

EL CONTRATO DE PRENDA COMERCIAL

LAURA BUENDIA GRIGORIU

Trabajo de Grado presentado para optar por el
Título de Especialista en Derecho Comercial

Director:

Dr. DARIO LAGUADO MONSALVE



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

Bogotá, D.C., marzo 2004

TABLA DE CONTENIDO

1. Función económica	3
2. concepto jurídico	5
2.1. Características del contrato	6
3. Elementos del contrato	14
3.1. Elementos para la existencia	14
3.2. Elementos para la validez	19
4. Obligaciones de las partes	21
4.1. Obligaciones del acreedor prendario	21
4.2. Obligaciones del deudor prendario	22
5. Derechos de las partes	25
5.1. Derechos del acreedor prendario.....	25
5.2. Derechos del deudor prendario.....	28
6. Terminación del contrato.....	30
7. Algunas formas especiales del contrato de prenda comercial	32
7.1. Prenda sobre participación en el capital social	32
7.2. Prenda sobre títulos valores	34
7.3. Prenda sobre créditos	35
7.4. Prenda sobre establecimiento de comercio	36
7.5. Prenda sobre signos distintivos	38
Bibliografía	39

1. FUNCIÓN ECONÓMICA

Muchas veces el cumplimiento de obligaciones generadas en los acuerdos de voluntad efectuados entre las personas, en sus relaciones reguladas por el derecho privado, necesitan ser garantizadas, para lo cual surgen tipos contractuales como la prenda que permiten mediante otras obligaciones accesorias cumplir con el propósito de dar seguridad a quien es acreedor de esas obligaciones.

En el derecho civil la prenda tiene una doble relación con el ordenamiento jurídico, a saber:

- a) Es un derecho real propiamente tal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 665 del Código civil, toda vez que se predica de aquel derecho que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona.¹

- b) Es un contrato entendido como título para la generación de ese derecho real². El contrato, como tal, es real, en tanto que se perfecciona con la entrega de la cosa, es decir, implica que frente al ordenamiento civil no se puede entender la prenda sin la tenencia de la cosa, según lo preceptuado en el artículo 2411 del Código civil.³

¹ Crf. Código Civil, artículo 665.- "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos nacen las acciones reales."

² Crf. Código Civil, artículo 2409.- "Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario."

³ Crf. Código Civil, artículo 2411.- "Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor."

En el derecho comercial, en cambio, la prenda tiene varios usos comunes dada la gran preponderancia de negocios jurídicos con bienes muebles que realizan los comerciantes.

La prenda en el derecho comercial, entonces, demanda mayor agilidad, que se traduce en que el contrato ya no se perfecciona con la entrega de la cosa -como ocurre en las relaciones reguladas por el Código Civil- sino con el mero consentimiento prestado por las partes, permitiéndose la constitución de prenda con o sin tenencia⁴.

En este sentido, el contrato de prenda comercial es consensual, por virtud del artículo 1204 del Código de comercio,⁵ cuando se trata de prenda con tenencia, y solemne cuando se trata de prenda sin tenencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1208 del Código de comercio, donde se requiere que se constituya por instrumento privado inscrito⁶.

⁴ Crf. Código de comercio, artículo 1200.- "Podrá gravarse con prenda toda clase de bienes muebles. La prenda podrá constituirse con o sin tenencia de la cosa."

⁵ Crf. Código de comercio, artículo 1204.- "El contrato de prenda con tenencia se perfeccionará por el el acuerdo de las partes; pero el acreedor no tendrá el privilegio que nace del gravamen, sino a partir de la entrega que de la cosa dada en prenda se haga a él o a un tercero designado por las partes (...)"

⁶ Crf. Código de comercio, artículo 1208.- "El contrato de prenda de que trata este Capítulo podrá constituirse por instrumento privado, pero sólo producirá efectos en relación con terceros desde el día de su inscripción."

2. CONCEPTO JURÍDICO

El contrato de prenda comercial esta regulado específicamente en el Código de Comercio, dentro las estipulaciones referentes a las obligaciones y contratos mercantiles del libro cuarto, no obstante lo cual por disposición expresa de este ordenamiento, en su artículo 822 se regula también por el Código Civil en lo no establecido por éste⁷. En este sentido muchos de los principios que gobiernan la formación, efectos, interpretación y extinción de los contratos y las obligaciones del derecho civil le son aplicables a este contrato.

La prenda es entendida como contrato en la ley mercantil, aún cuando no se define como tal, en principio, pues está regulada dentro del Libro Cuarto, relacionado con contratos y obligaciones, y en algunos artículos como el 1204 se hace referencia al “contrato de prenda”. En este sentido, se entiende como el contrato⁸ por virtud del cual una persona constituye un gravamen sobre bien mueble en favor de un tercero para amparar una obligación propia o ajena.⁹

⁷ Crf. Código de comercio, artículo 822.- "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley."

⁸ Contrato según el Código de Comercio en su artículo 864 es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y , salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

⁹ En palabras de la Superintendencia de Sociedades Prenda significa “ *un derecho real accesorio de garantía de cumplimiento de una obligación, que recae únicamente sobre muebles, por el cual el acreedor prendario tiene un poder de hecho actual y efectivo sobre la cosa pignorada, ya sea que la tenga en su poder a título de mera tenencia, o no la tenga en su poder sino que el deudor conserva su tenencia*” para lo cual antes se remite a definiciones generales, a saber:

- “De acuerdo con el Vocabulario Jurídico de Henri Capitant, Ed. Depalma,, Pignoraticio, es un vocablo del verbo latino pignorare, preñar (latín pignus,) (Adj.) Relativo al

Este contrato de garantía se traduce en la posibilidad, en caso que se incumpla la obligación principal garantizada, de hacer que se venda el bien dado en prenda en pública subasta, para que con preferencia sobre otros acreedores se pague la obligación que se está garantizando con el producido de la venta. De lo anterior, se deduce que el contrato de prenda es un acto virtualmente dispositivo y no puramente administrativo debido a que sí se presenta el incumplimiento el resultado será el ya mencionado de venta del bien en pública subasta.

Hay que precisar que no necesariamente tiene que coincidir el deudor de la obligación principal con el constituyente, debido a que éste puede ser una persona distinta del deudor.

2.1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

La doctrina, específicamente la Superintendencia de Sociedades, ha señalado a propósito de este contrato que “se trata de un derecho real, y como contrato es nominado, formal, real, accesorio, de tracto sucesivo, unilateral, y se repite, de garantía.”¹⁰

Hay que resaltar en especial las siguientes características:

contrato de prenda.”

- “De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española. Pignorar Significa “Dar o dejar en prenda, empeñar.” (Concepto 220-44143 de junio 30 de 2000 dentro de la radicación 443.110)

¹⁰Superintendencia de Sociedades Concepto 220-18333 de 30 de mayo de 2001.

2.1.1. RECAE SOBRE BIENES MUEBLES

Una de las características esenciales del contrato de prenda es que el gravamen se realiza sobre bienes muebles, ello lo distingue del contrato de hipoteca que se realiza sobre bienes inmuebles.

La noción de bienes muebles comprende las cosas corporales muebles y los derechos de crédito muebles.

En efecto, como se trata de bienes muebles puede que quien constituya la prenda no sea dueño de la cosa, evento en el cual, por prescripción del artículo 1201 del Código de Comercio¹¹ será obligatoria la autorización del dueño al momento de constitución del gravamen. Esta prescripción inicial del derecho mercantil de prohibir la prenda sobre bien mueble ajeno no proviene del ordenamiento civil pues en éste la prenda sobre cosa ajena es plenamente válida, en tanto que quien tiene la facultad para enajenar puede empeñar¹².

Hay que preguntarse, sin embargo, si se trata de un consentimiento constitutivo o una mera ratificación, en todo caso, en defecto de esta autorización el acreedor prendario tendrá derecho a exigir el pago de la obligación principal u otra garantía suficiente.

Ahora bien, cuando el constituyente no es dueño pero se presume como tal, hay

¹¹Crf. Código de Comercio, artículo 1201.- "No podrá empeñarse cosa ajena sin autorización del dueño. Si constituida la prenda el acreedor tiene conocimiento de que los bienes pignorados son ajenos, tendrá derecho a exigir al deudor otra garantía suficiente o el inmediato pago de la deuda."

¹²Crf. Artículo 2412 Código Civil relacionado con el artículo 1871 sobre validez de la venta de cosa ajena.

que preguntarse sí el contrato puede subsistir hasta que el dueño reclame la cosa. En principio, el contrato subsiste porque el acreedor prendario puede prescribir el derecho de prenda. Si el dueño reclama la cosa y se le tiene que restituir, el acreedor tiene derecho a que se constituya otra prenda o se le otorgue otra caución igualmente satisfactoria, de lo contrario tendrá derecho a pedir que se cumpla inmediatamente la obligación garantizada aunque esté pendiente el plazo. En cualquier caso se entiende que no subsiste el contrato, sino que habrá uno nuevo.

En caso que se incumpla la obligación principal el acreedor prendario que es poseedor del derecho es tenido como dueño por el juez para efectos de la venta de la cosa dada en prenda, y si es adjudicada y después hay acción reivindicatoria, habrá evicción en una venta forzada.

2.1.2. INDIVISIBILIDAD DE LA PRENDA

La prenda es indivisible de manera general. Se considera indivisible porque su efecto tiene esa calidad, es decir, el bien dado en prenda garantiza el cumplimiento íntegro de la obligación debida, la cosa sigue toda gravada hasta que la totalidad de la obligación sea cumplida, y por eso la prenda es una forma de caución.

Esta característica que esta señalada expresamente en el Código Civil, artículo 2430¹³, se predica también de la prenda comercial con tenencia, no así en la sin

¹³Crf. Código de Comercio. Artículo 2430.- "La prenda es indivisible. En consecuencia el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras no exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aun en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados."

tenencia donde se permite la prenda múltiple, mediante la cual sobre una misma cosa se constituyen varias prendas. Para determinar la prelación en este último caso se acude a la fecha de inscripción.¹⁴

2.1.3. CONTRATO ACCESORIO

Esta característica es esencial en el contrato de prenda. Se habla de que es un contrato accesorio, pues su objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal, con lo cual, para que subsista requiere de la existencia de otra entidad jurídica, sin la cual el contrato el contrato se extingue.¹⁵

2.1.4. CONTRATO SINALAGMÁTICO IMPERFECTO

En el derecho civil el contrato de prenda es unilateral puesto que no surgen obligaciones sino para una de las partes¹⁶. En el derecho comercial, en cambio, este contrato es de los que la doctrina ha llamado bilateral imperfecto, en tanto que, sí bien en principio sólo se obliga una de las partes, eventualmente la parte que no estaba obligada por circunstancias posteriores se obliga.

En este sentido, hay que verificar sí se trata de contrato de prenda con o sin tenencia, en el primero el que se obliga es el acreedor prendario y eventualmente el deudor estará obligado y en el segundo, en principio, sólo nacen obligaciones para el deudor. Por lo anterior, no se puede decir que las

¹⁴Crf. Código de Comercio. Artículo 1211.

¹⁵Contrato accesorio esta definido legalmente en el artículo 1499 del Código Civil, como aquel que "tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella."

¹⁶Crf. Código Civil, artículo 1496.- "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente."

partes se obligan recíprocamente, y tampoco que una de ellas no asume obligación alguna.

2.1.5. CONTRATO GRATUITO

En el derecho civil se predica de este contrato la gratuidad¹⁷ en cuanto sólo una de las partes reporta beneficio, sufriendo la otra un gravamen. Esta característica se puede trasladar a la prenda mercantil pues no obstante la onerosidad imperante en el ordenamiento comercial quien constituye la prenda para garantizar una obligación sufre un gravamen, reportando el acreedor una utilidad.

2.1.6. CONTRATO CONSENSUAL

El contrato de prenda puede revestir las tres formas mediante las cuales se perfeccionan los contratos, a saber: real, consensual y solemne.¹⁸ En este sentido, a la luz del Código civil es un contrato de forma impuesta -real-, pues no se perfecciona sino a partir de la entrega y el recibo de la cosa gravada, porque la entrega y el recibo son la manifestación de la voluntad contractual¹⁹.

¹⁷Crf. Código Civil, artículo 1497.-"El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro."

¹⁸El artículo 1500 del Código Civil establece que el "contrato es real cuando para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando ésta sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento."

¹⁹Frente al Código Civil aunque por ser un contrato real coincidan en un mismo momento la tradición y el perfeccionamiento del contrato, este es el título para la adquisición del derecho real de prenda, y el modo es la tradición; aunque por ser un contrato real coincidan en un mismo momento la tradición y el perfeccionamiento del contrato. Así pues, el acreedor prendario se hace dueño del derecho de prenda, cosa inmaterial sobre la que se puede ejercer un derecho de dominio especial. Pero no se hace dueño de la cosa dada en prenda,

En el Código de Comercio en cambio se establece la consensualidad, imperante, por demás, como principio de este ordenamiento, pues según el artículo 1204 del Código de Comercio la prenda con tenencia se perfecciona por acuerdo de las partes. Sin embargo, esta consensualidad se transforma en solemnidad cuando el contrato de prenda es sin tenencia, pues, según el artículo 1208 del Código de Comercio esta sujeto a ciertas formalidades, como la constitución mediante documento escrito, con su posterior inscripción para que surta efectos frente a terceros.²⁰

2.1.7. PROCEDE PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES.

El contrato de prenda en cumplimiento de su función jurídica sirve para garantizar varios tipos de obligaciones, a saber:

pues la recibe como puro tenedor.

²⁰Sobre cómo se perfecciona la prenda comercial la Superintendencia de Industria y Comercio, en Concepto 8833 del 19 de enero de 1993, ha manifestado: *"El Código de Comercio al hablar de la prenda la clasifica en dos especies: prenda con tenencia y prenda sin tenencia del acreedor; la primera se perfecciona por el acuerdo de voluntad entre las partes, por tanto, a partir de este momento son exigibles las obligaciones que han adquirido ambos extremos de la relación jurídica. Esta modalidad de prenda no se registra, por la naturaleza misma del contrato y por la publicidad ostensible que su celebración representa para los terceros, sin prestarse a equívoco alguno. La prenda sin tenencia del acreedor, en cambio, es un contrato solemne que requiere para que nazca a la vida jurídica que conste por escrito pudiendo ser este un documento público o privado con reconocimiento notarial o judicial. El artículo 1207 inciso 2º. del Código de Comercio preceptúa que "toda prenda sin tenencia del acreedor se registrará por la ley mercantil", (el subrayado es nuestro). Por su parte el artículo 1210 de la misma obra dispone que "El contrato de prenda se inscribirá en la oficina de registro mercantil correspondiente al lugar en que conforme al contrato han de permanecer los bienes pignorados...", lo cual implica que la prenda sin tenencia del acreedor se registra, independientemente de la modalidad de carácter especial de que está revestida. Verbi gracia, prenda agraria. Así mismo, la Resolución 1353 de 1983 proferida por esta Superintendencia, en su artículo 2º establece que en el libro XI del registro mercantil se registrará "copia del documento por medio del cual se constituye, modifique o cancele la prenda sin tenencia"."*

- A) Obligaciones cuyo objeto sea dar²¹, hacer²², o no hacer²³; estas pueden ser propias o ajenas, en tanto que el constituyente puede serlo de la prenda como garantía de obligación ajena y entonces no se obliga personalmente.
- B) Obligaciones Civiles o naturales²⁴, en estas últimas el constituyente no puede ser el mismo deudor. En tanto que lo accesorio sigue la suerte de lo principal la prenda constituida por el deudor seguiría la suerte de la obligación natural garantizada; sin embargo, por virtud del artículo 1529 del Código civil, sí es constituida por un tercero servirá válidamente para garantizar la obligación natural.
- C) Obligaciones presentes y futuras, siempre y cuando se exprese la cuantía y el plazo en el contrato.

Prenda tácita: Implica el surgimiento de otras obligaciones posteriores a la garantizada, que también pueden garantizarse con la misma cosa dada en prenda, puesto que se entiende como una manera de manifestación de voluntad tácita. Para que opere la figura hay que indicar que es necesaria

²¹Obligaciones de dar, según el artículo 1605 del Código Civil son aquellas en las que se entrega una cosa, es decir implican la transmisión del dominio de un bien.

²²Las obligaciones de hacer implican la ejecución de hechos de contenido positivo.

²³Las obligaciones de no hacer exigen para ser cumplidas que el deudor no ejecute cierto acto. Es decir tienen un carácter negativo.

²⁴Las obligaciones son civiles o naturales según sí confieren o no derecho a exigir su cumplimiento. Las obligaciones naturales no dan derecho a exigir su cumplimiento, pero efectuado el pago voluntariamente, dan autorización para retener lo cumplido, en virtud de ellas. Estas obligaciones están específicamente señaladas en el artículo 1527 del Código Civil, así:

- 1 Las contraídas con personas que son incapaces de obligarse según las leyes, aún cuando tienen suficiente juicio y discernimiento.
- 2 Las obligaciones civiles extinguidas por prescripción
- 3 Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles.
- 4 Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.

la concurrencia de ciertos requisitos en las nuevas obligaciones, a saber:

- a) Deben ser ciertas y líquidas
 - b) Deben hacerse contraído después de la obligación para la cual se constituyó la prenda.
 - c) Deben haberse hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.
- D) Obligaciones puras y simples o sujetas a modalidad. Entendidas las primeras como aquellas que no están sometidas a ninguna modalidad por lo cual son exigibles al mismo tiempo de su nacimiento y las segundas como aquellas que están sometidas a plazo o condición, por lo cual o no han nacido o no son exigibles.²⁵
- E) Obligaciones conjuntas o solidarias en caso de que haya pluralidad de vínculos.²⁶

²⁵Código Civil. Artículo 1530 y subsiguientes.

²⁶Reguladas por el artículo 1568 y subsiguientes del Código Civil. Las obligaciones conjuntas son aquellas donde versando sobre cosa divisible cada uno de los deudores sólo debe cumplir su parte o cada uno de los acreedores solo tiene derecho a demandar su parte. Las obligaciones solidarias se configuran sobre la base de las conjuntas pero por virtud de la ley, convención o testamento puede exigirse a todos los deudores o por cada uno de los acreedores el total.

3. ELEMENTOS DEL CONTRATO

En todo contrato se distinguen varios elementos que se requieren para que el contrato sea considerado como tal a la luz del ordenamiento jurídico. Así, en el contrato deben estar presentes unos requisitos para la existencia y la validez del contrato como acto jurídico²⁷ y unos elementos de la esencia, naturaleza y accidentales²⁸ que le dan al contrato de prenda su caracterización como tal.

En este sentido, el contrato de prenda debe contener los siguientes elementos:

3.1. ELEMENTOS PARA LA EXISTENCIA

3.1.1. CONSENTIMIENTO

El consentimiento entendido como el acuerdo de dos o más voluntades expresado para realizar el contrato de prenda es necesario para que el contrato pueda existir. Este consentimiento tiene otros elementos que se entienden en él incorporados como la causa que lleva a cada una de las partes a contratar, el objeto como propósito y la forma como éste se manifiesta.

La forma como el consentimiento es manifestado, para el caso concreto, será

²⁷Crf. Código Civil, artículo 1502.- "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el minstreio o la autorización de otra."

²⁸Según el artículo 1501 Código Civil los elementos de la esencia son aquellas cosas sin las cuales el contrato no produce efectos o degenera en otro contrato, los accidentares son los que le pertenecen entendiéndose incorporados sin ser esenciales y son accidentales los que simplemente se agregan de manera adicional.

en principio a voluntad de las partes por tratarse de un contrato consensual, según el principio general de consensualidad que rige los negocios de los comerciantes de conformidad con el artículo 824 del Código de Comercio, reiterado por el artículo 1204 del mismo estatuto para el contrato de prenda con tenencia, donde hay que hacer la salvedad que el acreedor no tiene el privilegio que dá el gravamen, sino a partir de la entrega de la cosa dada en prenda. El consentimiento, sin embargo, no se manifiesta de la misma forma en el contrato de prenda sin tenencia pues en éste se requiere la constitución por documento, que puede ser privado, con un contenido mínimo, por lo cual se reputa solemne²⁹.

El documento³⁰ donde conste el contrato de prenda sin tenencia debe contener como mínimo, según lo establece el artículo 1209 de Código de Comercio, las siguientes especificaciones:

- a) El nombre y domicilio del deudor;
- b) El nombre y domicilio del acreedor;
- c) La fecha, naturaleza, valor de la obligación que se garantiza y los intereses pactados;
- d) La fecha y el vencimiento de la obligación principal;
- e) El detalle de las especies gravadas con prenda, con indicación de su

²⁹Hay otras excepciones a la consensualidad del contrato de prenda como el efectuado sobre acciones nominativas en donde, por virtud del artículo 410 del Código de Comercio, el contrato sólo se perfecciona mediante el registro en el libro de acciones o el de acciones al portador mediante la entrega del título.

³⁰El contrato puede efectuarse por escritura pública o por documento privado. Si el contrato de prenda consta en documento privado, deberán reconocerse ante un juez o notario las firmas de los suscriptores (deudor y acreedor prendarios) y el contenido del contrato, o quienes firman pueden presentarse personalmente ante el funcionario autorizado por la Cámara de Comercio. Los contratos suscritos con establecimientos de crédito no requieren de la anterior formalidad, dado que estos documentos se presumen auténticos por virtud de lo previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

- cantidad y toda aquella información que sea necesaria para su identificación;
- f) El lugar en que deberán permanecer la prenda y la indicación de la calidad del propietario de ésta frente al lugar;
 - g) Indicación del propietario de la cosas gravadas con prenda, si es un tercero sí ha sido con su consentimiento;
 - h) En caso que los bienes gravados con prenda estén asegurados la indicación de la información general del seguro.

Hay que indicar, que, aunque no afecta el consentimiento, el contrato de prenda sin tenencia no produce efectos, en relación con los terceros, sino una vez inscrito en la oficina de registro mercantil correspondiente.³¹

3.1.2. OBJETO

El objeto entendido como la entidad material o inmaterial sobre la cual recae la manifestación de voluntad. Para que el objeto pueda ser considerado como tal, debe ser, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1518 del Código Civil, posible física y moralmente, determinado o determinable y que exista o por lo menos esperarse que exista.

En el contrato de prenda el objeto esta dado por el bien mueble gravado con la prenda, que en principio puede ser cualquier cosa corporal o incorporeal. En este sentido, la prenda puede recaer sobre vehículos³², títulos valores -incluyendo

³¹Esta obligación se cumple inscribiendo en el Libro XI de Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio, la constitución, modificación o cancelación del contrato de prenda sin tenencia, según lo establecido por la Resolución 1072 de 1996 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

³²El artículo 1210 del Código de Comercio específicamente señala que la inscripción en el registro, que requiere el artículo 1208 *Ibíd*em para que el contrato de prenda sin tenencia

acciones-, créditos, establecimientos de comercio, mercancías e incluso dinero³³ entre otros.

Hay que hacer la salvedad que, de acuerdo con el artículo 1207 del Código de Comercio, cuando se trata de prenda sin tenencia ésta se suscribe con exclusividad a los bienes “muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación”.

El Código de Comercio, expresamente, admite la prenda de la cosa vendida como forma de garantizar el pago de la obligación del comprador, conservando éste la cosa vendida, sin necesidad de que se exija que lo explote económicamente como lo requiere el artículo 1207 del Código de Comercio, siempre y cuando se trate de cosa corporal mueble, singularizable, identificable y no fungible³⁴. Este contrato, por demás, es distinto al pacto de reserva de

produzca efecto respecto de terceros, debe ser realizada de conformidad con las disposiciones pertinentes, es decir las de tránsito.

³³El dinero puede ser objeto de prenda siempre y cuando sea determinado y se trate de prenda con tenencia. Ahí lo que se debe considerarse es la utilidad, puesto que puede llegar a ser inocuo gravar con prenda dinero para la obtención de un crédito.

³⁴La Superintendencia de Sociedades, en oficio DAL-17250 de septiembre 4 de 1987, ha explicado la relación que existe entre la prenda de la cosa vendida y la prenda sin tenencia en general de la siguiente manera: “De la lectura comparativa de estas dos disposiciones (arts. 951 y 1207 C. de Co.) se infiere que, la prenda sin tenencia consagrada en la primera norma transcrita, es una ampliación de la regulación especial de la prenda sin tenencia que trae el capítulo II del título noveno del libro cuarto. En efecto, la regla general es que solamente pueden ser objeto de prenda sin tenencia, aquellos bienes muebles que sean necesarios para la explotación económica y que estén destinados a esa explotación (verbigracia las maquinarias) o que sean producto de la misma (verbigracia mercancías terminadas). Quiso el legislador al establecer este tipo de prenda, permitir a los comerciantes dar como garantía de las obligaciones que contraigan en desarrollo de la actividad económica a que se dedican, los bienes muebles utilizados para al consecución de su actividad, sin necesidad de desplazarlos al lugar donde se encuentren. Y, es esta la razón para afirmar que la prenda sin tenencia consagrada en el artículo 951 del Código de Comercio, es una ampliación a la anterior, pues los bienes que pueden ser objeto de este contrato no requieren estar destinados a una explotación económica, o ser producto de ellos; basta que sean muebles, singularizados y no fungibles cuyo valor vaya a ser pagado a plazos. De otro lado, la prenda sin tenencia consagrada en el artículo 951 ya citado, siempre debe tener como finalidad garantizar el pago de una obligación principal nacida de un contrato de compraventa, a diferencia de la prenda a

dominio, puesto que en la prenda el comprador adquiere el dominio pero éste queda gravado con la prenda, mientras que en la reserva de dominio, en efecto, el vendedor se reserva la propiedad hasta que se haya pagado la totalidad del precio.³⁵

Igualmente, es posible gravar con prenda los bienes muebles reputados como inmuebles por el Código Civil³⁶, para lo cual deberá mediar, en caso de existir hipoteca sobre el bien al que están incorporados, el consentimiento del acreedor hipotecario³⁷. En este sentido, también las naves que no se pueden gravar con hipoteca según el artículo 1570 del Código de Comercio, es decir, las que no están dedicadas a pesquería, a investigación científica o recreo.

Finalmente, hay que advertir que a falta de consentimiento u objeto el contrato será inexistente de acuerdo con lo establecido por el artículo 898 del Código de Comercio.

3.2. ELEMENTOS PARA LA VALIDEZ

3.2.1. CAPACIDAD

que se refiere el artículo 1207 ibídem, que puede ser constituida para afianzar el cumplimiento de una obligación nacida de cualquier negocio jurídico. Igualmente, en el caso contemplado en el artículo 951 del Código de Comercio, sólo puede ser beneficiario del bien dado en prenda el vendedor del mismo...

³⁵Crf. Artículos 951 y 952 del Código de Comercio.

³⁶Según los artículos 657 y subsiguientes del Código Civil se consideran inmuebles: Las plantas adheridas al suelo por sus raíces, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble sin que puedan separarse de él y las minas y los edificios.

³⁷Crf. Artículo 1214 del Código de Comercio.

Se requiere que las partes, al manifestar su voluntad, sean capaces. El acreedor prendario y el constituyente de la prenda, en principio, son capaces a no ser que se trate de alguna de las personas que la ley considera incapaces, caso en el cual dependiendo de si se trata de incapacidad absoluta o relativa el contrato será nulo absolutamente o anulable respectivamente.³⁸

3.2.2. CONSENTIMIENTO EXENTO DE VICIOS.

Como todo acto jurídico en el contrato de prenda la manifestación del consentimiento debe ser libre, sin que para ello hayan concurrido circunstancias como el error³⁹, la fuerza⁴⁰ y el dolo⁴¹, definidas por el Código Civil de conformidad con la remisión que hace el Código de Comercio.

La concurrencia de estas circunstancias para la manifestación de la voluntad de las partes lo afecta viciándolo de tal manera, que, aunque el consentimiento existe en el contrato, éste es anulable, por virtud del artículo 900 del Código de Comercio.

3.2.3. LICITUD DE CAUSA

La causa que mueve al acreedor prendario o al constituyente de la prenda a

³⁸La nulidad absoluta y los negocios jurídicos anulables están establecidos en los artículos 898 y 900 del Código de Comercio respectivamente.

³⁹Error debe ser entendido como la discrepancia entre lo que se dice y lo que se piensa, pudiendo ser de derecho o de hecho. En Colombia el único error reconocido como vicio de la voluntad es el de hecho calificado como obstativo. Esta definido en los artículos 1509 a 1512 del Código Civil.

⁴⁰La fuerza, según los artículos 1513 y 1514 del Código Civil, es todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes.

⁴¹El dolo en principio no vicia el consentimiento a no ser que se trate de una de las partes realice artificios fraudulentos para engañar a la otra de manera que esta manifieste su voluntad. (artículos 1515 y 1516 Código de Comercio)

contratar debe ser lícita, es decir no puede ser contraria a la ley, el orden público o las buenas costumbres, so pena de que el contrato de prenda se vea inmerso en la nulidad absoluta del artículo 899 del Código de Comercio.

3.2.4. OBJETO ILÍCITO

El objeto ya no como entidad material sobre la cual recae el contrato, sino como la intención de las partes para con él, debe ser lícito. Así, la prenda no puede ser contraria a la ley, el orden público o las buenas costumbres, pues de lo contrario tendrá la misma consecuencia jurídica de nulidad absoluta del acto, ya mencionada.

Todas las cosas muebles pueden darse en prenda siempre que se hallen en el comercio, es decir, que puedan ser susceptibles de enajenación, por lo tanto tampoco pueden gravarse las cosas embargadas, a no ser que el juez lo autorice o el acreedor prendario consienta en ello.

4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las obligaciones de las partes varían dependiendo sí se trata de prenda con o sin tenencia.

4.1. OBLIGACIONES DEL ACREEDOR PRENDARIO

4.1.1. PRENDA CON TENENCIA

- A) Obligación de guarda y conservación de la cosa: El Acreedor prendario en tanto que se hace tenedor de la cosa debe procurar la guarda y conservación de la misma, pero a expensas del deudor, quien esta obligado a su vez a pagar los gastos necesarios para este efecto.
- B) Obligación de no usar la cosa gravada con prenda: El Acreedor prendario no tiene derecho a usar la cosa pignorada.
- C) Obligación de restitución de la prenda: Una vez pagada la obligación principal en su totalidad el Acreedor prendario esta obligado a restituir la cosa. Sin embargo tiene derecho de retención sobre la misma en caso que el deudor no cumpla con su obligación de pagar los gastos de conservación de la cosa y los perjuicios que se hubieran ocasionado, imputables a su culpa, con la tenencia de la cosa.

4.1.2. PRENDA SIN TENENCIA

En principio en el contrato de prenda sin tenencia no surge ninguna obligación

para el Acreedor, pues todas las obligaciones derivadas de la conservación ahora recaen en el deudor que es quien detenta la calidad de tenedor.

4.2. OBLIGACIONES DEL DEUDOR PRENDARIO

4.2.1. PRENDA CON TENENCIA

- A) Obligación de entregar la cosa gravada con la prenda al Acreedor prendario.
- B) Obligación de pagar todos los gastos necesarios para la conservación de la cosa otorgada como garantía.
- C) Obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con la tenencia de la prenda al Acreedor o a un tercero y que sean imputables a culpa del deudor.

La obligación de pagar la obligación que se esta garantizando no es una obligación propia del contrato de prenda puesto que aún cuando el contrato depende de ella, pues es accesorio, en este contrato el objeto es garantizar esa obligación.

4.2.2. PRENDA SIN TENENCIA

- A) Obligación de custodia y conservación de la cosa que se ha dado en prenda pero sobre la cual se ha mantenido la tenencia, respondiendo

hasta de culpa leve.⁴²

- B) Obligación de mantener el lugar de ubicación del bien gravado con prenda. Esta ubicación podrá ser variada previo aviso escrito al Acreedor prendario y envío de nota al registro mercantil.⁴³
- C) Obligación de permitir la inspección del estado del bien pignorado por parte del Acreedor, según la costumbre.⁴⁴
- D) Obligación de inscribir el contrato en la oficina de registro mercantil correspondiente, so pena de no ser oponible a terceros. Esta obligación se cumple inscribiendo en el Libro XI de Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio, la constitución, modificación o cancelación del contrato de prenda sin tenencia, según lo establecido por la Resolución 1072 de 1996 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La inscripción del contrato de prenda sin tenencia está gravada con un impuesto de registro, que se causa al momento de la solicitud y se paga por una sola vez⁴⁵. La prenda cerrada en la cual se habla de una cuantía determinada esta gravada con una tarifa que varia entre el 0.3% y el 1% sobre el monto del contrato.⁴⁶ La prenda abierta, en cambio, se presume

⁴²En relación con lo que establece el artículo 1212 del Código de comercio que refiere a las obligaciones y responsabilidades del depositario reguladas en el artículo 1171 *Ibíd.*

⁴³Crf. Código de Comercio. Artículo 1213.

⁴⁴Crf. Código de Comercio. Artículo 1217.

⁴⁵Crf. Decreto 650 de 1996. Artículo 2.- "Causación y pago. El impuesto se causa en el momento de la solicitud y se paga por una sola vez por cada acto, contrato o negocio jurídico sujeto a registro. Cuando un mismo documento contenga diferentes actos sujetos a registro, el impuesto se liquidará sobre cada uno de ellos, aplicando la base gravable y tarifa establecidas en la ley."

⁴⁶Crf. Decreto 650 de 1996. Artículo 9.- "Tarifa del impuesto para los actos, contratos o, negocios jurídicos con cuantía. Todos los actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía

como negocio jurídico sin cuantía, y su tasa puede variar entre dos (2) y cuatro (4) salarios mínimos diarios legales, según lo determine la autoridad departamental.⁴⁷

sujetos al impuesto de registro, que deban registrarse en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, estarán gravados a tarifas entre el 0.5% y el 1%, determinadas por la respectiva asamblea departamental, a iniciativa del Gobernador. Igualmente, todos los actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía sujetos al impuesto de registro, que deban registrarse en Cámaras de Comercio, estarán gravados a tarifas entre el 0.3% y el 0.7%, determinadas por la respectiva asamblea departamental a iniciativa del Gobernador."

⁴⁷Crf. Decreto 650 de 1996. Artículo 6.- "Actos, contratos o negocios jurídicos sin cuantía y tarifa. Todos los actos, contratos o negocios jurídicos sin cuantía, es decir aquellos que no incorporan derechos apreciables pecuniariamente en favor de los particulares, sujetos al impuesto de registro, estarán gravados con tarifas entre dos (2) y cuatro (4) salarios mínimos diarios legales, determinadas por la respectiva asamblea departamental, a iniciativa del Gobernador. Para efectos de la liquidación y pago del impuesto de registro se consideran como actos, contratos o negocios jurídicos sin cuantía, entre otros, los siguientes: (...)
l) La inscripción de prenda abierta sin tenencia o hipoteca abierta;(..."

5. DERECHOS DE LAS PARTES

5.1. DERECHOS DEL ACREEDOR PRENDARIO

El Acreedor Prendario como titular del derecho de prenda cuenta con los siguientes derechos:

- A) Derecho de conservar la cosa dada en prenda. No está obligado a la restitución de la cosa sino hasta la verificación del pago íntegro de la obligación garantizada, con sus accesorios, frutos etc.
- B) Derecho de retención del bien pignorado, en el entendido que una vez pagada la deuda en su integridad, el acreedor puede retener la cosa si sufrió perjuicios con ella, o incurrió en gastos de mantenimiento, porque es un contrato bilateral imperfecto⁴⁸.
- C) Derecho de persecución y reivindicación de la tenencia material del bien mueble.⁴⁹
- D) Derecho de inspección de la cosa gravada con prenda sin tenencia. Este derecho consagrado en el artículo 1217 del Código de Comercio es

⁴⁸ Ver 2.1. Características del Contrato de Prenda, 2.1.4. Contrato sinalmatico imperfecto

⁴⁹ La Corte Constitución en sentencia C-918 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Renteria, ha expresado sobre el particular, lo siguiente: *“Los derechos reales de prenda e hipoteca que se otorgan como garantía del cumplimiento de cualquier clase de obligación, llevan implícitos ciertos derechos o prerrogativas como la persecución del bien gravado independientemente de quien sea el titular del derecho de dominio y el de preferencia con relación a los demás acreedores frente al bien gravado. Para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación el acreedor prendario o hipotecario puede acudir a la acción real dirigida contra el bien gravado, sea que éste se encuentre en cabeza del deudor o de un tercero quien responde por el crédito pero sólo con dicho bien.”*

correlativo a la obligación de del deudor de permitir la inspección de la prenda.

- E) Derecho de ver cubierto el crédito en caso de enajenación de la prenda. En principio los bienes dados en prenda sin tenencia pueden ser enajenados por el deudor, pero para proteger al acreedor prendario, sólo se verificará la tradición al comprador cuando el éste autorice o esté cubierto en su totalidad el crédito. La autorización debe constar por escrito.⁵⁰
- F) Derecho de venta en pública subasta: No procede ninguna estipulación que permita al Acreedor prendario apropiarse de la prenda, pues en caso que no se cumpla la obligación garantizada, hay que hacer efectiva la garantía recurriendo a la vía judicial para que en pública subasta se venda el bien y con el producido se pague⁵¹.

Hay que distinguir dos eventos, dependiendo de si el constituyente es o no el deudor, a saber:

- a) Sí el constituyente es el deudor la obligación quedará pagada y si hay excedente tiene derecho a la entrega, si no cubre el total de la deuda se extingue parcialmente la obligación.
- b) Sí el constituyente no es el deudor y se vende el bien también se satisface la obligación parcial o íntegramente, pero, como el constituyente no tiene porque perder el bien por el incumplimiento

⁵⁰Crf. Artículo 1216 del Código de Comercio.

⁵¹Crf. Artículo 1203 del Código de Comercio en relación con el artículo 2422 del Código Civil.

del otro, es conveniente aplicar por analogía una norma de la hipoteca que consagra derecho a ser indemnizado por todos los perjuicios. Además existe la posibilidad de que el constituyente pague por el deudor caso en el que se subrogaría en los derechos del acreedor como si fuera fiador frente a deudor.

Adicionalmente, puede ocurrir que el derecho al que haya lugar sea el de adjudicación, cuando en el remate no hay posturas admisibles y el Acreedor solicita que se le adjudique el bien para el pago de la obligación, con lo cual, opera la compensación.

- G) Derecho de preferencia de pago ante otros acreedores: Este derecho esta ligado con el derecho de venta. Se trata de que habiendo varios acreedores, es decir concurso, con el producto de la pública subasta se satisface en primer lugar al acreedor prendario que a los meros quirografarios, pues la prenda en la prelación de créditos corresponde a un crédito de segunda clase, según los artículos 2493, 2494 y 2497 del Código Civil.

- H) Derecho a la reposición de la prenda: Este derecho puede ser ejercido por el Acreedor prendario en los siguientes casos:
 - a) Cuando ha habido prenda de cosa ajena reivindicada por el verdadero dueño;

 - b) Cuando hay resolución de derecho del constituyente por haber sido dueño bajo condición resolutoria y no haber informado al acreedor, teniendo la potestad de escoger entre que se le reponga la prenda o

se le pague inmediatamente la obligación principal, pero primero se debe intentar la reposición de la prenda o la nueva caución igualmente satisfactoria.

- I) Subrogación en la indemnización del seguro. Sí la prenda era objeto de contrato de seguro el acreedor prendario podrá subrogarse en la indemnización a cargo del asegurador, para efectos de radicar sobre ella los derechos reales.⁵²

5.2. DERECHOS DEL DEUDOR PRENDARIO

El deudor prendario, además estar amparado por los derechos fundamentales que consagra la constitución política, cuenta con derechos especiales propios del contrato de prenda, a saber:

- A) Derecho de venta en pública subasta: El deudor posee como derecho la garantía de que no procede ninguna estipulación que permita al Acreedor prendario apropiarse de la prenda, pues en caso que no se cumpla la obligación garantizada, hay que hacer efectiva la garantía recurriendo a la vía judicial para que en pública subasta se venda el bien y con el producido se pague. La subasta puede hacerse por virtud del artículo 1202 del Código de Comercio en martillo, bolsa de valores o establecimiento parecido.
- B) Derecho a recibir los frutos o productos de la prenda: Cuando se trata de prenda sin tenencia en principio el deudor no tiene que entregarle al acreedor prendario los frutos o productos de los bienes muebles gravados

⁵²Crf. Código de Comercio. Artículo 1101.

con prenda. Sin embargo por virtud del artículo 1218 puede pactarse que la prenda se extienda a los bienes de cualquier clase presentes o futuros, incluso créditos, las mejoras, frutos y rentas que produzcan los bienes pignorados, así como a sus accesorios, a las indemnizaciones concedidas o debidas al dueño por cualquier causa de seguro, expropiación u otras.

- C) Prescripción de la acción real. Aunque no es un derecho como tal, la prescripción de la acción real que tiene el acreedor prendario, otorga seguridad al deudor. Cuando se trata de prenda con tenencia, la acción prescribe en el término de 4 años contados desde la fecha de exigibilidad de la obligación,⁵³ y la relativa a la prenda sin tenencia en 2 años.⁵⁴

- D) Cuando se trata de prenda con tenencia y la guarda de la cosa gravada le corresponde al acreedor, en caso de que se abuse de la cosa, el deudor prendario tiene derecho a pedir la restitución de la prenda.

⁵³Crf. Código de Comercio. Artículo 1206.

⁵⁴Crf. Código de Comercio. Artículo 1220.

6. TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Producidos los efectos del contrato de prenda este termina por:

- A) Mutuo acuerdo de las partes.
- B) Declaración de nulidad absoluta o anulación, por virtud de los artículos 897 y subsiguientes del Código de Comercio, pero en estos casos se hablará de extinción del contrato y no de terminación.
- C) Sí en el contrato se ha pactado un término de duración del contrato al vencimiento del plazo se termina su vigencia.
- D) Por terminación unilateral, sí es que en el contrato las partes han dispuesto las causales para el acaecimiento de esta circunstancia.
- E) La extinción de la obligación principal termina el contrato de prenda en tanto que este es accesorio y sigue la suerte del principal.
- F) Destrucción de la cosa dada en prenda. Resolución del derecho del constituyente dado el efecto retroactivo de la resolución (pero tiene derecho de reposición).
- G) Confusión de calidades de acreedor y titular del derecho de dominio de la cosa dada en prenda porque entonces el acreedor tendría como garantía una cosa propia.

H) Ampliación del plazo acordado entre deudor y acreedor, si la prenda fue constituida por un tercero, salvo que medie la aquiescencia del constituyente, pues aunque no sea novación extingue las prendas otorgadas por terceros.

7. ALGUNAS FORMAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE PRENDA COMERCIAL

7.1. PRENDA SOBRE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL SOCIAL

Los aportes de los asociados en el capital social representados mediante partes de interés, cuotas de interés o acciones, dependiendo el tipo de sociedad de que se trate, se entienden como bienes muebles que pueden ser susceptibles de ser gravados con prenda.

Especialmente, los artículos 300 y 410 del Código de Comercio establecen unos requisitos especiales para cuando el objeto de la prenda son partes del interés social o acciones, respectivamente.

El interés social propio de la sociedad colectiva y la sociedad de responsabilidad limitada puede darse en prenda según lo prescrito por el artículo 300 del Código de Comercio, sin embargo, adicionalmente a los requisitos del contrato de prenda en general, para su perfeccionamiento se requiere que se constituya a través de instrumento público o documento privado reconocido legalmente.⁵⁵

⁵⁵Sobre el particular ha manifestado la Superintendencia de Sociedades en concepto 220-18333 de mayo 30 de 2001: “En este sentido entonces debe anotarse que mientras el Código de Comercio se refiere en forma especial a la prenda no solo del interés social [Artículo 300 – PRENDA DEL INTERÉS SOCIAL: El interés social podrá darse en prenda mediante instrumento público o documento privado reconocido legalmente; pero la prenda no será oponible a terceros sino a partir de su inscripción en el registro mercantil.], sino igualmente de las acciones [Artículo 410 – PRENDA Y USUFRUCTO SOBRE ACCIONES: La prenda y el usufructo de acciones nominativas se perfeccionarán mediante registro en el libro de acciones; la de acciones al portador mediante la entrega del título o títulos respectivos al acreedor o al usufructuario ...], guarda silencio en lo que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada. No obstante, considera este despacho, a pesar de la similitud

Por su parte, sí la prenda recae sobre acciones el ordenamiento -artículo 410 del Código de Comercio- ha regulado expresamente una forma de perfeccionamiento especial, la cual radica en la inscripción en el libro de acciones sí se trata de acciones nominativas⁵⁶ o la entrega del título si se trata de acciones al portador⁵⁷.

existente entre las cuotas y las partes de interés [Las cuotas sociales y las partes de interés no se encuentran representadas en títulos o documentos autónomos destinados a circular o facilitan su transmisión, de donde su titularidad debe estar expresamente estipuladas, según sea el caso, en las escrituras bien de constitución o en las que indiquen alteración del capital social.], que no es dable aplicar a las sociedades de responsabilidad limitada la norma especial de las sociedades colectivas (art. 300), pues el legislador concibió el artículo 372 [Artículo 372 – En lo no previsto en este título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre las sociedades anónimas.], de donde se infiere en concordancia con los artículos 361 y 411 ibídem, que en el caso de prenda sobre las cuotas sociales, solo es viable el registro en el libro de socios del gravamen sobre ellas constituido, bastando para el efecto solo el documento, público o privado, a través del cual se hizo la correspondiente negociación, en orden a ejercer ante la sociedad los derechos que se confieran al acreedor.”

⁵⁶Al respecto la Superintendencia de sociedades, en concepto 220-44143 de junio 30 de 2000, ha dicho: “Este contrato, de acuerdo con el artículo 2410 del Código Civil, supone la existencia de una obligación principal que se garantiza con la cosa sobre la cual se constituya la prenda, accediendo la ley a que ésta pueda erigirse no solo por el deudor, sino también por un tercero para garantizar una obligación ajena, para lo cual es preciso que el dueño de la cosa consienta en el empeño tal y como lo prevé el artículo 2413 ibídem, al disponer que “La prenda puede constituirse no solo por el deudor, sino por un tercero cualquiera que hace este servicio al deudor”. Igual consideración se hace tratándose de las acciones en una sociedad, en virtud de la cual los accionistas individualmente considerados pueden pignorar voluntariamente sus acciones para garantizar una obligación, sea ésta propia o ajena, amparados en el derecho de la libre disponibilidad de las mismas y por idéntica razón establecer los límites de la negociación. Con lo anterior se quiere significar, que si bien es cierto las acciones son susceptibles de ser dadas en prenda, no lo es menos que la sociedad no puede motu proprio constituirla, sino, los mismos asociados si a bien tienen, quienes además, determinarán en cada caso los límites de la misma; esto, teniendo en cuenta que si bien la prenda no confiere al acreedor sino el derecho a ejercer la acción real que de ella se deriva, en virtud de estipulación expresa podrá otorgársele derechos propios del accionista (artículo 411 del Código Mercantil). La anterior considerando que cada acción incorpora unos derechos inherentes a la calidad de accionista, los cuales pueden ser objeto de negociación a través de los diversos negocios jurídicos.”

⁵⁷Hay que tener en cuenta que el régimen de acciones al portador está suspendido como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 9 de la Decisión 291 de 1991 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Por principio general, la prenda de acciones no confiere al acreedor los derechos inherentes a la calidad de accionista, es decir, no se confieren derechos políticos al acreedor prendario, con lo cual, el constituyente puede seguir ejerciendo sus derechos. No obstante lo anterior, se puede pactar manifestando en forma escrita, según lo prevé el artículo 411 del Código de Comercio, la voluntad en el sentido que el acreedor prendario detente esos derechos inherentes a la calidad de accionista.⁵⁸

Hay que preguntarse al respecto si la voluntad del acreedor prendario puede ser distinta de la del accionista, o si debe haber una unidad, y en caso de situaciones de control si concurren las dos voluntades subsistiría el control o éste sería estéril.

7.2. PRENDA SOBRE TÍTULOS VALORES

Con respecto a los títulos valores, como documento que incorpora un derecho cierto actual y sin condiciones, el ordenamiento comercial es específico en establecer la posibilidad de realizar endoso en garantía, entendido éste como prenda.

Mediante el endoso en garantía se confiere al endosatario, según lo establecido por el artículo 659 del Código de Comercio, además de los derechos como acreedor prendario las facultades del endoso en procuración, es decir, aunque no se transfiere la propiedad, faculta al endosatario, como un representante, para presentar el título a la aceptación, cobrarlo judicialmente o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo.⁵⁹

⁵⁸Esta disposición del artículo 411 del Código de Comercio admite pacto en contrario.

⁵⁹La Superintendencia de Sociedades, en Auto OC-01388 de junio 7 de 1984, emitió su

Esta prenda se perfecciona mediante la inscripción en el título valor de la cláusula “en garantía”, “en prenda” u otra equivalente.

7.3. PRENDA SOBRE CRÉDITOS

También es posible gravar con prenda un crédito, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2414 del Código Civil, pero es necesario que el constituyente, que en relación con el crédito es el acreedor, notifique al deudor de éste, prohibiéndole que lo pague a persona distinta.⁶⁰

concepto sobre el tema expresando: “El endoso en garantía consagrado por el artículo 659 del Código de Comercio, como una figura en virtud de la cual el legítimo tenedor de un título valor lo entrega como seguridad específica de un crédito a favor del acreedor prendario, no transfiere el poder de disposición del título, ni la titularidad del mismo; sin embargo, el endosatario en garantía tiene legitimación suficiente para mantener los derechos que resultan del título y está obligado a realizar todos los actos necesarios para su preservación. Así mismo, está facultado para hacer efectivo el título mediante el ejercicio de la acción cambiaria y para retenerlo hasta tanto está pagado el crédito garantizado. En efecto, tal como lo dispone el artículo citado, este endoso confiere las facultades del que se hace en procuración dentro de las cuales está la de cobrarlo judicial o extrajudicialmente. Por tanto, si el título dado en garantía vence antes que la obligación garantizada, el endosatario podrá percibir el importe del documento y conservar el dinero como garantía de la deuda, debiendo devolver el endosante el valor que exceda del monto amparado por la prenda. En el evento que el título venza con posterioridad a la deuda principal y ésta no sea cancelada, el endosatario está posibilitado para proceder a la realización de la prenda, mediante el cobro de los títulos endosados en garantía a su favor. En consecuencia, la suma resultante del cobro puede aplicarse en forma directa a la obligación incumplida, operando la figura de la compensación como medio de extinción de las obligaciones”

⁶⁰ Acerca de los créditos gravados con prenda la Superintendencia de Industria y Comercio, en Concepto 02094861 de 17 de diciembre de 2002, ha expresado: “Es evidente entonces que, los créditos cuya prestación es de dar dinero, el cual es un bien mueble, se reputan bienes muebles por las razones ya explicadas. El artículo 1204 del código de comercio establece que, “salvo las excepciones legales, podrá gravarse con prenda, conservando el deudor la tenencia de la cosa, toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación. Toda prenda sin tenencia del acreedor se regirá por la ley mercantil.” Más adelante el artículo 1208 establece que, el contrato de prenda puede constituirse por documento privado, pero que únicamente produce efectos en relación a terceros a partir de su inscripción, la cual según el artículo 1210 debe ser efectuada en la oficina de registro mercantil de la cámara de comercio del lugar donde han de permanecer los bienes pignorados. Observamos entonces que, la regla general para efectos de la prenda sin tenencia sobre bienes muebles es que, este contrato surte efectos frente a

No obstante lo anterior, “el acreedor prendario no se convierte en titular del dominio del crédito sino en una especie de representante del verdadero dueño, que lo es el del crédito mismo. Por consiguiente, puede intentar el acreedor prendario las acciones de cobro de la acreencia, de modo que si se entiende la prestación por el deudor, la prenda ha de recaer, por automática conversión, sobre la suma de dinero correspondiente, con las aplicaciones antedichas sobre esta modalidad de prenda”.⁶¹

7.4. PRENDA SOBRE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El establecimiento de comercio como “conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”⁶² puede ser objeto de contrato de prenda, al considerarlo como un bien mueble por la ley mercantil.

Hay que distinguirlo, sin embargo, de la prenda sobre los bienes que componen ese conjunto individualmente considerados. La prenda recae, entonces, sobre un conjunto, una universalidad, se grava el todo sin independizar cada uno de sus elementos.

terceros, únicamente a partir de la fecha de su inscripción en la cámara de comercio correspondiente, de tal manera que, salvo que una ley especial disponga otra cosa en relación con alguna clase particular de bienes muebles, deberá estarse a lo dispuesto en las referidas disposiciones. En este sentido es claro que, la prenda sobre descuentos que efectúan las entidades a sus asociados en favor de las cooperativas podrá constituirse por documento público o privado [Nótese que el artículo 1208 del código de comercio otorga la posibilidad de constituir el contrato de prenda mediante documento privado pero sin excluir la posibilidad de que sea constituida mediante escritura pública.] el cual deberá contener las especificaciones señaladas en el artículo 1209 del código de comercio y para que produzca efectos frente a los terceros es necesaria su inscripción en el registro mercantil por tratarse de prenda sin tenencia sobre bienes muebles.”

⁶¹Cf. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José A. Los Principales Contratos Civiles y Comerciales. Tomo II. Quinta Edición. Editorial librería del Profesional. Bogotá. 2000. Página 25.

⁶²Cf. Código de Comercio. Artículo 515.

Cabe indicar que puede estipularse la exclusión de alguno de los componentes del establecimiento de comercio, pero en principio se entienden gravados con la prenda todos los que lo comprenden, a saber: los signos distintivos; los derechos sobre las nuevas creaciones protegidas como propiedad industrial; las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y demás valores; el mobiliario y las instalaciones; los contratos de arrendamiento, el derecho de arrendamiento de los locales, y la indemnización como arrendatario; el good will y el derecho a impedir la desviación de la clientela; y en general los derechos y obligaciones derivados de las actividades propias del establecimiento.⁶³

Hay que hacer la salvedad que, aún cuando, la prenda se puede constituir sobre los activos circulantes, los que se hayan enajenado o consumido, durante el lapso de duración, se tienen como subrogados por los que produzcan o adquieran en el curso de las actividades del establecimiento.⁶⁴

Para efectos de mantener la finalidad pretendida por el empresario el establecimiento de comercio puede ser gravado con prenda sin desapoderamiento del deudor (empresario)⁶⁵, para lo cual se debe hacer la inscripción del contrato inscripción en la Cámara de Comercio del lugar donde se encuentra inscrito el establecimiento de comercio.⁶⁶

⁶³Crf. Código de Comercio. Artículo 516.

⁶⁴Crf. Código de Comercio. Artículo 532, último inciso.

⁶⁵Crf. Código de Comercio. Artículo 532.

⁶⁶La Cámara de comercio de Bogotá ha conceptualizado sobre el lugar de la inscripción en concepto 25551 de 5 de diciembre de 2001, en los siguientes términos: "cuando el gravamen recae sobre ese conjunto de bienes que constituye el establecimiento de comercio, el registro del contrato de prenda sin tenencia se hace en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde funciona el establecimiento de comercio. De otro lado cuando el contrato de prenda grava bienes individualmente considerados, debe inscribirse en la Cámara de

7.5. PRENDA SOBRE SIGNOS DISTINTIVOS

Los bienes que comprenden la protección a través de la propiedad industrial - signos distintivos y nuevas creaciones- son considerados por el ordenamiento mercantil como bienes muebles del comerciante, incorporados, por demás, en el conjunto de bienes que comprenden el establecimiento de comercio.⁶⁷

Los signos distintivos son bienes intangibles que dependen del registro que se otorgue por la autoridad encargada –en Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio-⁶⁸, pues éste confiere la propiedad de forma constitutiva por un término, otorgando la exclusividad sobre el uso del bien, para distinguir una clase de bienes o servicios.⁶⁹

En este sentido, al ser considerados como bienes inmuebles, los signos distintivos pueden ser gravados con prenda, es decir, son susceptibles de ser objeto de un contrato de prenda. Sin embargo, como no es posible la tenencia material por parte del acreedor prendario, se requiere que la prenda sea sin desapoderamiento del deudor, para lo cual es necesario, de acuerdo con las normas generales sobre la prenda sin tenencia, inscribir el gravamen ante la autoridad encargada del registro de los signos distintivos⁷⁰.

Comercio con jurisdicción en el lugar donde van a permanecer los bienes dados en prenda. Si los bienes van a permanecer en diversos sitios, la inscripción se hará en la Cámara de Comercio correspondiente a cada uno de ellos."

⁶⁷Crf. Código de Comercio. Artículo 516.

⁶⁸ Crf. Decreto 2153 de 1992. Artículo 15.

⁶⁹ Decisión 486 de la Comunidad Andina.

⁷⁰ Crf. Decreto 2153 de 1992. Artículo 15.

BIBLIOGRAFIA

1. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Novena Edición. Diké. Medellín. 2002.
2. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José A. Los Principales Contratos Civiles y Comerciales. Tomo II. Quinta Edición. Editorial librería del Profesional. Bogotá. 2000.
3. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Concepto 25551 de 5 de diciembre de 2001.
4. CANO RICO, José R. Manual práctico de Contratación Mercantil. Tomo I. Editorial Tecnos. Madrid. 1985.
5. CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA. Edición publicada por Legis Editores S.A.
6. CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA. Edición publicada por Legis Editores S.A.
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-918 de 2001, M. P. Dr. Jaime Araujo Renteria.
8. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Decisión 486 de 2000.
9. FERNÁNDEZ, Raymundo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial. Editorial de Palma. Buenos Aires. 1987.

10. MUÑOZ, Luís. Derecho Comercial - Contratos. TEA. Buenos Aires. 1960.
11. NOGUERA AARÓN, Enrique. De los Contratos. Principios y Nociones. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 1998.
12. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos. Cuarta edición. Editorial Temis. Bogotá. 1994.
13. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá. 1994.
14. PÉREZ VIVES, Álvaro. Garantías civiles: hipoteca, prenda y fianza. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá. 1999.
15. RENGIFO, Ramiro. Contratos Comerciales. Editorial Suramericana. Bogotá. 1986.
16. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 8633 de enero 19 de 1993.
17. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 02094861 diciembre 17 de 2002.
18. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-44143 de julio 30 de 2000.

19. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-73923 de diciembre 30 de 2000.
20. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-18333 de mayo 30 de 2001.
21. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-83299 de septiembre 30 de 1999.
22. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-83298 de septiembre 30 de 1999.
23. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio DAL-17250 de septiembre 4 de 1987.
24. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto OC-01388 de junio 7 de 1984.