

OFICIO 220-001787 DEL 08 DE ENENRO DE 2020

REF: GARANTIAS MOBILIARIAS Y PRELACIÓN DE GRAVAMANES.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta consulta relativa al régimen de garantías mobiliarias, inquietudes que se resolverán desde el punto de vista general y abstracto.

Antes de resolver lo propio debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995, y Decreto 1023 de 2012.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa jurídica este Despacho se permite resolver las inquietudes, en el orden propuesto, así:

1. “(...) Si un bien que está gravado con garantía mobiliaria debidamente registrada ante Confecámaras, es posteriormente embargado por orden judicial, ¿cuál de estos gravámenes tiene prelación?”

El artículo 48 de la Ley 1676 de 2013, prescribe lo siguiente en torno de la prelación entre garantías constituidas sobre un mismo bien:

“(...) Artículo 48. Prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía. *La prelación de una garantía mobiliaria sin tenencia, incluyendo la de sus bienes derivados o atribuibles, constituida de conformidad con esta ley, así como los gravámenes surgidos por ministerio de la ley, judiciales y tributarios, se determina por el momento de su inscripción en el registro, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía.*

Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Respecto de garantías cuya oponibilidad frente a terceros de conformidad con lo previsto en esta ley, ocurre por la tenencia del bien o por el control sobre la cuenta de depósito bancario, la prelación se determinará por el orden temporal de su oponibilidad a terceros.

Si la garantía mobiliaria no se inscribió en el registro, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias no registradas será determinada por la fecha de celebración del contrato de garantía.

Entre una garantía mobiliaria oponible a terceros mediante su inscripción en el registro y una garantía mobiliaria oponible a terceros por cualquier otra forma prevista en esta ley, la prelación será determinada, cualquiera que sea la fecha de constitución por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad a terceros, de ser esta anterior.” (Subrayado fuera de texto)

Aunado a ello también el artículo 49 del citado régimen de garantías mobiliarias dispuso:

“(…) Artículo 49. *Prelación y otros derechos. Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones finales, referidas a la aplicación de la presente ley en el tiempo, para las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de esta ley, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias registradas en vigencia de la presente ley, será determinada por la fecha de su inscripción en el registro mercantil cuando corresponda o por el orden temporal de su oponibilidad a terceros, ya sea por la tenencia del bien en garantía por parte del acreedor garantizado o por el control.*

Las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, que no se hubieran inscrito en el registro mercantil, o en registro especial correspondiente, podrán inscribirse en el registro y su prelación estará determinada por el orden temporal de dicha inscripción. (Subraya fuera de texto)

Así mismo, sobre la forma en que se determina el orden prelación lega sobre las garantías constituidas sobre el mismo bien, esta Oficina Jurídica se permite traer algunos de los apartes del Oficio 100-0173834 del 21 de octubre de 2014, en los que precisó con claridad esta temática, así:

“(…) Gravámenes Judiciales en la Ley 1676 de 2013

El artículo 9 de la Ley 1676 de 2013 “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias” dispuso los medios de constitución de las garantías mobiliarias y determinó que estas pueden nacer por contrato entre el garante y el acreedor garantizado o por ministerio de la ley, estos últimos son los gravámenes judiciales, los tributarios o los derechos de retención.

Los gravámenes surgidos por ministerio de la ley, tienen para efectos de su prelación el mismo tratamiento que las garantías mobiliarias derivadas de un



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

contrato de garantía, y cuando estos versen sobre bienes muebles, su régimen de oponibilidad y prelación será el dispuesto por la Ley 1676 de 2013.

“(…) Regla de prelación de los gravámenes judiciales

El artículo 48 de la Ley 1676 de 2013 dispone que la prelación de una garantía mobiliaria sin tenencia del acreedor garantizado así como los gravámenes surgidos por ministerio de la ley, judicial y tributario, se determine por el momento de su inscripción en el registro.

Lo anterior significa que los gravámenes surgidos por ministerio de la ley están sujetos a las reglas de registro y prelación y compiten bajo las mismas reglas de prioridad frente a otros acreedores con garantías mobiliarias o con otros gravámenes judiciales constituidos sobre los mismos bienes, por lo que tendrá prelación la garantía o el gravamen que se hubiere registrado con anterioridad a los demás, aplicando la regla de “primero en el tiempo primero en el derecho”.

No sobra también mencionar a que estos aspectos también fueron regulados por los artículos 2.2.2.4.1.2¹, 2.2.2.4.1.33² y 2.2.2.4.2.78³ del Decreto 1835 de 2015.

A partir de la vigencia de la Ley 1676 de 2013, a efectos de determinar su prelación, todos los gravámenes judiciales y tributarios sobre bienes muebles, decretados con posterioridad, deberán ser inscritos en el Registro de Garantías Mobiliarias.⁴

2. “(…) En igual sentido, si en el contrato de garantía mobiliaria está pactado el mecanismo de pago directo, y el acreedor garantizado desea apropiarse del bien, pero sobre este recae un embargo judicial, ¿puede el acreedor garantizado solicitar el levantamiento de dicho embargo para hacer efectivo el mecanismo de pago directo, o qué otros medios de protección jurídica tiene a su disposición para hacer efectiva la garantía?

1“(…) GRAVAMEN JUDICIAL: Es el acto que proviene de autoridad judicial o administrativa competente, como por ejemplo un embargo, y cuya inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias es efectuada por el beneficiario de la medida, en cuyo favor se expide esta para efectos de oponibilidad y prelación. Lo anterior, sin perjuicio de la orden de inscripción de la medida cautelar ordenada por la autoridad en los registros correspondientes.

2 “(…) Artículo 2.2.2.4.1.33. Registro de garantías surgidas por ministerio de la ley. Los gravámenes judiciales y tributarios de que trata el artículo 9° de la Ley 1676 de 2013, para efectos de prelación, deberán ser inscritos en el Registro de Garantías Mobiliarias y deberán adjuntar la orden debidamente ejecutoriada de la autoridad judicial o administrativa competente o de la autoridad fiscal que constituye el gravamen.

Para el caso de los gravámenes judiciales o tributarios, los derechos y obligaciones otorgados a los acreedores garantizados por la Ley 1676 de 2013 y, por este capítulo, serán ejercidos por el beneficiario del gravamen judicial o por la autoridad fiscal nacional, departamental, distrital o municipal, según corresponda, quienes deberán efectuar el registro.

3 “(…) Artículo 2.2.2.4.2.78. Gravámenes judiciales y tributarios. Las medidas cautelares decretadas y practicadas en procesos en curso con anterioridad al momento de la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, no requerirán del registro al que se refiere el artículo 85 de la mencionada ley y su prelación se sujetará a las reglas vigentes en el momento en que se decretó la medida.

El momento en que se decretó o practicó la medida, determinará su prelación frente a gravámenes judiciales o tributarios y garantías inscritas en vigencia de la Ley 1676 de 2013.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Prescribe el artículo 2.2.2.4.133 del Decreto 1835 de 2015, lo siguiente:

“(…) Artículo 2.2.2.4.133. Registro de garantías surgidas por ministerio de la ley. Los gravámenes judiciales y tributarios de que trata el artículo 9° de la Ley 1676 de 2013, para efectos de prelación, deberán ser inscritos en el Registro de Garantías Mobiliarias y deberán adjuntar la orden debidamente ejecutoriada de la autoridad judicial o administrativa competente o de la autoridad fiscal que constituye el gravamen.

Para el caso de los gravámenes judiciales o tributarios, los derechos y obligaciones otorgados a los acreedores garantizados por la Ley 1676 de 2013 y, por este capítulo, serán ejercidos por el beneficiario del gravamen judicial o por la autoridad fiscal nacional, departamental, distrital o municipal, según corresponda, quienes deberán efectuar el registro.” (Subrayado fuera de texto).

Se reitera que los gravámenes judiciales para efectos de prelación legal, deberán ser inscritos en el Registro de Garantías Mobiliarias, de tal suerte que aquellos “acreedores garantizados concurrentes”, que reclame un derecho sobre un mismo bien en garantía, que se encuentre o no en el mismo grado de prelación, su prelación se definirá conforme a las reglas del régimen de garantías mobiliarias de conformidad con lo previsto por el artículo 2.2.2.4.2.2⁵ del Decreto 1835 de 2015.

4“(…) Artículo 2.2.2.4.2.2. Definiciones. Para efectos de la presente sección se establecen las siguientes definiciones:

“Acreedor garantizado concurrente: Aquel acreedor que reclame un derecho sobre un mismo bien en garantía, se encuentre o no en el mismo grado de prelación. Su prelación se definirá conforme a las reglas de la Ley 1676 de 2013.”

5“(…) Artículo 597. Levantamiento del embargo y secuestro. Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:

1. Si se pide por quien solicitó la medida, cuando no haya litisconsortes o terceristas; si los hubiere, por aquel y estos, y si se tratare de proceso de sucesión por todos los herederos reconocidos y el cónyuge o compañero permanente.

2. Si se desiste de la demanda que originó el proceso, en los mismos casos del numeral anterior.

3. Si el demandado presta caución para garantizar lo que se pretende, y el pago de las costas.

4. Si se ordena la terminación del proceso ejecutivo por la revocatoria del mandamiento de pago o por cualquier otra causa.

5. Si se absuelve al demandado en proceso declarativo, o este termina por cualquier otra causa.

6. Si el demandante en proceso declarativo no formula la solicitud de que trata el inciso primero del artículo 306 dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que contenga la condena.

7. Si se trata de embargo sujeto a registro, cuando del certificado del registrador aparezca que la parte contra quien se profirió la medida no es la titular del dominio del respectivo bien, sin perjuicio de lo establecido para la efectividad de la garantía hipotecaria o prendaria.

8. Si un tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de secuestro solicita al juez del conocimiento, dentro de los veinte (20) días siguientes a la práctica de la diligencia, si lo hizo el juez de conocimiento o a la notificación del auto que ordena agregar el despacho comisorio, que se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que aquella se practicó, y obtiene decisión favorable. La solicitud se tramitará como incidente, en el cual el solicitante deberá probar su posesión.

También podrá promover el incidente el tercero poseedor que haya estado presente en la diligencia sin la representación de apoderado judicial, pero el término para hacerlo será de cinco (5) días.

Si el incidente se decide desfavorablemente a quien lo promueve, se impondrá a este una multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos mensuales.

9. Cuando exista otro embargo o secuestro anterior.

10. Cuando pasados cinco (5) años a partir de la inscripción de la medida, no se halle el expediente en que ella se decretó. Con este propósito, el respectivo juez fijará aviso en la secretaría del juzgado por el término de veinte (20) días, para que los interesados puedan ejercer sus derechos. Vencido este plazo, el juez resolverá lo pertinente.

En los casos de los numerales 1, 2, 9 y 10 para resolver la respectiva solicitud no será necesario que se haya notificado el auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo.

Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa.

En todo momento cualquier interesado podrá pedir que se repita el oficio de cancelación de medidas cautelares.

11. Cuando el embargo recaiga contra uno de los recursos públicos señalados en el artículo 594, y este produzca insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado, el Procurador General de la Nación, el Ministro del respectivo



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Ahora bien, el acreedor con garantía mobiliaria puede iniciar en contra del deudor el procedimiento de ejecución de pago directo previsto por los artículos 60 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con lo previsto por los artículos 2.2.2.4.1.30, 2.2.2.4.2.3 del Decreto 1835 de 2015. Igualmente, el acreedor garantizado puede solicitar el levantamiento de la medida cautelar de embargo acudiendo a lo previsto por el artículo 5975 y 603 del Código General del Proceso.

3. “(...) Si un vehículo automotor gravado con garantía mobiliaria, es posteriormente embargado por orden de Juez Penal de Control de garantías para garantizar los derechos de la víctima a ser indemnizada, y el responsable del delito no tiene otros medios con los cuales responder por dicha indemnización ¿pierde el acreedor su garantía mobiliaria?

Frente a las consecuencias y responsabilidades extracontractuales que se producen en el caso de accidentes de tránsito, esta Entidad ha reconocido la existencia de otra calidad de acreedores denominada “acreedores involuntarios” premisa que no solo es aplicable en el campo de los procesos de reorganización, respecto de los cuales no se encuentran sujetos ni condicionados a las reglas de la concursabilidad, dada su especial protección de orden constitucional por involucrar derechos inherentes con la vida y la salud, como si lo están los diferentes acreedores que se encuentran con garantías mobiliarias e hipotecarias y demás, sino que tal connotación irrumpe en otros campos de la responsabilidad de la personal natural en el cual no puede desconocerse su reconocimiento.

Para tal efecto, esta Oficina se permite citar algunos a partes del Oficio 220-060144 del 17 de marzo de 2017, en el que se trató del reconocimiento y del pago de las obligaciones en favor de los “acreedores involuntarios, por encima de la preferencia y privilegio de las obligaciones de los acreedores, así:

“(...) vij) Finalmente, hay que tener en cuenta que si como consecuencia de un accidente de tránsito se causan daños a terceros, en concepto de esta Entidad podrá estarse en presencia de acreedores involuntarios, los cuales, tienen una posición de clara inferioridad en orden a la acreditación de su derecho, pues, salvo sentencia en firme, no pueden ingresar al pasivo, v. gr., quienes han experimentado las consecuencias de la imprudencia del conductor, empleado o administrador de la empresa.

A ese propósito la Superintendencia de Sociedades, en Auto número 400- 001209 del 29 de enero de 2014, mediante el cual reconoció la calidad de acreedores involuntarios a las personas involucradas en un accidente de tránsito, a pesar de

ramo, el Alcalde, el Gobernador o el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, podrán solicitar su levantamiento.

Parágrafo. Lo previsto en los numerales 1, 2, 5, 7 y 10 de este artículo también se aplicará para levantar la inscripción de la demanda.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

que la sociedad deudora y sus acreedores ya habían celebrado un acuerdo de reorganización, preciso lo siguiente:

“EL TRATAMIENTO DEL ACREEDOR INVOLUNTARIO

Ya se discuten en el ámbito nacional doctrinas que proponen consideraciones especiales en orden a generar equilibrio, para aquél acreedor que acude por vía de la responsabilidad civil extracontractual en el escenario de un proceso de insolvencia, y si bien, su presencia, por sí sola, demanda una especial caracterización, que no decir cuando a dicha representación de Acreedor Involuntario se le suman derechos fundamentales inmediatos y conexos que involucran la vida y la protección de la salud.

Y es que, a diferencia de aquél espontaneo acreedor, el Acreedor Voluntario SI ha tenido la oportunidad de evaluar la situación de riesgo de insolvencia previo el establecimiento de una relación crediticia amparada y equilibrada en la celebración de un contrato con la empresa insolvente, contentivo además de precios que involucra el costo de asunción del riesgo, además de otras cláusulas sancionatorias y contemplativas de escenarios compensatorios que disminuyen el impacto que sobre la economía del Acreedor Voluntario y su subsistencia, le pueda generar el deudor insolvente.

No sucede lo mismo con el Acreedor Involuntario quien debe incluir en su economía de manera abrupta y con ocasión de la responsabilidad de la deudora, la Insolvencia, los riesgos de incumplimiento de ésta, la liquidación de los negocios y aún peor, la disminución o imposibilidad de recaudo de la condena por responsabilidad extracontractual.

Es aún más considerable la situación cuando están de por medio la calidad de vida de una persona favorecida con fallo de responsabilidad, así como sus dependientes, afectados en forma accidental por la sociedad deudora y transformando en infortunada carga para la víctima y su familia (Acreedores Involuntarios), compuesta por hijos menores, el día a día de persona ahora con discapacidad permanente y con necesidades de sufragar gastos para sobrellevar su invalidez y obtener, así sea con el alcance y cuantía de la decisión judicial, un beneficio que pueda compensar ahora, en vida y no después, tal padecimiento.

Adicionalmente, la víctima del Accidente no está en posibilidad de ampararse de los riesgos dada la reserva propia de los comerciantes, en particular, sociedad comercial del tipo de las limitadas en cuyo concurso, tampoco hace parte del Comité de Vigilancia el Acreedor Involuntario y, si así fuere, no tendría tampoco el conocimiento técnico para evaluar y decidir, en los escenarios del proceso, sobre la situación de la concursada, como resulta ser el caso en la sociedad deudora condenada.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

EFFECTO DEL HECHO ECONOMICO SOBRE EL ACUERDO RECUPERATORIO

Es evidente que un hecho sobreviniente o siniestro puede impactar económica y financieramente la viabilidad del Acuerdo recuperatorio en ejecución y afectar la continuidad de la empresa, con lo cual resulta razonable su consideración y deliberación en el seno de los órganos de Insolvencia, para que se verifique la procedencia de adoptar las decisiones más consecuentes y en últimas la de proponer el trámite de una reforma al Acuerdo de Reorganización... haciendo especial énfasis en el cumplimiento a los Acreedores cuyos créditos fueron regulados por el acuerdo homologado por este Despacho y sufragar el privilegio de los Acreedores Involuntarios cuya calidad se reconoce por la presente providencia para protección de sus derechos fundamentales dada la descrita condición de invalidez y la afección a su núcleo familiar que incluye menores de edad y que, con base en estos precisos supuestos y antecedentes, debe ser considerado un Gasto de Administración, preferente, que impacta el flujo de caja de la deudor.

CONCLUSION

Conforme al análisis de los hechos y consideraciones aquí previstas, procederá éste Despacho a dejar sin efectos el fallo y a reconocer la obligación del Acreedor Involuntario como Gasto de Administración, por tratarse de una obligación que no es objeto del proceso de reorganización (artículo 25 de la Ley 1116 de 2006), en concordancia con el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, según el cual: “Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización...”

Finalmente, ha de considerarse que de conformidad con la sentencia C 5037 de 1999 la Corte Suprema de Justicia ha señalado que. “no es la nominación de la causal de Nulidad lo que habilita su estudio sino la sustentación fáctica que de ella se haga porque siempre debe propenderse porque el problema propuesto para la composición judicial se decida en el fondo, en el sentido más acorde con el derecho y la Justicia...” (El llamado es nuestro).”

Por lo cual, el juez de conocimiento tendrá que analizar y valorar muy bien el supuesto fáctico en comento a efecto de hacer el estudio de constitucionalidad de los derechos involucrados en este caso y de definir como deberá realizarse el pago de las obligaciones del deudor frente al eventual “acreedor involuntario” como al acreedor con garantía mobiliaria.

Debe también tenerse en cuenta que para el caso de accidentes de tránsito resulta perentorio indicar que suele acontecer que el propietario del vehículo puede haber constituido póliza que garantice los daños extracontractuales en accidente de tránsito, como el mismo SOAT, para lo cual deberá verificarse en el respectivo proceso la posibilidad de que estas pólizas garantice los derechos del



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

eventual “acreedor involuntario”, sino que también puede ocurrir que póliza que cubre los riesgos en comento cubren también la garantía mobiliaria, todo ello de conformidad con las obligaciones de garante a tono con lo previsto por el artículo 18⁶ de la Ley 1676 de 2013.

4. “(...) para efectos de apropiación de vehículos automotores gravados con garantía mobiliaria, ¿es obligación del acreedor garantizado pagar las multas en que ha incurrido el deudor garante?”

Salvo pacto en contrario, todos los gastos e impuesto relacionados con los bienes dados en garantía serán asumidos por el garante, en los términos del numeral 5 del artículo 18 de la Ley 1676 de 2013.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la P.Web de la Entidad, la normatividad, los concepto jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.

6 “(...) Artículo 18. *Derechos y obligaciones del garante*. Salvo pacto en contrario, cuando la garantía mobiliaria es sin tenencia del acreedor garantizado, el garante tendrá el derecho de usar, transformar y vender, permutar constituir otras garantías mobiliarias o alquilar los bienes en garantía en el giro ordinario de sus negocios.

De la misma manera y salvo pacto en contrario, el garante podrá ceder o vender los créditos o cuentas por cobrar derivados de la venta, permuta o arrendamiento de los bienes en garantía. 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.

Salvo pacto en contrario, el garante deberá:

1. Suspender el ejercicio de los derechos de cobro cuando la entidad autorizada de que trata el artículo 64 de esta ley o el acreedor garantizado le notifique al garante su intención de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía bajo los términos de la presente ley. El derecho de uso no se suspenderá pero el garante será responsable por perjuicios causados al acreedor garantizado derivados del uso del bien dado en garantía.
2. Evitar pérdidas y deterioro de los bienes en garantía y hacer todo lo necesario para dicho propósito.
3. Permitir que el acreedor garantizado inspeccione los bienes en garantía para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación.
4. Asumir los riesgos de destrucción, pérdida o daño de los bienes dados en garantía, salvo en aquellos casos en que se hubiere contratado un seguro a favor del acreedor garantizado, y
5. Pagar todos los gastos e impuestos relacionados con los bienes en garantía.

Parágrafo. El acreedor podrá escoger en caso de venta o cesión de los bienes gravados, que estos se subroquen por el precio de la cesión o venta o por los dineros que se reciban, o mantener bienes por la misma cuantía, o perseguir los bienes objeto de la garantía en poder de quien los haya adquirido.” (Subraya fuera de texto)