

OFICIO 196110 DEL 14 DE OCTUBRE DE 2016

REF: RADICACIÓN 2016-01-459231 13/09/2016- MECANISMOS DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA.

Aviso recibo del escrito mediante el cual solicita que esta Entidad le aclare una serie de inquietudes relacionadas con el tema de la referencia, las que plantea en los siguientes términos:

Ejecución en la modalidad de Pago Directo:

“1. Si se escoge la ejecución de Pago Directo consagrada en el artículo 60 de la ley 1676 de 2013, para hacer efectiva una garantía mobiliaria, esta es excluyente para iniciar más adelante otra acción por la misma obligación esto para los casos que la garantía no es suficiente para cubrir la obligación?

“2. En la ley 1676 da entender que solo se paga con la garantía pero en el decreto 1835 de 2015, da entender que se puede iniciar otra acción para realizar el cobro del saldo insoluto que no supla con la garantía.

“3. Cuál es el ente jurisdiccional competente que conocerá de la solicitud para la aprensión de la garantía?.

“4. Si el cliente llegase a presentar oposición a la entrega que ente conocería de la contención presentada por el acreedor y deudor?

“5. Si el acreedor conoce la ubicación del bien garantizada la ley dice que lo puede tomar posesión del bien puede ser a través de una persona particular y una grúa?

“6. La apropiación del bien será de acuerdo al valor del avalúo realizado por el perito fijado por la Superintendencia de Sociedades, pero en la ley y el

Decreto no señalan si dicho dictamen se puede objetar, por lo tanto solicito se aclare si el avalúo puede ser controvertido.

Ejecución especial de la garantía:

“1. La solicitud para la aprehensión de la garantía se debe dirigir ante una Cámara o Notaria, como se determina la competencia, por el valor de la garantía o de la obligación.

“2. Dentro de están misma ejecución especial la ley dice en el artículo de procedencia en uno de sus numerales que el bien no debe sobrepasar los 20 salarios mínimos mensuales, es decir garantías cuya cuantía mayor no se podría iniciar esta ejecución.

“3. Este tipo de modalidad es excluyente para iniciar más adelante otra acción por la misma obligación esto para los casos que la garantía no es suficiente para cubrir la obligación?

“4. Si se escoge la ejecución especial para tramitarla ante Cámara de Comercio se necesita de abogado para iniciarla? Tienen ustedes los costos del servicio de la Cámara de Comercio y Notarias ?

“5. Ya se conoce que se hayan iniciado ejecuciones especiales ante Cámara de comercio o notarias?.

Otras aclaraciones

“1. Los contratos de Leasing financiero se deben registrar en Confecamaras?. De ser así, se aplicaría algún procedimiento especial para la restitución del bien.

“2. De acuerdo a lo leído la mejor opción es la de Pago Directo pero tengo dichas del por qué se establecieron más formas de ejecución como la especial y al judicial, cuando se iniciarían estas dos últimas? Tienen alguna ventaja sobre el pago directo.”

Sobre el particular es preciso advertir que en atención a las consultas que le son formuladas, esta Superintendencia emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen su responsabilidad.

En este sentido es importante aclarar que derecho de petición en la modalidad de consulta, no tiene el propósito de sustituir la asesoría jurídica o financiera especializada que en esa materia le corresponde atender a los profesionales que se dedican a dichas actividades.

Bajo esos presupuestos, a título informativo procede efectuar las siguientes consideraciones generales de carácter normativo y conceptual en el orden propuesto, así:

1. Ejecución en la modalidad de Pago Directo.

(i). En cuanto a la primera y segunda inquietud respecto al tema, cabe señalar que una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato que tiene el carácter de principal, entre el garante y el acreedor garantizado, sobre los bienes de que trata el artículo 3º y siguientes de la Ley 1676 de 2013.

Por su parte, frente al evento de incumplimiento por parte del deudor de alguna de sus obligaciones contraídas en el contrato de garantía mobiliaria, el acreedor garantizado puede ejecutar la garantía por los mecanismo que la ley prevé, esto

es **(1)** Adjudicación o realización especial de la garantía real previsto o regulado en la “*SECCIÓN SEGUNDA*”, “*TÍTULO ÚNICO*”, “*PROCESO EJECUTIVO*”, “*CAPÍTULO V*”, Artículo 467, “Adjudicación o realización especial de la garantía real” y “*CAPÍTULO VI*”, Art. 468, “Disposiciones Especiales para la Efectividad de la Garantía Real”, del Código General del Proceso; y **(2)** O bien hacer uso también del procedimiento denominado “*ejecución especial de la garantía*”, en los casos y en la forma prevista, en los términos del artículo 58 de la Ley 1676 de 2013.

De conformidad con el párrafo del artículo 58 de la ley ejusdem, el acreedor garantizado a quien se le haya incumplido cualquiera de las obligaciones garantizadas, podrá en primer lugar realizar requerimiento escrito al deudor, para que dentro del término de diez (10) días acuerde con él la procedencia de la “*ejecución especial de la garantía mobiliaria*”, prevista en el artículo 62 de la ley cit.

Sin embargo, no es obligatorio hacer aquel requerimiento por parte del acreedor al deudor, pues el no efectuarlo implicará que operará por mandato de la ley el procedimiento de “ejecución judicial”, con las previsiones especiales contempladas en el artículo 61 de la ley ibídem, en concordancia con lo prescrito en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso.

No obstante las premisas jurídicas de cobro citadas anteriormente, también el ordenamiento regulador de las garantías mobiliarias, aunado a los procedimientos de cobro indicados, configuró una modalidad de ejecución de la garantía mobiliaria, denominado “Pago directo”.

Para que esta modalidad de pago opere, deberá pactarse de mutuo acuerdo en el respectivo contrato, entre el deudor y el acreedor garantizado que deseen satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía mobiliaria o cuando este último sea tenedor del bien dado en garantía, cuyo procedimiento se ceñirá a las previsiones en el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con lo señalado en los artículos 2.2.2.4.2.3, (Mecanismo de ejecución por pago directo), y 2.2.2.4.2.70, (Diligencia de aprehensión y entrega), del Decreto 1835 del 16 de septiembre de 2015.

En principio, el pacto contractual de haberse seleccionado el mecanismo de pago directo para ejecutar la garantía mobiliaria, excluye la posibilidad de hacer uso de los demás procedimientos de ejecución previstos en los artículos 61 (Ejecución judicial) y 62 (Ejecución especial de la garantía) de la Ley 1676 de 2013.

Sin embargo, “*si el avalúo del bien en garantía es inferior al valor de la obligación garantizada, el acreedor garantizado se pagará con el bien en garantía y podrá realizar el cobro correspondiente por el saldo insoluto*”, en los términos del numeral 6° del artículo 2.2.2.4.2.3 del Decreto 1835 del 16 de septiembre de 2015.

Lo anterior significa, que el acreedor garantizado en estas condiciones puede ejercer los mecanismos de ejecución judicial, de pago directo nuevamente y de ejecución especial de la garantía, siempre y cuando estos dos último procedimientos hayan sido pactados entre las partes por acuerdo posterior al momento en que se defina el avalúo del bien y éste sea inferior al valor de la obligación, en los términos de la disposición legal invocada, a efectos de ver satisfechas las obligaciones en su integridad por los saldos insolutos, en concordancia con lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 70 de la Ley 1676 de 2013.

1 Parágrafo 1°. Si el saldo adeudado excede al valor de la venta o martillo de los bienes en garantía, o al valor de apropiación del bien, conforme a la regla establecida en el numeral 6 del artículo anterior, en caso de apropiación directa por parte del acreedor garantizado, este último tiene el derecho de demandar el pago del saldo al deudor.

El mencionado procedimiento de ejecución especial de la garantía, operará cuando el bien objeto de la garantía tenga un valor inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con el parágrafo del artículo 58 de la Ley 1676 de 2013 en concordancia con el numeral 4 del artículo 62 de la ley cit.

(ii) La autoridad jurisdiccional competente para conocer de la solicitud de aprehensión de la garantía, por mandato expreso del legislador, es el Juez Civil y la Superintendencia de Sociedades.

En cuanto hace a la competencia de esta Superintendencia, lo hará a prevención y solo en el evento en que el garante sea una sociedad sometidas a su vigilancia, en los términos del artículo 57; parágrafo 2° del artículo 60, artículos 68, 75, 76 y 77 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con lo establecido en los artículos 2.2.2.4.2.3, 2.2.2.4.2.68, 2.2.2.4. 2.70 (Diligencia de aprehensión y entrega) y 2.2.2.4.2.71 del Decreto 1835 de 2015.

Por tanto, el procedimiento de aprehensión material de la garantía se llevará a cabo en los precisos términos de la normatividad anotada.

(iii) Las autoridades competentes para conocer de la oposición a la entrega, serán las definidas en el punto anterior, conforme al procedimiento para tal efecto indicado en la norma precitada.

(iv) En cuanto a la posibilidad de objetar el avalúo presentado por los peritos respecto de la garantía mobiliaria, deberá tenerse en cuenta el procedimiento previsto para cada una de los modos de ejecución de la garantía, que la misma ley indica, así:

a). En el procedimiento de ejecución denominado Pago directo, se estará lo previsto en el párrafo 3° del artículo 60 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con lo previsto en el numeral 3°, 4°, 5°, y 7° del artículo 2.2.2. 4.2.3 del Decreto 1835 de 2015.

b) Respecto al procedimiento de ejecución judicial de la garantía mobiliaria, se someterá a la presentación de la objeción al procedimiento señalado en los numerales 4° y 7° del artículo 61 de la Ley 1676 de 2013.

c). Finalmente, las objeciones presentadas frente al avalúo en el trámite de Ejecución especial de la garantía se estará al procedimiento señalado en el artículo 62, el numeral 5° del artículo 69 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con lo establecido en el numeral 3° del artículo 2.2.2. 4.2.5., numeral 7 del artículo 2.2.2.4.2.10., artículo 2.2.24.2.15, párrafo 4° del artículo 2.2.2.4.2.16, 2.2.24.2.55, y artículos 2.2.24.2.73, 2.2.2.4.2.74 y 2.2.2.4.2.77 (Valor de apropiación) todos del Decreto 1835 de 2015.

2. Ejecución Especial de la Garantía.

(i). En cuanto hace a la autoridad competente para conocer del trámite de ejecución de la garantía, la ley en principio permite que conozca la entidad que se haya convenido previamente, o en ausencia de estipulación, a elección del interesado ante notario o ante los centros de conciliación de las Cámaras de Comercio, según los términos del artículo 64 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con lo señalado en el artículo 2.2.2.4.2.5. y párrafo del Decreto 1835 de 2015 del artículo 2.2.2.4.2.5 del Decreto 1835 de 2015.

(ii) Cuando el bien tenga un valor inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, se seguirá el procedimiento de ejecución especial de la garantía mobiliaria, como lo establece el numeral 4, artículo 62 de la ley 1676 de 2013.

Sin embargo, si el valor de la garantía mobiliaria es superior el trámite será el de ejecución judicial en los términos del artículo 58 de la Ley 1676 de 2013, si no se ha pactado pago de directo.

(iii) En caso de que la garantía no sea suficiente para cubrir la obligación, el párrafo 1° del artículo 70 de la Ley 1676 de 2013, determina lo siguiente: “... *en caso de apropiación directa por parte del acreedor garantizado, este último **tiene derecho de demandar el pago del saldo al deudor***”. (Negrilla y subraya fuer de texto).

Aunado a ello, el artículo 2.2.2.4.2.55, del Decreto 1835 de 2015, determina: “*Monto de la obligación garantizada y valor del bien en garantía. El monto de la obligación garantizada estará determinado según lo acordado entre las partes, de*

conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1676 de 2013, y hasta por el valor del bien en garantía, de conformidad con el avalúo que haya sido aprobado en el respectivo proceso judicial o de insolvencia o el que corresponda a la valoración respectiva en los procedimientos de pago directo y de ejecución especial de la garantía, dependiendo del mecanismo de ejecución de que se trate. “Si la valoración del bien en garantía es inferior al valor de la obligación garantizada, el acreedor realizará el cobro por los saldos insolutos como acreedor quirografario.”

Es decir que, si existe algún saldo insoluto que quede sin pagar, este podrá ser cobrado como crédito quirografario; de ahí que ese saldo insoluto, no conserva preferencia ni privilegio para el pago.

Ahora bien, el mecanismo a seguir dependerá del acreedor garantizado, el de optar por la ejecución judicial, o pago directo si hay acuerdo en ese sentido, o el de ejecución especial en los términos del parágrafo 1 del artículo 58 de la Ley 1676 de 2013.

(iv) La ejecución especial de la garantía no necesita la asistencia de un abogado, puede solicitarse directamente por el acreedor garantizado, sin que ello excluya la posibilidad de ser asistido por un abogado.

Los costos de los servicios tanto de las Cámaras de Comercios, como de los notarios, deberá consultarse ante estas autoridades. Así como las ejecuciones especiales que se hayan iniciado, pueden ser verificadas por los interesados ante el registro de garantías mobiliarias de Confecámaras, en los términos del Decreto 400- de 2014, respectivamente.

3. Otras aclaraciones

(i) En cuanto a los contratos de leasing financiero, hay que estarse a lo dispuesto en el artículo 2.2.24.2.29 del Decreto 1835, a cuyo tenor se tiene:

“Bienes arrendados y contratos de leasing. Para los efectos de aplicación de la Ley 1676 de 2013 y de esta sección, al de leasing financiero se le aplicará lo dispuesto en la mencionada ley, exclusivamente en lo referente a registro y la restitución de tenencia del bien prevista en artículo 77 de la misma, perjuicio de los mecanismos que para la apropiación y pago puedan pactarse.

“Podrá otorgarse garantía mobiliaria por el locatario sobre los derechos de contenido económico eventuales derivados del contrato de leasing financiero.”

(ii) La ley 1676 de 2013 contempla tres formas de ejecución de la garantía mobiliaria, reguladas en el Decreto 1835 de 2015, en el entendido son alternativas

y se trata de posibilidades de las que el propio legislador permite hacer uso, en aras del principio de celeridad y de descongestión de la justicia.

Por supuesto, la elección del procedimiento de ejecución y sus ventajas, es asunto que corresponderá a las partes, en consideración a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la garantía que mejor facilite su ejecución según los métodos indicados.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del C.C.A. no sin antes señalar que en la P. Web de la Entidad puede encontrar entre otros la normatividad, los conceptos jurídicos, la cartilla sobre régimen de insolvencia, la compilación de jurisprudencia concursal, información que le resultara de gran utilidad consultar como parte del ejercicio que deben adelantar quienes tienen a su cargo la prestación de servicios profesionales en materia legal y financiera atinente a al ámbito empresarial.