

OFICIO 220-212141 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2017.

ASUNTO: PROCEDIMIENTO PARA EL PAGO DE UNA GARANTÍA MOBILIARIA

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2017-01-441953, mediante el cual formula una consulta relacionada con el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

¿Qué procedimiento se aplica para el pago directo en las Garantías Mobiliarias cuando el bien dado en garantía es un derecho económico y por lo tanto, lo que se transfiere al acreedor, es la propiedad de ese derecho económico?

Al respecto, me permito manifestarle que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de esta oficina absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre los temas a cargo de la Entidad y en esa medida emite un concepto de carácter general con los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, mas no se pronuncia sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales.

Bajo esa premisa, a título meramente informativo procede efectuar las siguientes precisiones jurídicas, a la luz de la Ley 1676 de 2013 y Decreto 1835 del 16 de septiembre de 2015:

i) Como es sabido, el concepto de garantía inmobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.

ii) Ahora bien, el artículo 58 de la Ley 1676 ya citada, que trata de los mecanismos de ejecución de la garantía, señala que “En el evento de presentarse incumplimiento del deudor, se puede ejecutar la garantía mobiliaria por el mecanismo de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en los artículos 467 y 468 del Código General de Proceso o de ejecución especial de la garantía, en los casos y en la forma prevista en la presente ley.

PARÁGRAFO. El acreedor a quien se le haya incumplido cualquiera de las obligaciones garantizadas, podrá hacer 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. De no hacerlo operará el mecanismo de ejecución judicial. De la misma manera se procederá cuando el bien objeto de la garantía tenga un valor inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.

iii) Sin embargo, el artículo 60 ibidem, prevé que: “El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el párrafo 3o del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.

PARÁGRAFO 1o. Si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente, deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante.

PARÁGRAFO 2o. Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado.

PARÁGRAFO 3o. En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien”.

iv) Del estudio de las normas antes transcritas, se desprenden los siguientes aspectos: a) que frente al incumplimiento del deudor, se puede ejecutar la garantía mobiliaria por los mecanismos de adjudicación o realización especial de la misma (artículos 467 y 468 del Código General del Proceso); b) que el acreedor podrá hacer requerimiento escrito al deudor, para que dentro del término de 10 días acuerde con él la procedencia de la ejecución especial; c) que de no hacerlo o cuando el bien objeto de garantía tenga un valor inferior a 20 salarios mínimos legales mensuales, operaría el mecanismo de ejecución judicial; d) que a pesar de lo anterior, el acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo, cuando así se haya pactado de mutuo acuerdo entre las partes o cuando aquél sea tenedor del bien dado en garantía; e) si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo a otros acreedores inscritos, al deudor o propietario del bien, para lo cual se debe constituir un depósito judicial a favor de uno u otro,, el cual debe ser enviado al juzgado correspondiente; f) que si no se efectúa la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante, el acreedor podrá solicitar al juez que libre orden de aprehensión y entrega del bien; g) que en caso de apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo.

v) No obstante lo anterior, es de advertir que el pacto contractual respecto a seleccionar 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 y 62 ejusdem. Es decir, la ejecución judicial y ejecución especial de las garantías. Sin embargo, si el avalúo del bien en garantía es inferior al valor de la obligación garantizada, el acreedor se pagará con el bien y podrá realizar el cobro correspondiente por el pago insoluto, en los términos del Decreto 1835 de 2015.

Así las cosas, el acreedor puede en estas condiciones ejercer los mecanismos de ejecución judicial, pago directo (nuevamente) y de ejecución especial de la garantía, siempre y cuando estos dos últimos hayan sido pactados entre las partes luego de la definición del avalúo, cuyo resultado sea inferior al valor de la obligación.

De otra parte, se anota que para que opere la modalidad de pago directo, que prevé el régimen de garantías mobiliarias, aunado a los procedimientos de cobro mencionados, debe pactarse de mutuo acuerdo en el respectivo contrato, con el fin de satisfacer el crédito directamente con los bienes dados en garantía o cuando el acreedor sea tenedor del bien, para lo cual se deberá seguir el procedimiento señalado en el artículo 2.2.2.4.2.3, del Decreto 1835 ya mencionado.

vi) Finalmente, se observa que de acuerdo con el artículo 57 de la misma Ley, la autoridad jurisdiccional llamada a para conocer de los procesos de ejecución de garantías mobiliarias son el juez civil competente y la Superintendencia de Sociedades, esta última en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución Política, tendrá competencia a prevención y solo en el evento en que el garante sea una sociedad sometida a su vigilancia.

Ahora bien, cuando se trate de una ejecución especial de la garantía, el artículo 2.2.2.4.2.5 del Decreto 1835 de 2015, señala que acreedor garantizado podrá solicitar el inicio del procedimiento de ejecución ante la entidad autorizada que se haya convenido, o en ausencia de tal estipulación, a su elección, ante el notario o ante los centros de conciliación de las cámaras de comercio del domicilio del deudor garante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 64 y 65, numeral 1, de la Ley 1676 de 2013.

En los anteriores términos, se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir reiterar que sus alcances son los previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OFICIO 220-212352 DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 23017.

ASUNTO: No es viable establecer de manera indefinida el plazo de la oferta para la suscripción de acciones, ni sujetar la oferta a condición alguna.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2017-01-441802, mediante la cual formula una consulta relacionada con plazo de la oferta para la suscripción de acciones, contemplado en el numeral 3º del artículo 386 del Código de Comercio, que se concreta en los siguientes puntos:

1. ¿Es posible condicionar el plazo de suscripción de acciones a una notificación futura y a fecha incierta que el representante legal de la empresa emisora de acciones realice para que los accionistas manifiesten su voluntad de suscribir, o en su defecto, a cualquier otra condición? Lo anterior con el fin de que el plazo de los

15 días y hasta 3 meses contemplados en la citada norma empiecen a correr desde el cumplimiento de la notificación o de la condición, y no desde la aprobación del reglamento de colocación de acciones en Asamblea.

2. En caso afirmativo, ¿el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha de Asamblea en la que se aprobó el reglamento de colocación de acciones, y la fecha de la notificación para que los accionistas manifiesten su intención de suscribir acciones, puede ser indefinido?

En primer lugar es dable advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, lo que supone que sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Efectuada esa precisión y teniendo en cuenta que su escrito invoca el numeral 3° del artículo 386 del Código de Comercio, parte del Capítulo II, de “las acciones en la sociedad anónima” que trata del reglamento de suscripción, a esa hipótesis se entiende referida la inquietud motivo de su consulta, que será atendida a continuación previa transcripción del precepto citado a cuyo tenor se lee:

“CONTENIDO DEL REGLAMENTO”

*Art. 386 El reglamento de suscripción de acciones contendrá:
(...)*

3) El plazo de la oferta, que no será menor de quince días ni excederá de tres meses.”

A ese propósito es pertinente remitirse a la doctrina que de tiempo atrás ha sostenido este Despacho en torno al contrato de suscripción de acciones, sobre la cual ilustra el oficio AN-39536 del 4 de octubre de 1988, publicado en el libro de doctrinas y conceptos año de 1995, páginas 207 a 212 en el que se recapitulan algunos aspectos, incluido el de la oferta, así:

“El aludido contrato es por su propia naturaleza consensual, esto es, que para su perfeccionamiento basta el acuerdo de voluntades. Tiene su origen en la oferta (precontrato) que la sociedad emisora formula a sus accionistas, terceros, o a ambos. Dicha oferta para que sea vinculante debe cumplir con la totalidad de los requisitos señalados por la ley para su existencia, eficacia y validez.

De ordinario, la oferta no está sujeta a solemnidades especiales (artículo 845 del Código de Comercio) sin embargo y conforme a lo prescrito por el inciso 2° del artículo 388 idem, la oferta en los casos de suscripción de acciones con derecho de preferencia, debe efectuarse por los mismos medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria, es decir, que por expresa disposición legal tal oferta es solemne.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo observado en el párrafo anterior respecto a que la oferta en los eventos de suscripción de acciones con derecho de preferencia, es un acto jurídico unilateral solemne, se concluye que si la oferta realizada, carece de alguna solemnidad exigida con sentido sustancial, no se configura es decir, que no se estructura el acto y por ende no puede producir efecto alguno (artículo 898 del Código de Comercio).

Con fundamento en la conclusión antes enunciada resulta que al no configurarse el acto jurídico unilateral solemne (oferta) no surge ningún compromiso de la sociedad con sus accionistas y, al no existir propuesta mal podría ser aceptada”.

La solemnidad de la oferta no resuelve el tema propuesto, pero si permite confirmar que la naturaleza de las normas que regulan este contrato, son imperativas, lo que significa que no son susceptibles de ser modificadas por la voluntad de las partes, la que deberá ceñirse a la regulación establecida por la ley, pues de acuerdo con el artículo 1° del Código de Comercio, “Los comerciantes y asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

En este sentido, el artículo 388 del mismo Código de Comercio, modificado por la ley 222 de 1995, dispone lo siguiente:

“Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento. En éste se indicará el plazo para suscribir, que no será inferior a quince días contados desde la fecha de la oferta.”

Aprobado el reglamento por la Superintendencia, dentro de los quince días siguientes, el representante legal de la sociedad ofrecerá las acciones por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria a la asamblea ordinaria.....”

La aprobación de la Superintendencia de Sociedades a que alude la norma anterior, hace referencia a la autorización que el artículo 390 del estatuto mercantil consagraba para la colocación de acciones, exigencia que fue modificada por el artículos 84 numeral 9 y 85 numeral 3 de la Ley 222 de 1995, a partir de la cual solo procede la intervención de la Entidad cuando se trate de la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas que pretendan adelantar sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, o de colocación de acciones de cualquier tipo que pretendan efectuar sociedades que por una u otras circunstancias estén sometidas al control de este organismo.

Así, conforme a las disposiciones legales mencionadas se tiene que una vez aprobado el reglamento de suscripción por el órgano social competente, la sociedad dispone de un plazo máximo de quince días hábiles para ofrecer las acciones con sujeción a los términos y condiciones establecidas en el reglamento respectivo, atendiendo como fue visto, que en ningún caso el plazo de la oferta podrá ser inferior a 15 días, ni exceder de tres meses, lo que excluye la posibilidad de modificar este término o condicionar su eficacia a circunstancia alguna.

En este orden de ideas ha de ser claro que uno es el término para que la sociedad formule la oferta de las acciones objeto de la suscripción proyectada, el cual se cuenta desde la fecha en que el órgano social competente aprueba el reglamento de colocación respectivo, y otro, el plazo de la oferta, eso es el tiempo de que podrán disponer los destinatarios para manifestar su aceptación y perfeccionar por ende el contrato, el que no será inferior a 15 días y ni superior 3 meses, contados a partir de la fecha de expedición del correspondiente aviso:

De ahí que ni el tiempo que transcurra entre la fecha de aprobación del reglamento de suscripción y la fecha en que se efectúe la propuesta, ni el plazo que se estipule en ésta para que los accionistas manifiesten su intención de suscribir acciones ofrecidas, puede ser indefinido.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 del C.C.A. no sin antes señalar que en la P. Web puede consultar entre otros la normatividad, los conceptos que la Entidad emite, como la Circular Básica Jurídica.