente deben estar resueltas en lo que refiere a los colaterales permitidos por un sistema de GM funcional, conforme a las recomendaciones de la Guía.

En primer lugar, se trata la posibilidad de gravar bienes inexistentes o que no hayan pasado al patrimonio del garante. Cuestión resuelta en el numeral 1° del artículo 6°, cuando prescribe como colaterales aceptables “*Derechos sobre bienes existentes y futuros sobre los que el garante adquiera derechos con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria.*”

La segunda cuestión, relativa a cuáles bienes están expresamente exceptuados del régimen de GM, es resuelta en el artículo 4° al prohibir gravar aquellos descritos en la Ley 967 de 2005, Ley 964 de 2005, garantías sobre títulos valores del C. de Co. y los depósitos en dinero cuando el acreedor sea el depositario.

---

<sup>20</sup> Art 4° ley 1676 de 2013

La tercera cuestión, responde al cómo debe describirse el colateral, cuestión resuelta en la Resolución 834 de 2014 donde, al definir los mínimos de descripción que debe hacerse en el formulario registral de la GM, se exige una descripción que nos defina si estamos frente a un activo productivo o corriente; la definición de si estamos frente a un colateral comercial o de consumo; y tratándose de bienes con seriales, describir su fabricante, marca, modelo y licencia de uso si fuese el caso.

El cuarto y último aspecto, define si se permitirá gravar los bienes totales involucrados en la actividad empresarial. En el sistema colombiano, es claro que la ley, al no limitar expresamente universalidades jurídicas, como el establecimiento de comercio, avala que se pueda comprometer en GM, la totalidad de los bienes involucrados en la empresa, pues en la medida que no se viole el principio *nemo dat quod non habet*, se lleva a que no necesariamente deba tenerse un derecho de propiedad, sobre el colateral, sino que basta con tener algún derecho, verbigracia, contractual, para que pueda gravarse.

## **2.1 Colaterales futuros**

Gravar bienes futuros no es un tema pacífico, y así lo reconoce la Guía Legislativa de CNUDMI, cuando expresando que las nociones jurídicas del sistema, en torno a la propiedad, no reconocen la posibilidad de gravar o transferir lo que no existe. Adicional, la Guía pone en evidencia un problema, como es que un permiso legal para gravar futuros, podría llevar en el mañana a un excesivo endeudamiento del deudor o a una situación de control, por parte del acreedor, en la actividad

empresarial del garante, que impida a éste buscar otras fuentes de financiación. A lo anterior, debe sumarse que los acreedores quirografarios definitivamente estarían en franca desventaja frente al garantizado con GM.

Ahora bien, la cuestión sobre la posibilidad de celebrar negocios jurídicos sobre cosas futuras, no es ajena a la legislación nacional, pues es necesario recordar que conforme al artículo 1518 del C.C, las cosas que se esperan existan pueden ser objeto de una declaración de voluntad exigiéndose que se encuentren en el mercado y que puedan determinarse mínimamente en su género. Norma que viene muy bien, en pos de buscar una lectura armónica de la ley de GM en nuestro ordenamiento, pues al hablar de manera general de “cosas”, incluye todo tipo de bienes o derechos.

Importante, diferenciar la cosa que pende su existencia del paso del tiempo, en cuanto verdadera cualidad de cosa futura, de aquella cosa “posible” que podrá o no existir. Esta distinción, es clave, pues en el último caso, se suspendería el nacimiento del derecho de GM, mientras que, en la cosa futura, no existe incertidumbre de su acaecimiento y por tanto el derecho de GM nace sin condicionamientos al mundo jurídico. En las cosas futuras, susceptibles de gravarse, el género está definido y no pende su existencia de un avance tecnológico que lo reproduzca o produzca, verbigracia, es posible hablar de la constitución de un gravamen sobre la producción futura de *tablets* que recibirá el garante en su inventario, frente a la imposibilidad de gravar máquinas de tele transportación.

Pero la ley, no solo reseña bienes futuros, sino que hace un inventario, de manera enunciativa, *numerus apertus*, sobre los bienes que pueden darse en garantía y menciona los derechos sobre bienes existentes y futuros que el garante adquiere con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria; Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual; Derecho al pago de depósitos de dinero; Acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales, siempre que no estén representadas por anotaciones en cuenta<sup>21</sup>.

Adicional a estos, la ley enuncia la posibilidad de constituir, garantía mobiliaria, sobre bienes inmuebles por destinación o adherencia, de suma importancia si se tiene en cuenta que permite la posibilidad de entregar, en GM, verbigracia, un sembradío de árboles que, a pesar de estar adheridos al inmueble, pueden representar un mayor valor económico que el mismo de la tierra.

La renovación del concepto de bienes, pasa por admitir como colaterales futuros, impensables bajo la concepción decimonónica, como lo expresara el profesor Alvaro Perez Vives, en su libro Garantías Civiles, “No pueden darse en prenda bienes futuros. No solo porque el título 35 no autoriza la prenda sobre bienes futuros, sino porque estos no tienen existencia actual y no son, por consiguiente, susceptibles de individualizarse y entregarse. La prenda de bienes futuros, a

---

<sup>21</sup> Art 6° de la ley 1676 de 2013

diferencia de la hipoteca, es inconcebible. Más que nulidad habría aquí inexistencia del contrato por falta de objeto.” (Pérez Vives, 1999).

Para poner en evidencia, lo hasta aquí afirmado, revisemos algunos ejemplos:

En marzo de 2018 y con ocasión de las primarias presidenciales en Colombia, el futuro presidente Ivan Duque Márquez entregaba en GM, fungiendo como acreedor garantizado Bancolombia, la reposición de los votos depositados en la consulta popular interpartidista, con el propósito de garantizar una obligación de \$1.500 millones de pesos<sup>22</sup>.

En otra particular GM, donde se puede evidenciar la autonomía de la voluntad de las partes, Avianca otorgaba en GM en favor del Citibank National Association:

*“Todas las Piezas de Cambio gravadas con Prenda localizadas en Colombia junto con los accesorios, equipos, o las partes de una Aeronave (excepto un Motor o un Propulsor), Motor (excepto un Propulsor), Propulsor, o Dispositivo, que puedan ser instalados posteriormente en una Aeronave, Motor, Propulsor o Dispositivo y cualquier instrumento, equipo, aparato, parte, pieza, o accesorio usado, capaz de ser usado, o con la intención de ser usado, en el funcionamiento u operación de una Aeronave en vuelo, incluyendo un paracaídas, equipos de comunicación, y otros mecanismos instalados en o conectados a Aeronaves durante el vuelo, y no una parte de una Aeronave, Motor, o Propulsor..”*<sup>23</sup> En este caso, se evidencia como las

---

<sup>22</sup> Con el folio electrónico 20180409000045800, se da cuenta de la inscripción de la GM.

<sup>23</sup> Con el folio electrónico 20180831000150400 , se da cuenta de la inscripción de la GM.

partes le hicieron un legítimo drible a las normas de la Ley 976 de 2005, y afectaron con un gravamen, el avión “diseccionado” jurídicamente.

En otra operación sobre bienes futuros, La Universidad de la Sabana, garantizaba con matrículas futuras un crédito de \$107.900.000.000, para la construcción del emblemático edificio Ad Portas<sup>24</sup>.

Se reitera, por tanto, que la regla del *numerus apertus* no debe entenderse como posibilidad de creación de derechos reales, sino como una posibilidad, en virtud de la autonomía de las partes, de gravar bienes distintos que no necesariamente requieran la entrega.

En el *Security Interest*, esta situación la explica el profesor Kozolchych, de la siguiente manera: “*Cualquier bien o servicio, que tenga valor en el mercado, puede ser objeto de garantía real; y estos derechos de garantía real ilimitados sobre ellos pueden ser otorgados en forma simultanea o sucesiva a un número ilimitado de acreedores en garantía....Similarmente, estos bienes pueden ser gravados con deuda, presente o futura. Pueden comprender un bien aislado o la universalidad de bienes del derecho romanística o solo categorías especificadas o tipos de bienes o servicios. Pueden también incluir bienes derivados de la venta o intercambio de bienes o servicios existentes o futuros prestados por el deudor sin limitación* (Kozolchych, 2000).”

---

<sup>24</sup> Con el folio electrónico 20180126000084100 , se da cuenta de la inscripción de la GM.

Para nosotros, la armonización en este tema exige la revalidación de la doctrina sobre los bienes susceptibles de ser gravados, sometidos al régimen de *numerus clausus* del 655 C.C, pero por otro lado, evitando la creación interminable de otros derechos de garantía real, manteniendo intacto el *clausus numerus* del 665 del C.C; argumentándose la necesidad de tener certeza jurídica, evitando el libre arbitrio de los particulares, como generador de estos derechos, pues es el legislador, a través de la cláusula general de competencia normativa, es el único autorizado a constituir derechos reales, en función del interés público.

La regla de *numerus apertus*, no debe entenderse como una ampliación de la enunciación del artículo 665 del C.C sobre derechos reales, susceptibles de otorgarse en Garantía, pues aceptar dicho planteamiento significaría que, verbigracia, en un caso de ejecución de garantía real mueble, el juez competente por fuero privativo<sup>25</sup>, deba esperar, previa a la ejecución, que se resuelva si se está o no frente a un derecho real de garantía, lo que en este caso sería un atentado contra la eficacia misma de la figura y el principio de economía procesal.

Se recuerda, entonces, que la reformulación verdaderamente necesaria es la del artículo 655 del C.C, en cuanto a la actualización del concepto de bienes muebles susceptibles de darse en GM, admitiendo el *numerus clausus* del 665 del C.C y

---

<sup>25</sup> En las reglas procesales del derecho colombiano, el cobro forzoso de un derecho real de garantía mueble, tiene un fuero especial que es excepción a la regla general de competencia del fuero personal, por lo que el competente es exclusivamente el juez del lugar donde esté ubicado el colateral.

reconociendo una sustitución de la Prenda decimonónica por el concepto genérico de GM.

Que, en cuanto a la definición del colateral, si se admite la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de los particulares, que va en paralelo a un reconocimiento de la rápida evolución con la que se desarrollan nuevos productos o bienes, muchos escapados a la imaginación jurídica nacional.

Como colofón y en línea con lo anterior, se propone, para evitar los temores razonables de un desbordamiento de la autonomía de la voluntad, el siguiente test de verificación de viabilidad del colateral:

- a. Que no existan normas imperativas que prohíban someter en GM determinado bien o derecho.
- b. Que el colateral no penda en su existencia de la voluntad exclusiva del garante.
- c. Que la caracterización de la relación jurídica del bien suponga la posibilidad de movilizarse en el mercado y por tanto pueda ser subrogado por otro colateral.
- d. Que sea una relación jurídico-real en la medida que pueda ser oponible.
- e. Que no sea un bien sometido a un régimen de garantías muebles especialísimas, como aquellas regladas por la Convención del Cabo.

## 2.2 COLATERALES DERIVADOS O *PROCEEDS*

Hasta antes de la entrada de la Ley de GM, el código civil permitía que los frutos civiles percibidos por el tenedor del bien dado en garantía, pudiesen ser usados para aplicarse a la satisfacción de la obligación principal, lo que en la práctica implicaba que el deudor perdía su capacidad de beneficiarse económicamente del bien.

Por otro lado, la destrucción del bien dado en garantía, implicaba para el acreedor la extinción jurídica de su garantía, sumado al hecho que la ley requería, para la validez de la prenda, su singularización, rechazando de tajo la posibilidad de reposición automática de la garantía.

En las normas comerciales, si bien la apertura era mayor, en tratándose de la prenda sin tenencia, verbigracia, la prenda sobre establecimiento de comercio, otros activos circulantes, no eran considerados bienes susceptibles de entregarse en garantía prendaria, como expresamente lo prescribía el art 532 del C. de Co.

Estas situaciones análogas a la prenda y similares, vienen a remediarse con el concepto de bienes atribuibles o derivados, concepción cuyo nido conceptual se encuentra en el art 9 del UCC que regula el *Security Interest*, donde se recoge en esta codificación la solución a estas situaciones.

Si bien, ley de GM colombiana está inspirada en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, la verdad es que la fórmula legal se parece, de gran manera,

a lo dispuesto en el Art 9-102 (64) del UCC<sup>26</sup>, pues de la lectura común de ambos textos, podríamos definir los derivados o bienes atribuibles, como aquellos que guardan un nexo causal, en su origen, con el colateral originario, sin que se requiera una estipulación expresa, por parte de los contratantes, para entenderse gravados en el desarrollo del contrato de garantía mobiliaria.

La anterior definición, se corresponde perfectamente con la noción de una GM de naturaleza funcional y flotante, entendiendo que el gravamen, al final, está

---

<sup>26</sup> (64) "Proceeds", except as used in Section 9-609(b), means the following property:

(A) whatever is acquired upon the sale, lease, license, exchange, or other disposition of collateral;

(B) whatever is collected on, or distributed on account of, collateral;

(C) rights arising out of collateral;

(D) to the extent of the value of collateral, claims arising out of the loss, nonconformity, or interference with the use of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral; or

(E) to the extent of the value of collateral and to the extent payable to the debtor or the secured party, insurance payable by reason of the loss or nonconformity of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral.

Por su parte, la ley 1676 de 2013 estipula:

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

gravitando sobre un valor determinado en el patrimonio del garante, que termina singularizándose en un derecho o bien, susceptible de mutar, a la usanza de lo que sucede en el derecho norteamericano con los *Proceeds*; limitados en el acuerdo de voluntades y necesarios de inscripción en el RGM, de cara a publicitar su alcance y mutación.

De la lectura del artículo 3° de la ley, al no requerir la especificidad del colateral, para la constitución del gravamen, se viabiliza la posibilidad de dar activos circulantes o universalidades patrimoniales que puedan subrogarse en otras, en consonancia con lo expresado por el profesor Veiga Copo quien aduce que las cosas muebles, dadas en garantía, no pierden ni deben perder su capacidad circulatoria, pues de ser así, se atentaría contra la capacidad productiva y generadora de riqueza de la GM (Veiga, 2017, p. 13).

### **2.2.1 El *Proceed* como antecedente jurídico del colateral derivado**

Los *Proceeds* en el UCC, fueron la reacción a la regla de "*dominio irrestricto sobre los ingresos*" derivada del caso *Benedict Vs. Ratner*<sup>27</sup>, que prohibía el acuerdo de

---

<sup>27</sup> El garante, la compañía *The Hub Carpet Company*, es declarado en quiebra ante el tribunal federal del sur de Nueva York, el 26 de septiembre de 1921. Previamente el garante- deudor, en el mes de mayo del mismo año, solicita un préstamo de treinta mil dólares a Aaron Ratner, para destinarlo como capital de trabajo. En garantía de la obligación de pago, el garante cede al acreedor , el 23 de mayo, todas las cuentas por cobrar presentes y futuras, permitiendo que el garante siguiese cobrando los derechos de crédito y teniendo plena disposición sobre estos ingresos.

Ante el temor de la insolvencia del garante-deudor, Ratner ejecuta la garantía en las cuentas por cobrar, que no estaban listadas en el acuerdo inicial, lo que a juicio del agente liquidador Benedict, a quien la Corte Suprema termina dando la razón, era un fraude frente a los otros acreedores, pues

GM extensivo a los bienes derivados. Con la expedición de la sección 9-306 (5) se admitió el uso de colaterales flotantes e inventarios cambiantes que permitieron que el colateral original, existente entre el garante y el acreedor garantizado, continuase en los bienes devueltos o de reemplazo (Eric Kauders, 1994, p. 792).

El *Proceed* fue un sobrepaso de dos efectos derivados de la regla de dominio en la prenda. Por un lado, la no disponibilidad del bien y la presunción consecuente, de entenderse esto como un beneficio para el acreedor, pues hasta antes de la adopción del UCC, todo acuerdo de voluntades tendiente a eliminar o aminorar estas restricciones dispositivas, en beneficio del deudor, eran nulas.

Tabaral, recuerda como, a pesar de la regla, las partes para eludirla, decidieron aplicar los *proceeds* a la satisfacción del crédito garantizado, trayendo como consecuencia una excesiva especialización de las prácticas de financiación empresarial (Tabaral, 2010).

En el Derecho Norteamericano, los *Proceeds*, contienen una doble dimensión, por un lado, un colateral generado de manera automática como un derecho de garantía sobreviniente y excepcional al principio continental de reipersecutoriedad; y una segunda dimensión, donde se entiende el *proceed* como un bien derivado que tiene su causa en el momento de constitución de la garantía primigenia y justificado en

---

menoscaba el derecho de estos, en la medida que el acreedor no puede hacer extensivo su dominio sobre algo que no contiene la misma determinación del colateral original (Gilmore, 1999, p. 254).

una subrogación real implícita, mas no expresa, en las normas de artículo 9 del UCC.

En Estados Unidos, el alcance de los *Proceeds*, no ha terminado de concretarse en las leyes, de ahí que a pesar de varias actualizaciones normativas, es en los estrados judiciales donde se termina fijando su alcance lo que dado lugar a una heterogeneidad en las opiniones judiciales, elevándose los costos de transacción, derivados de esa ausencia de uniformidad en la interpretación del concepto, sin que pueda llegarse a simplificaciones o generalizaciones que excluyan situaciones muy particulares.

En refuerzo de lo anterior, verbigracia, G. Ray Warner, plantea como, en una situación concursal, un acreedor garantizado que no exigió su garantía, reclama la extensión de ésta a ingresos posteriores al proceso de bancarrota argumentando que su garantía previa no solo recaía sobre los inventario o cuentas por cobrar previas al procedimiento sino los posteriores, en función que los fondos para cubrir gastos posteriores estaban en relación causal con su garantía (Warner, 2001, p. 791).

En línea con lo anterior, el profesor Freyermuth explica como a pesar del diseño funcional de la Garantía Mobiliaria norteamericana, los jueces han terminado reinterpretando el alcance de la GM sobre los atribuibles o derivados del colateral original y citando varios casos, indica como los deudores garantizados has terminado por desgravar lo que la ley de manera directa tenía gravado (Freyermuth, 1995, p. 648).

De la experiencia americana, es preciso llamar la atención frente al hecho que, seguramente, serán muchos los litigios que llegarán a los jueces, por la indeterminación del alcance de los derivados o atribuibles. Serán los jueces, quienes construirán las reglas autorizadas de interpretación, pues la flexibilidad del concepto necesariamente llama el conflicto.

### **2.2.2 Clasificación de los colaterales derivados**

La regla general es que el asunto de la persecución o subrogación del bien, depende del acuerdo de voluntades, conforme a la prescripción de la ley.

No debe perderse de vista, que el objeto de la ley de GM es la ampliación de bienes o valores susceptibles de darse en garantía, buscando una ampliación del crédito garantizado, así como el abaratamiento de éste, minimizando costes de transacción; que mejore la eficiencia económica de la garantía real mueble, aceptando que, el sistema de derechos reales de garantía, no ha perdido la esencia de ser *numerus clausus* y apuntando la eficiencia en la ampliación de los bienes susceptibles de ser colaterales, pues como lo afirmase Ronald Coase, en su famoso teorema, la mayor determinación y claridad derivada de la ley tiene una incidencia directa en el funcionamiento de un sistema económico.

Si bien ley de GM deviene de la ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, no es menos cierto que la fórmula legal original, está en el Art 9-102 (64) del UCC, por lo que la presente clasificación obedece a los criterios normativos de esta y la definición de derivados consignado en la ley colombiana.

De la lectura conjunta de ambas normas, podríamos agrupar los derivados en dos grandes grupos, a saber:

Un primer grupo, que llamaremos derivados de intercambio o sustitución por subrogación, que implican un acto de disposición o de reemplazo, que lleva a una conversión del colateral. Como aquel vehículo, que es vendido a un tercero, dentro del giro ordinario de los negocios, y a cambio se recibe un activo o pago en dinero subsistiendo la garantía, pero con un derecho o bien de naturaleza diferente, similar a lo que sucede en la garantía flotante inglesa. Es un reemplazo, donde el colateral primigenio desaparece y en su lugar es sustituido, regularmente, por el precio de la cosa o en su defecto por una indemnización.

En un segundo grupo, que llamaremos derivados por accesión, se corresponden aquellos ingresos fundados en el goce del bien, como cánones de arrendamiento, licenciamientos, aumentos, mejoras; intercambio de partes del colateral, frutos civiles y naturales u otro acto en función del colateral. Verbigracia, los ingresos obtenidos del alquiler del vehículo, por parte del comerciante, de nuestro ejemplo anterior, que ha comprado en crédito el activo, para darlo en alquiler.

#### ***2.2.2.1 Derivados de intercambio o sustitución por subrogación***

En un mundo con alta transabilidad de bienes muebles, compraventas de segunda mano, trueques virtuales, etc. el atributo de reipersecutoriedad del colateral puede volverse un lastre a propósito de permitir al deudor-garante una alternativa líquida,

a su acreedor garantizado, como alternativa al pago de la obligación garantizada, y por otro evitar la inmovilidad comercial del colateral.

Ya en la legislación colombiana se encontraban soluciones a este problema. Por un lado, el artículo 2421 del C.C, da la posibilidad de reemplazo del colateral primigenio, cuando se permite al deudor reemplazar la cosa dada en garantía siempre que no se cause perjuicio al acreedor y con autorización de este.

En el artículo 1101 del C. de Co. se prescribía que la indemnización a cargo del asegurador se subroga por el colateral, ergo transmitiendo los derechos del acreedor prendario o de la garantía obtenida en virtud del derecho de retención o la garantía devenida de un embargo o secuestro judicial.

Y el artículo 532 del C. de Co. se permitía, en tratándose de la prenda sobre el establecimiento de comercio, que el gravamen alcanzase a los activos circulantes, más como una justificación del concepto de unidad del establecimiento de comercio, que por una excepción “institucional” al atributo de persecución, evitando el absurdo de limitar la disposición de los activos circulantes, propios de un establecimiento de comercio.

Estas hipótesis normativas, no son más que expresiones de algo que, con la ley de GM, deja de ser excepcional y relativiza el atributo de persecución: la subrogación real de la garantía.

En la Ley de GM, si bien se dice que debe entenderse por derivados o bienes atribuibles, nada se dijo sobre si la subrogación real opera de pleno derecho y por

tanto deja sin efecto el atributo de persecución del bien originalmente gravado; o si por el contrario, ésta debe ser pactada o permitida expresamente por el legislador, limitándose la ley a reconocer la extensión automática sobre los bienes derivados, pero dejando a la interpretación si es sobre todos los bienes, originales y derivados, o solo estos últimos donde persiste la garantía mobiliaria y por tanto, la subsistencia de la reipersecutoriedad.

Aubry y Rau, citados por Figueroa Yáñez Gonzalo, definen la subrogación real como “una ficción por medio de la cual un objeto viene a reemplazar a otro, para pasar a la propiedad de la persona a que pertenece a este último y para revestir su naturaleza jurídica” (Figueroa, 1994).

La subrogación real es un fenómeno que conceptualmente no ha sido extensivo, en nuestra tradición, a las garantías reales, como bien lo explica el profesor Luis Javier Gutiérrez Jerez:

*“En el Derecho Romano clásico no se encuentra un concepto de subrogación real.... En la época clásica, los romanos basaban la idea de subrogación principalmente sobre la “universitas”, operando a modo de ficción jurídica por tener trascendencia para el Derecho.*

*A pesar de que en el Derecho Romano existía lo que podríamos llamar efecto subrogatorio, normalmente referido al ámbito personal o subjetivo, no existía ni siquiera el término como referente al concepto jurídico.*

*Como brillantemente demuestra ANDRÉS SANTOS, en las fuentes jurídicas romanas no se encuentra ningún término técnico equivalente a la subrogación real, puesto que a su juicio, los términos “subrogare” “succedere”, “permutare”, “substituere”, no pueden identificarse en modo alguno con aquél, por lo que el proceso de indagación científica debe basarse necesariamente en la exégesis y la casuística.” (Luis Javier Gutierrez Jerez, 2009).*

No encontrando un sustento, en nuestra tradición del *Civil Law*, la doctrina ha elaborado varias tesis, que se podrían agrupar en clásicas y modernas, siguiendo la clasificación del profesor Javier Gutiérrez.

En las primeras, Pothier, citado por Gutiérrez, señala el alcance de la subrogación, delineando las siguientes condiciones: Primero, que la cualidad que se transmita sea extrínseca; segundo, que la cosa que adquiere tal cualidad por subrogación sea por su naturaleza susceptible de adquirirla; y tercero, que la cosa a la que se deba transmitir la cualidad de la primera, haya sido adquirida inmediatamente en lugar de la anterior. Una teoría que apunta a explicar los reemplazos en universalidades jurídicas, básicamente el patrimonio, pero no cubre los fenómenos modernos de subrogación (Luis Javier Gutierrez Jerez, 2009).

En respuesta a las teorías clásicas, las teorías modernas del derecho francés argumentan que la idea de ficción, por ser una débil forma de hacer aparecer la realidad de las cosas, debe dar paso a la justificación desde valor para explicar el

fenómeno subrogatorio, concluyendo que siempre que sea posible determinar el valor apropiado del bien, podremos aplicar la subrogación en el patrimonio del titular.

Planiol y Ripert, abanderados de esta tesis, resumen las siguientes condiciones como propias al fenómeno de la subrogación real, a saber (Gutiérrez, 2005, p. 33):

1ª. La subrogación debe admitirse, aunque falte precepto legal que la ordene y debe aplicarse analógicamente a los supuestos no contemplados siempre que con ello se mantenga la afectación del bien y se especifique que el valor del bien nuevo proviene del bien anterior.

2ª. Para que se produzca la subrogación, no es necesario que los bienes sometidos a una afectación especial constituyan una universalidad. En realidad, es indiferente que se trate de bienes aislados, agrupados, con o sin consideración como universalidad.

3ª. La subrogación puede ser sometida a requisitos especiales, destinados a proteger a terceros.

Para el presente análisis, las conclusiones de Planiol y Ripert nos ayudan en la búsqueda de una base conceptual, de cara a justificar la subrogación real implícita en la naturaleza de la GM.

Primero, justificando la validez del *numerus apertus*, al afirmar que es inocua la prescripción legal para que se verifique la subrogación. Por otro lado, la tesis de los

profesores franceses valida la necesidad de un nexo causal directo entre el bien originalmente gravado y sus derivados o atribuibles.

En segundo lugar, amplía el espectro del concepto no solamente a universalidades jurídicas, bienes de género; sino también a bienes que no necesariamente deban guardar correspondencia en sus calidades, permitiendo el reemplazo en tratándose de bienes determinados o especie.

Una última conclusión, es la de reclamar la protección de los terceros de buena fe, justificando la existencia de un sistema de registro público, a la usanza del RGM, que con cierta especialidad preserva este objetivo.

Una lógica alternativa de entender este tipo de derivados, es la idea que reclama la pérdida del atributo de persecución hasta la concurrencia del valor resultado de la enajenación, pero a cambio beneficiándose del precio o del bien permutado, en la medida que respete el interés del acreedor de tener un derecho preferente sobre un activo líquido.

Estos son los bienes que tienen origen en un negocio jurídico dispositivo, llámese compraventa, permuta, por un lado, y por otro obedecen a contraprestaciones indemnizatorias, en virtud de una extensión automática de la garantía sobre los bienes percibidos en reemplazo, entendido esto como un principio en el derecho norteamericano, en materia de garantías mobiliarias a *security interest attaches to any identifiable proceeds of collateral* .

El profesor Tarabal Bosch, lo explica exigiendo una causalidad entre el bien que se recibe como contraprestación del bien que sale del patrimonio del garante, de tal manera que se siga manteniendo es un valor que compense la exclusión del colateral primigenio, beneficiando al adquirente de la cosa desgravada (Bosch, 2010).

Esta noción de subrogación, reflejo de los *Proceeds* del Artículo 9 del UCC, está positivizada en nuestra ley bajo el concepto de derivados, como excepción velada al atributo de persecución, pues el activo que sale del patrimonio deja de estar gravado y no puede ser perseguido por el acreedor, en razón al “reemplazo” de activo que opera, verificada cualquiera de las situaciones referenciadas anteriormente, a la usanza del *Security Interest*.

En la Ley de GM, si bien se dice que debe entenderse por derivados o bienes atribuibles, nada se dijo sobre si la subrogación real opera de pleno derecho y por tanto deba excusarse la persecución del bien originalmente gravado; o si por el contrario, ésta debe ser pactada o permitida expresamente por el legislador, limitándose a reconocer la extensión automática sobre los bienes derivados, pero dejando a la interpretación, si es sobre todos los bienes, originales y derivados, o estos últimos donde persiste la garantía mobiliaria y por tanto, la subsistencia del atributo de persecución.

Tarabal Bosch, nos colabora con la solución, aduciendo que del sistema del Artículo 9 del UCC, vale como regla general el atributo de persecución, con dos excepciones a este, de cara a validar los derivados:

- a. La primera, relativa a un acuerdo de voluntades donde se autoriza expresamente la enajenación del bien gravado y la expresión clara que el negocio jurídico dispositivo desafecta el bien gravado.
- b. La segunda, hace referencia a la protección del comprador, en el curso ordinario de los negocios del garante, retratada tanto en la legislación norteamericana como en la colombiana, en la sección 1-201 (b) (9) del UCC y en el artículo 8° de la Ley de GM, respectivamente; reclamándose en ambos casos la necesidad que el tercero adquirente actúe de buena fe, y que se trate de bienes que correspondan al giro ordinario de los negocios del garante.

Esta cuestión, se traslada a nuestro derecho, admitiendo que sobre el bien original sigue pendiente el gravamen, pero permitiendo que sean las partes o la ley, quienes definan las situaciones en que la subrogación del derivado extingue el atributo de persecución sobre el bien original, siendo condición mínima, para que hablemos de esta clase de derivados, que el garante detente, como mínimo, la tenencia de la cosa y el negocio jurídico represente una transferencia del derecho.

Ahora bien, hasta antes de la entrada de la ley de GM, la cuestión de la disposición de un bien prendado, obedecía a dos hipótesis:

Por un lado, la del deudor prendario con tenencia, contenida en el Código de Comercio, en donde no se podía transferir el dominio de los bienes dados en prenda, sin la autorización previa del acreedor, lo que significaba en la práctica la

conversión del acreedor prendario, sin tenencia, en un cuasi propietario del bien pignorado ya que la manifestación de su voluntad era una condición esencial para que procediese la tradición de la cosa pignorada.

Por otro, la del deudor prendario sin tenencia, hipótesis reguladas en el Art. 2409 a 2431 del Código Civil y de Comercio respectivamente donde el garante podía transferir el dominio de los bienes, que daba en prenda sin necesidad del consentimiento del acreedor, aún a pesar de no detentar físicamente el bien.

En ambas, el atributo de persecución es una característica derivada de la acción real, que permite perseguir el bien gravado en manos de quien esté.

Ahora bien, con la entrada de la Ley de GM, la calma decimonónica se ve subvertida en casos donde la subrogación real, verbigracia, no es tan clara como cuando la operación de reemplazo está relacionada con fondos o flujos de efectivo, que son confundidos por el garante, con el fin de disipar la garantía, afectando los intereses del acreedor garantizado. En estos casos, las partes usualmente deberían pactar un mecanismo de rastreo para evitar la ocurrencia del riesgo de confusión.

Frente a lo anterior, lo que reclamaremos de los jueces será una hermenéutica de unificación de las reglas inter-partes, que apunten a temas como el nivel de excusa del atributo de persecución, que asiste al beneficiario de pagos, relacionados con el giro ordinario de los negocios del garante; u otra que disponga de un término prudencial, en favor del acreedor, para perseguir el colateral cuando éste sea

trasladado de una ubicación a otra, generándose una dificultad física de rastreo, que le permita al final reclamar un valor equivalente en el patrimonio del garante.

Por otro lado, recordar que en el art 2431 del C.C, una de las causales de extinción de la prenda, era su destrucción. Esto implicaba el desamparo inmediato para el acreedor, con respecto a la obligación garantizada, lo que suponía una posición desventajosa para este a la ocurrencia del siniestro.

La anterior situación, en ciertos bienes como los automotores, se ha resuelto mediante una póliza contenedora de una cláusula o endoso de beneficiario a favor del acreedor. Sin esta salvedad, la garantía inevitablemente desaparecía para el acreedor.

Con la Ley de GM, la extensión se hace automática tanto a las indemnizaciones derivadas de seguros, como a las decretadas por sentencia judicial, a prescripción de la Ley de GM, cuando dice: *“Estos también incluyen los valores pagados a título de indemnización por seguros que protegían a los bienes sobre los que se había constituido la garantía, al igual que cualquier otro derecho de indemnización por pérdida, daños y perjuicios causados a estos bienes en garantía, y sus dividendos.”* , en línea con el derecho norteamericano donde la compensación ofrecida por el seguro o la indemnización derivada una condena en responsabilidad civil extra-contractual, subrogan automáticamente en el patrimonio del garante (Bosch, 2010).

### **2.2.2.2 Derivados por extensión a los frutos**

¿No estar comprendidos los frutos, en la definición de derivados que trae nuestra Ley, termina por excluirlos? En mi opinión no, por las razones que comparto a continuación.

La Guía, nos recuerda como algunos sistemas de derecho no reconocen a los acreedores garantizados un derecho automático sobre los frutos civiles o naturales a menos que consten expresamente en un acuerdo. En otros se reconocen siempre y cuando el acreedor tenga "la posesión efectiva" del colateral, y un último grupo donde se reconoce el derecho automático sobre los frutos civiles y naturales, pero no sobre el precio de la enajenación (Guía Legislativa de La CNUDMI Sobre Las Operaciones Garantizadas, 2010).

Para la guía, el alcance de los bienes derivados a los "productos" o frutos, tiene su justificación en la expectativa que del negocio de garantía tengan las partes, explicando como el acreedor, por un lado, aspira a una realización "total" de la GM, en cuanto asumir como integrante del colateral los frutos civiles y naturales, de éste. Por el lado del garante, su expectativa está orientada por una necesidad de tener la mayor capacidad de disposición sobre los frutos del colateral.

Para la guía, el alcance de los bienes derivados a los "productos" o frutos, tiene su justificación en la expectativa que del negocio de garantía tengan las partes, explicando como el acreedor, por un lado, aspira a una realización "total" de la GM, en cuanto asumir como integrante del colateral los frutos civiles y naturales, de éste.

Por el lado del garante, su expectativa está orientada por la necesidad de tener la mayor capacidad de disposición sobre los frutos del colateral.

La guía, en su recomendación 19, toma partido por la extensión automática de la noción de derivado a todos los frutos civiles, bajo el razonamiento que muchos de los colaterales pueden suponer un uso y goce que lleve a un desmedro de éste, por lo que en sana lógica permitir la extensión automática es una manera de compensar al acreedor la pérdida de valor de su garantía.

Por otro lado, en nuestro C. de Co. el artículo 1221, en cuanto a la anticresis, ya regulaba la posibilidad de entregar una cosa y pagarse con los frutos de esta y siendo que esta figura quedo expresamente incluida en el concepto de GM, es claro entonces que no repudia la ley que tengamos operaciones de garantía que prediquen automáticamente la extensión del gravamen sobre los frutos.

## CONCLUSIONES

1. Una garantía genérica, dúctil y mueble, generosa en el cubrimiento de varios tipos de obligaciones, de todo tipo de obligaciones, no es una figura tan “moderna” como pudiese pensarse, pues vemos que ya en el derecho romano, inglés y norteamericano la necesidad de eficiencia económica llevó al desarrollo de un instrumento funcional que superaba la etiqueta legal.
2. La GM, es una figura adaptativa de la ley Modelo de la OEA, que sigue los parámetros de la Guía Legislativa de CNUDMI, pero que en el fondo permite reconocer la influencia del instrumento consagrado en el artículo 9 del *Uniform Commercial Code*, llamado *Security Interest*, por lo que la revisión de las prescripciones normativas de esta figura debe ser obligatorio para las partes interesadas en la aplicación de la GM.
3. En virtud de lo anterior, la doctrina relevante y las reglas pretorianas del derecho norteamericano, nos relevan de una parte de la carga hermenéutica necesaria para resolver los casos difíciles, que con seguridad vendrán, con ocasión de aplicar una GM funcional y genérica.
4. La GM, es una figura que supera sus equivalentes decimonónicos y termina derogando las disposiciones particulares desperdigadas en el derecho colombiano, con las excepciones expresas de la ley, por lo que sostener una coexistencia legal, verbigracia, prenda sobre establecimiento de comercio y GM, es un atentado contra el objetivo de unidad que se reclama de un sistema de GM eficiente.

5. El carácter genérico y funcional de la GM, tiene un aliado en el registro público de cara a brindar certidumbre en el derecho de garantía de los acreedores y posibilitar la simplicidad en la consulta y lectura de los gravámenes otorgados por un garante.
6. La GM, al no suponer una coexistencia con la prenda, y por tanto derogatoria de esta última, significa que la enunciación *numerus clausus* del artículo 665 del C.C, en materia de derechos reales, se mantiene incólume y el verdadero *numerus apertus* es reinterpretar el artículo 655 del C.C, en cuanto que, para efectos de la GM, la posibilidad de los colaterales supera la estricta definición de éste artículo.
7. La enunciación abierta de cosas susceptibles de darse en GM, nos lleva a integrar una categoría nueva de colaterales, como son los derivados, lo que implica una relativización del atributo de persecución.
8. En la Ley GM, el tipo de bienes no define el instrumento, pero no por un olvido o defecto de técnica legislativa, sino porque ese es el propósito del instrumento, la flexibilidad en función de los negocios.
9. La subrogación real del colateral, excepcional en la garantía real decimonónica, pasa a ser la regla en cuanto que la ley misma lo expresa, sin alinderar la posibilidad que las partes, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, puedan especificar el alcance de estos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Banco Mundial. (2020). *Doing Business Measuring Business Regulations*.  
[http://espanol.doingbusiness.org/Methodology/getting-credit#DB\\_gc\\_legalRights](http://espanol.doingbusiness.org/Methodology/getting-credit#DB_gc_legalRights)
- Bonilla, F. A. (2014). *El nuevo régimen legal de las Garantías Mobiliarias Ley*.  
REVIST@ e – Mercatoria.
- Bosch, J. T. (2010). *El concepto de proceeds en el Artículo 9 UCC*.  
[http://www.indret.com/pdf/717\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/717_es.pdf)
- Colombia, Ministerio de Comercio, I. y T. (2012). *Proyecto de Ley Número 200 de 2012, Senado*.
- Confecámaras. (2017). *Situación del Nuevo Régimen de Garantías Mobiliarias*.
- Cores, C. De. (2007). *La reforma francesa del derecho de las garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana*. Revista de Derecho de La Universidad Católica Del Uruguay, Número 2(ISSN: 1510-3714), 69–117.
- Correa, A. (2011). Contenido. In *Las Garantías Mobiliarias en la Promoción de la Competencia y el Acceso al Crédito en Colombia*.
- Eric Kauders, J. (1994). *Substitution of Proceeds Theory for U . C . C . § 9-306 ( 5 ), or, the Expansive Life and Times of a Proceeds Security Interest*. Virginia Law Review, 80(3), 787–832. <http://www.jstor.org/stable/1073632>
- Fernández, L. E. I. (2012). *Breve Historia de la Revolución Industrial* (Ediciones

Nowtilus (ed.); 2012th ed.).

Fernández, M. S. (2016). *Las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés Fixed Charge y Floating Charge su constitución y publicidad registral*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 753, 307–349.

Figueroa, Y. G. (1994). *El patrimonio* (Editorial Jurídica de Chile (ed.); Segunda ed).

Freyermuth, W. (1995). *Rethinking Proceeds: The History, Misinterpretation and Revision of U.C.C. Section 9-306*. *Tulane Law Review*, 645.

Friedman, D. M. (1942). *Field Warehousing*. *Columbia Law Review*, 1(1), 992–1013. <https://doi.org/10.3868/s050-004-015-0003-8>

Gilmore, G. (1999). *Security interests in personal property*. Lawbook Exchange.

Gordon, T. C. (1964). *Why Benedict V. Ratner?* In *Washington and Lee Law Review* (Vol. 21). <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol21/iss1/5>

Gutiérrez, L. J. (2005). *Origen, Concepto y Fundamento de la Subrogación Real*. 15–63.

Guzmán, A. (2009). *La pérdida del concepto romano de hipoteca mobiliaria en los derechos moderno y codificado y su recuperación a lo largo de los siglos XIX y XX con especial referencia al caso de Francia*. *Revista de Derecho* (Valparaíso), 33, 103–148. <https://doi.org/10.4067/s0718->

68512009000200002

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, (2010).

Jiménez Sánchez, J., & Rojas Restrepo, F. (2014). *Nuevas alternativas de financiación, fondeo y préstamos a sectores no aptos para el sistema financiero colombiano*. Sotavento M.B.A., 24, 100–114.

John Armour. (2004). *The Chequered History of the Floating Charge*. Griffith Law Review, 13(2), 243–258. <https://doi.org/10.3366/ajicl.2011.0005>

Kozolchyk, B. (2000). Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias. *The World Bank*.  
[http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20153433/Latin America - Kozolchyk \(2\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20153433/LatinAmerica-Kozolchyk(2).pdf)

Kozolchyk, B. (2003). *La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos*.

León, E. (2015). *La prenda sin apoderamiento en Colombia : regulación comercial y garantías mobiliarias* \*. 8697, 82–110. [https://doi.org/:](https://doi.org/)  
<http://dx.doi.org/10.14482/dere.44.7170>

Luis Javier Gutierrez Jerez. (2009). *Derechos Reales, Régimen económico matrimonial y derecho de sucesiones*. (Editorial Difusión (ed.)).

Mentxaka, R. (1984). *La Pignoracion De Colectividades En El Derecho Romano Clasico* (S. de la universidad del P. V. Editorial (ed.)).

- Michael G. Bridge, Roderick A. Macdonald, R. L. S. and C. W. (1995). *Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions Introduction: Substance, Function, and Form in Secured Transactions Law*.  
<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6745487-44.Bridge.pdf>
- Montaña, I. G. (2018). *Nuevo Contrato de Garantías Mobiliarias, implicaciones contractuales frente al contrato de Prenda*. [Universidad Nacional].  
<http://bdigital.unal.edu.co/64854/3/lvanGil.2018.pdf>
- Morles, A. (2014). *Garantías Mecantiles* (Universidad Católica Andres Bello (ed.)).
- Pennington, R. R. (1960). Genesis o f the floating charge. *The Modern Law Review*, 23(6), 630–646.
- Peralta Mariscal, L. L. (2015). *Análisis crítico del sistema español de numerus apertus en materia de derechos reales*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 751, 2665–2734.
- Pérez Vives, A. (1999). *Garantías civiles : hipoteca, prenda y fianza* (Temis (ed.)). Temis.
- Rabanal, R. C. (2015). *Derecho de Garantías Civiles y Comerciales* (E. y L. Jurídica Grijley (ed.)).
- Raymond, A. (2011). *Operaciones Garantizadas Internacionales: debate actual y posibles soluciones*. *Revista de Derecho Privado*, 20, 155–174.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2890/2532>

Rojas, J. (2007). *El Mercantilismo. Teoría, política e historia*. Economía, Volumen XX, 75–97. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/view/1822>

Senado de Colombia. (2012). *Proyecto de ley 200 de 2012*.

<https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-2012-senado-451043514>

Senado de la República de Colombia. (2012). *Exposición de motivos del proyecto de ley sobre Garantías Mobiliarias*.

Tabaral, J. (2010). *El concepto de proceeds en el Artículo 9 UCC*.

Valencia, A. O. A. (1996). *Derecho Civil, Derechos Reales* (Temis (ed.); 10° edición).

Veiga, A. (2017). *Garantías Mobiliarias Ley 1676 de 2013* (Universidad Sergio Arboleda (ed.)).

Warner, G. R. (2001). *Article 9 's Bankrupt Proceeds Rule : Amending Bankruptcy Code Section 552 Through the UCC — Proceeds ll Definition*. Gonzaga Law Review, 104, 86–104.

