

ENSAYO SOBRE  
**LAS GARANTÍAS  
MOBILIARIAS  
EN COLOMBIA**

---

---



**Miguel Angel Polanía Torres  
Laura Vanessa Mora Montañez  
John Edwin Zapata Hernández**

## RESUMEN

El objetivo principal de esta investigación es explicar, la naturaleza jurídica de las garantías mobiliarias; enfocándose en el mal llamado carácter accesorio de esta institución, defendiendo así, el criterio de la autonomía. Lo anterior, se fundamenta en la importancia que otorga el legislador a la finalidad económica que se implantó en esta figura, que es el rápido acceso al crédito para pequeñas y medianas empresas, también llamadas Pymes. En este artículo se responde a la pregunta ¿La figura de la garantía mobiliaria es de carácter accesorio o autónomo? Partiendo de las diferencias de esta institución con las figuras del contrato de prenda (hoy reemplazada por las garantías mobiliarias), y la hipoteca, siendo este último distinto por el objeto que se garantiza, que son bienes inmuebles, a fin de interpretar el carácter autónomo de la garantía mobiliaria.

**E**n La presente investigación desarrollada por los estudiantes del subgrupo de garantías mobiliarias, pertenecientes al semillero de Derecho Civil Bienes, se refiere al tema de las garantías mobiliarias, una novedosa figura dispuesta por la Ley 1676 de 2013, la cual tiene por objeto, "incrementar el acceso al crédito, mediante la ampliación de bienes, derecho o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas".

La principal característica que le ha dado el legislador a la figura de las garantías mobiliarias es el de ser un contrato autónomo, y es el punto en el cual se basará este escrito, pues genera confusión con respecto a los contratos de carácter principal.

Para analizar esta problemática es necesario mencionar las figuras de prenda e hipoteca, pues frente a ellas se podrá entender las distinciones que tiene con las garantías mobiliarias y así mismo, por qué el legislador les da el carácter de principal. Análogamente, también se busca hacer una comparación con la hipoteca a pesar de que el bien objeto de garantía sólo recurre a bienes inmuebles, pues las garantías mobiliarias con la figura expresada tienen en común la aplicabilidad de

la autonomía. Finalmente, se hará un paralelo en cuanto a los bienes que son dados en garantía por un tercero y que, a propuesta de los estudiantes, puede ser también aplicado a las garantías mobiliarias.

## **ANTECEDENTES DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS**

La historia de las garantías mobiliarias, a diferencia de la prenda o de la hipoteca, no deviene de instituciones jurídicas que se remontan a siglos o décadas atrás, pues es claro que tal figura parte de un régimen moderno que se deriva de las garantías reales, anteriormente nombradas, pero con una finalidad, y es que tales disposiciones sean modernizadas por los Estados para que dispongan de un régimen eficiente y eficaz frente a las operaciones que promueven la oferta de un crédito garantizado, todo esto, según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, abreviado como CNUDMI. (2010, p. 1).

En el Derecho Romano, el Derecho Real de Prenda (Pignus) consistía, según Trujillo Arroyo y Clavijo González, "... en la entrega de una cosa corporal en garantía como contrato accesorio para respaldar alguna deuda, y con obligación, por parte del acreedor prendario,

de restituir la cosa una vez cubierta su acreencia" (pag. 409)

En el derecho moderno, las garantías mobiliarias han tenido su origen en el contenido del artículo 2 del Uniform Commercial Code (UCC, Secured transactions, article 9, 2010) donde se establece la posibilidad de poner en garantía bienes tales como las cosechas de un cultivo (agricultural lien), minerales (extracted collateral), una cuenta por cobrar, entre otras opciones.

Tal figura ha sido recogida, tradicionalmente, por otros códigos, cómo el código civil francés o también llamado napoleónico -de 1804-, que en sus artículos 2071 y 2072, da la definición de la figura de prenda como una garantía en el cual el deudor entrega una cosa mueble. Tal código, ha servido de inspiración por Andrés Bello para elaborar el código civil chileno, que, a su vez, constituye el podio por el cual se ha influenciado el código civil colombiano (1873) y otros códigos latinoamericanos.

Si se tiene en cuenta la definición del código civil colombiano, este no difiere mucho de la definición que da el código de 1804, pues también lo define como un contrato de garantía por el cual se entrega un objeto mueble al acreedor que sirve para la seguridad de su crédito.

El código civil colombiano también ofrece algunas modalidades en cuanto a los contratos de prenda, entre los cuales se encuentra la prenda de cosa ajena (Art. 2415); prenda de cosa embargada (Art. 1521), etc.

Por otra parte, a partir de la Ley 1676 de 2013 nace la novedosa figura de las garantías mobiliarias, la cual dispone, en su artículo 3º, que la figura de prenda y sus modalidades se considerarán como tal una garantía mobiliaria, lo que puede interpretarse que puede tener la misma naturaleza jurídica, que, explicada más adelante, se verá que tal afirmación es errónea.

## **LA GARANTÍA MOBILIARIA Y SU RELACIÓN CON LA PRENDA**

El contrato de prenda en el código civil se encontraba definido en el artículo 2409 en el cual dispone que es un contrato por el cual se entrega un bien mueble como garantía al acreedor para asegurar el crédito, que viene siendo la obligación principal en el cual accede.

Así mismo, las garantías mobiliarias constituyen una figura jurídica novedosa que surge ante las imperativas necesidades de las relaciones jurídico-económicas. El artículo 3 de la ley 1676 de 2013 entretiene a las garantías

mobiliarias como un derecho de posesión que tiene el acreedor sobre uno o varios bienes específicos dados en garantía, sobre activos circulantes, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, al igual que sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

La Ley 1676 de 2013 en su artículo 3° menciona que la prenda, tanto civil como comercial, y, en todas sus modalidades se considerarán como garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto en la norma mencionada, pero debe tenerse en cuenta que dicha disposición habla de la derogación de la figura de la prenda frente a la garantía mobiliaria. Sin embargo, la naturaleza jurídica de ambas figuras es distinta, pues las ya conocidas características de una prenda tradicional, como lo es su carácter real (Art. 2411 C.C.), accesorio (Art. 2410 C.C.), y unilateral (Art. 2419 C.C.) distan de la naturaleza que otorga el legislador a las garantías mobiliarias, pues en la Ley 1676 de 2013 se habla de que debe ser un contrato caracterizado por su solemnidad (Art. 9), por ser principal (Art. 3) y bilateral (Arts. 18 y 19).

### ***Por su solemnidad***

El artículo 9 de la Ley 1676 de 2013 contradice la forma de perfeccionamiento que existe entre las garantías mobiliarias y la prenda, ya que esta última, como se ha mencionado, al ser un contrato de carácter real, el perfeccionamiento se genera por medio de la entrega de la cosa, a diferencia de las garantías mobiliarias, al ser un medio de constitución debe hacerse por medio de un contrato escrito entre el garante y el acreedor garantizado, o, en los casos que dicte la ley como su surgimiento por medio de ministerio de ley.

### ***¿Es autónoma, principal o accesoria?***

Tal característica debe ser la que más conflicto genera entre los doctrinantes, ya que se da un cambio abrupto con respecto a la accesoriedad que caracteriza a las figuras de garantía, como lo son la prenda y la hipoteca, pues se entendía que tales garantías debían seguir la suerte de un contrato principal.

Ante tal discusión, que ya ha sido abordado por el Dr. Bonivento Fernández, al adjudicar tal característica como especial de esta figura. Pues no se debe entender su carácter de principal con que no sigue la suerte de un contrato para existir, sí no que debe su

autonomía alrededor de la obligación garantizada (2017, p. 60.).

Sin embargo, para la legislación anglosajona esto representa ya el carácter de principal de una garantía, pues el hecho de que esta institución jurídica pueda ser independiente de la obligación garantizada, aún cuando ante la jurisdicción se halla generado la ineficacia o nulidad absoluta del contrato, le da ya esa característica; pues no está supeditada su existencia a la obligación garantizada.

Los defensores de la teoría de la accesoriedad de la garantía mobiliaria se decantan por el carácter de la autonomía de ésta, debido a que argumentan que la obligación por la cual tiene objeto la garantía mobiliaria es la de garantizar la obligación primaria. Según Dapena Echavarría, una garantía "está orientada a asegurar el cumplimiento de una obligación (...)" e igualmente "es un accesorio que sigue la suerte del crédito garantizado" (2014, p.55.). Pero en sí, lo que le da el carácter de autónomo a la garantía es la sobrevivencia de ésta frente a la obligación garantizada según el artículo 61 de la Ley 1676, la cual dicta que

*Los mecanismos de defensa y las excepciones que se pueden proponer por el deudor*

*y/o garante, solo podrán ser las siguientes:*

*a) Extinción de la garantía mobiliaria acreditada mediante la correspondiente certificación registral de su terminación, o mediante documento de cancelación de la garantía;*

*b) Extinción de la obligación garantizada, u obligación garantizada no exigible por estar sujeta a plazo o condición suspensiva;*

*c) Falsedad de la firma que se le atribuye como propia, o alteración del texto del título de deuda o del contrato de garantía, o de su registro. Se tramitará por el procedimiento de tacha de falsedad y desconocimiento del título regulado por los artículos 269 a 274 del Código General del Proceso;*

*d) Error en la determinación de la cantidad exigible.*

Es decir, que la garantía mobiliaria sólo podrá extinguirse bajo estas causas. Frente a tal tesis es deducible que las garantías mobiliarias se comportan como una hipoteca abierta, pues no se puede concluir que sea principal porque a pesar de constituirse la garantía antes del contrato en donde se delega la prestación principal, la garantía se modula

ante esta última frente a su existencia, e igualmente, según el artículo anteriormente citado, en el literal b, se hace mención a que la excepción del deudor o garante podrá ejercerse cuando se genere la extinción de la obligación garantizada o que esta no sea exigible por incumplimiento del plazo o la condición suspensiva. Sin embargo, hay que tener en cuenta que frente a la hipoteca abierta el hecho de que no se cumpla la obligación, no podrá serle exigible, de pleno derecho, al acreedor del cual se hizo a favor la garantía. En cambio, en la garantía mobiliaria se tendría que ejercer la excepción frente a la jurisdicción. Es por ello, que la legislación anglosajona le da ese carácter.

Por otro lado, Bonivento Fernández hace una definición sobre la oponibilidad, como "la facultad de hacer valer derechos frente a terceros o de oposición de una garantía mobiliaria". Ante tan concepto, la Ley 1676 en su artículo 21 manifiesta que tal oponibilidad será efectiva frente a los siguientes hechos:

- Por la inscripción en el registro de las garantías mobiliarias.
- Por la entrega de la tenencia
- 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 título III.

Sin embargo, el artículo 48 de la Ley 1676 de 2013 habla sobre las reglas de la prelación, en el cual manifiesta que "Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita." Lo que deriva del principio de publicidad ante su registro frente a un concurso de acreedores, pues la prelación se definirá por el orden temporal al primero que haya registrado el bien en garantía.

Frente a lo dicho anteriormente, el carácter principal de las garantías mobiliarias versa no sobre su autonomía frente a un contrato principal, que como veremos más adelante, este versa no porque subsista por sí mismo sí no que modula un contrato del cual seguirá su suerte y ante los procesos judiciales frente a la oponibilidad y prelación.

### ***Por su bilateralidad***

Otra de las características por las cuales difiere el contrato de garantía mobiliaria y el contrato de prenda es que esta última, según el artículo 2419 del código civil, solo representa obligaciones para el acreedor con respecto a la cosa dada en garantía, en las cuales es obligado a "guardar y conservar la prenda" y responder ante deterioros por culpa de éste. Ha dado entonces una particularidad el legislador al contrato de

garantías mobiliarias por en los artículos 18 y 19 de la Ley 1676 del 2013 derechos y obligaciones correlativas tanto al garante como al acreedor garantizado al cuidado y manutención de la cosa dada en garantía.

Teniendo en cuenta que en esta figura existe un garante y un acreedor garantizado, se hará referencia a los derechos y obligaciones i) del garante y ii) del garantizado.

En cuanto a quién garantiza, la ley 1676 de 2013 establece en su artículo 18 los derechos y obligaciones que le asisten. En primer lugar, si la garantía mobiliaria es sin tenencia, éste tendrá el derecho de usar, transformar, vender, permutar o constituir otras garantías mobiliarias o alquilar los bienes en garantía en el giro ordinario de sus negocios. De la misma manera, —salvo pacto en contrario—, podrá ceder o vender los créditos o cuentas por cobrar derivados de la venta, permuta o arrendamiento de los bienes en garantía y su cesionario o comprador podrá efectuar los cobros correspondientes a esos créditos o cuentas siempre y cuando fueren atribuibles a los bienes en garantía en el giro ordinario de los negocios del garante y de su cesionario o comprador (artículo 18, L. 1676).

Asimismo, el garante tiene los siguientes deberes frente a los bienes

en garantía y el acreedor garantizado: i) tomar las medidas para evitar pérdidas y deterioro de los bienes, ii) permitirle al acreedor inspeccionar dichos bienes para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación, iii) asumir la responsabilidad por destrucción, pérdida o daño y, iv) cubrir los gastos e impuestos de los bienes en garantía (artículo 18, L. 1676).

Por último, si las garantías mobiliarias son con tenencia y se ha cumplido con las obligaciones, el garante tiene derecho a: i) que se le devuelva los bienes en garantía y, ii) se libere de cualquier control sus cuentas bancarias (artículo 19, L. 1676).

Por otro lado, frente al acreedor garantizado, la ley 1676 estipula que en caso de existir garantías mobiliarias con tenencia, el acreedor debe i) cuidar y preservar los bienes en garantía que estén bajo su tenencia, ii) mantener identificables dichos bienes y en caso de ser fungibles mantener la misma cantidad y calidad y, iii) usar los bienes en garantía solo en la medida de lo convenido, así mismo, tiene el derecho a cobrar al garante los gastos en los que incurra por mantenimiento del bien (artículo 19, L. 1676).



## LA HIPOTECA Y LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

Si bien el legislador en el artículo 3 de la ley 1676 de 2013, establece que las garantías mobiliarias se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principal, en la hipoteca, por el contrario, se hace la interpretación de la accesoriedad de la misma en torno al artículo 2457 del código civil, pues como se manifiesta en aquel artículo, la hipoteca se extingue cuando así lo haga la obligación principal, mostrando la dependencia a esta última. Por lo tanto, a simple vista se pensaría que la hipoteca no se podría constituir sin una obligación a garantizar ya existente, sin embargo, el Código enseña otra cosa en el artículo 2438, allí dispone que se podrá otorgar la hipoteca en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba. Esto con la finalidad de ajustar el derecho a las necesidades que puede darse en las relaciones jurídicas.

Lo anterior podría significar entonces que la hipoteca podría ser autónoma, pero esto no sería necesariamente cierto, pues en estos casos en que la hipoteca se constituye de manera anterior al contrato al que accede, nos encontramos ante la llamada hipoteca eventual o condicional, en la cual la constitución de la misma se anticipa

pues se da el gravamen con anterioridad al contrato que pretende asegurar, pero si en el futuro no se da el contrato o la obligación principal no tendrá efecto alguno la hipoteca constituida, por lo que hay una dependencia, indirecta pero existente, dependiendo de esta la expansión de sus efectos. Cuando se realiza la hipoteca anterior a la existencia de la obligación principal, lo que realmente se pretende es el aseguramiento de la garantía real, en búsqueda de ser el primero en el tiempo y consecutivamente el primero en el Derecho; dentro de este tipo de hipotecas, existe la conocida hipoteca abierta, este tipos de hipotecas dentro de las condicionales son definidas por Álvaro Pérez Vives como aquellas que aportan la garantía en beneficio de quien eventualmente pueda llegar a ser con posterioridad acreedor del constituyente, generalmente un banco o una institución de crédito, diciendo que lo común es respaldar de esa manera el sobregiro en cuenta corriente, préstamos sobre cuya efectividad no haya certeza al momento de instaurarse el gravamen. (1990, P. 81)

Por tanto, se puede identificar la similitud con las garantías mobiliarias en cuanto a la autonomía del contrato, y la posibilidad de la puesta del bien por parte de un tercero que estaría llamado a responder, aunque no deba, es decir que el tercero responde, pero no debe (caso contrario del deudor que pone

su bien como garantía, pues en ese caso si debe y responde). Esto con el fin de garantizar y facilitar las relaciones jurídicas y la participación de terceros interesados en dar como garantía su bien, en beneficio del deudor y para seguridad del acreedor; además, teniendo otro punto en común y es que tanto en la garantías mobiliarias y en la hipoteca por deuda ajena puede darse supuestos de afectación o apropiación del bien, únicamente dado en garantía, esto quiere decir que no se extiende a otros bienes del deudor o en este caso del tercero, solo bajo el cual se puso el gravamen.

## CONCLUSIONES

Las garantías mobiliarias en Colombia se consolidan como un nuevo mecanismo jurídico que facilita las relaciones de préstamo, pues al constituirse sobre bienes muebles dan una mayor agilidad en el proceso de empréstito en relación con una entidad financiera, generando importantes beneficios al sector empresarial, especialmente para las PYMES.

Sin embargo, existen muchos reparos, interpretaciones y aclaraciones sobre los alcances que está puede tener debido a su naturaleza jurídica como, el carácter autónomo del contrato de las garantías mobiliarias, pues como se aprecia del artículo 3 de la ley 1676,

se entiende que se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales; ya que, como se concluyó, es muy difícil comprender que se constituya una garantía mobiliaria –incluso, una garantía en general-, sin necesidad de otra convención, pues lo propio de una garantía, es existir en razón a otra obligación.

Adicionalmente, la misma definición del artículo 1499 el código civil, referente a la naturaleza de los contratos, especifica que un contrato es accesorio cuando su finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación que se considera como principal, por lo que, es válido afirmar que, en la práctica las garantías mobiliarias surgen como mecanismo para i) acceder a un crédito y, ii) asegurar una obligación principal, evitando una futura insolvencia.

De igual forma, es necesario aclarar que, a nuestra consideración, lo que el legislador pretendía manifestar en el artículo 3° de la Ley 1676 de 2013, era que, el contrato de garantía mobiliaria es autónomo frente a los procesos judiciales que pudieran suscitar en torno a la obligación garantizada, en ese sentido, lo que realmente se quería expresar es que, las excepciones derivadas de la obligación a garantizar no afectan la ejecución de la garantía.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. LIBROS

Bonilla Sanabria, Fabio A. El nuevo régimen de garantías mobiliarias. Revista E-Mercatoria. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2014. Artículo electrónico disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf> Fecha de creación: no disponible. Consultado el 24 de agosto de 2014.

Bonivento, J. (2017). Los principales contratos civiles y comerciales. Bogotá, D.C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Castillo, C. (1999). Responsabilidad personal y garantía hipotecaria. Pamplona: Aranzadi

Perez, A. (1990). Garantías Civiles. Bogotá : Editorial Temis

Trujillo Arroyo, J., & Clavijo González, Alfonso Rev. (2011). Derecho romano y el derecho civil colombiano / actualizado y revisado por Alfonso Clavijo González. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez ; Club de abogados ; Academia colombiana de Abogacía.

### 2. CODIGOS

Código Civil Colombiano [Código]. (2016). 36ª edición Legis.

Código Napoleón – Código Civil Francés [Código]. (1807). Recuperado de: <http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>

### 3. CIBERGRAFIA

Cancillería De La República. Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI). Recuperado de: <http://www.cancilleria.gov.co/en/internacional/politica/economico/cnudmi>

Congreso De La República. (20 de agosto de 2013).]. Por lo cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. [Ley 1676 de 2013]. D.O: 48.888.

Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas. Publicación de las Naciones Unidas. Nueva York, 2010. Recuperado de: [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09-82673\\_ebook-S.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09-82673_ebook-S.pdf)

