

**OFICIO 220-253545 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2017**

**REF: PRELACION DE GARANTÍAS MOBILIARIAS FRENTE A PROCESOS DE INSOLVENCIA- RADICACIÓN 2017-01-525693 10/10/2017**

Me refiero a su comunicación radicada con el número citado, mediante la cual formula una consulta sobre la presunta oposición entre normas de orden público y la ley de Garantías Mobiliarias, en detrimento de los derechos de los trabajadores, la que se concreta en los siguientes términos:

“En aras de aclarar la confusión en disposiciones de orden público y la ley de garantía mobiliaria; respetuosamente me permito realizar la siguiente pregunta,

Consideramos que La prelación en la Ley de garantía mobiliaria frente a procesos de insolvencia, va en franca contradicción con la prelación de créditos establecida en el código civil, vulnerando derechos de los trabajadores en éste aspecto, toda vez que según dispone la norma "Artículo 52. Prolación en los procesos de insolvencia del garante. La prelación de las garantías mobiliarias en los procesos de insolvencia, se sujetará a lo previsto en esta ley sin perjuicio de la aplicación de las reglas pertinentes contenidas en la Ley 1116 de 2006",

La pregunta es, como justifica la superintendencia ésta situación, donde una ley especial modifica una ley de orden público en detrimento de los derechos de un sector de la sociedad como son los trabajadores?”

Como quiera que ya este Despacho se ha ocupado del tema y mediante Oficio No. 220-226554 de 201 emitíó el concepto a que hubo lugar, procede a continuación reproducir los apartes pertinentes.

*“1) Como es sabido, la ley de garantías hace una profunda redefinición funcional del concepto de garantías sobre bienes muebles, permitiendo gran flexibilidad en la utilización de los mismos para acceder al crédito. Así mismo crea un registro nacional de garantías que ofrecerá transparencia y economía en la constitución de gravámenes. Finalmente, la iniciativa crea un mecanismo ágil de resolución de conflictos que regula los derechos de los deudores y acreedores.*

*ii) Ahora bien, el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, que trata de las Garantías Reales en los Procesos de Liquidación Judicial, preceptúa que “Los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía siempre y cuando la garantía esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley.*

*Si el valor del bien dado en garantía no supera o es inferior al valor de la obligación garantizada este bien podrá ser directamente adjudicado por el juez del concurso al acreedor garantizado.*

*Si el valor del bien supera el valor de la obligación garantizada, el producto de la enajenación se adjudicará en primera medida al acreedor garantizado y el remanente se aplicará a los demás acreedores en el orden de prelación legal correspondiente. El acreedor garantizado podrá optar por quedarse con el bien en garantía y pagar el saldo al liquidador para que lo aplique al pago de los demás acreedores.*

*De operar el pago por adjudicación, al acreedor garantizado se le adjudicará el bien hasta concurrencia del valor de la obligación garantizada y el remanente será adjudicado a los demás acreedores en el orden de prelación legal.*

*En todo caso, lo establecido en el presente artículo no aplicará en detrimento de derechos pensionales.*

*PARÁGRAFO. La exclusión de los bienes en garantía en los procesos de liquidación judicial se hará sin perjuicio de los acuerdos que puedan celebrarse entre el acreedor garantizado y el liquidador, cuando los bienes en garantía hagan parte de la unidad de explotación económica del deudor y esta pueda venderse en los términos del párrafo del artículo 81 de la Ley 1116 de 2006. Enajenado el bien en garantía el liquidador asignará al acreedor garantizado el valor del bien dado en garantía o podrá optar por pagar previo a la enajenación un importe equivalente al valor del bien dado en garantía y proceder a la enajenación en el curso del proceso". (El llamado es nuestro)*

*iii) Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que la misma regula los siguientes aspectos: a) que los bienes en garantía de propiedad del deudor concursado, podrán excluirse del patrimonio liquidable; b) que para tal efecto la garantía debe estar inscrita en el registro de garantías mobiliarias o en el registro especial, de acuerdo al acto o naturaleza de los bienes; c) la adjudicación por parte del juez del concurso de los bienes dados en garantía o la adjudicación del producto de la enajenación de los mismos al acreedor garantizado, dependiendo si el valor del bien no supera o es inferior al valor de la obligación garantizada o si el valor del bien supera el de la obligación garantizada; d) que la adjudicación del bien será hasta concurrencia del valor de la obligación garantizada; y e) que en todo caso, lo allí establecido no se aplicará en detrimento de los derechos pensionales.*

*iv) Si bien la mencionada disposición consagra la posibilidad de excluir de la masa de la liquidación los bienes en garantía de propiedad del deudor, no es menos*

*cierto que la misma exige como requisito de procedibilidad que la garantía esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias que se lleva ante Confecámaras o en el registro especial, de acuerdo al acto o la naturaleza de los bienes.*

*v) En consecuencia, no es viable excluir un bien garantizado que no se encuentre inscrito en el registro de garantías mobiliarias.*

*vi) De otra parte, es de advertirse que en el evento de que existan derechos pensionales, no es posible adelantar la exclusión de bienes en garantía de propiedad del deudor, dentro de un proceso de liquidación judicial, por prohibición expresa de la ley.*

*vii) Pues, como es sabido, la ley determina el orden y la prelación en que deben pagarse los créditos a cargo del deudor concursado. Por lo tanto, tratándose de un proceso de liquidación judicial, el liquidador al elaborar el proyecto de calificación y graduación de créditos deberá tener en cuenta la prelación para el pago consagrada en el Código Civil, y demás normas concordantes.*

*En efecto, el Código Civil a partir del artículo 2495 y siguientes clasifica los créditos en cinco categorías según la naturaleza de los mismos, de las cuales las cuatro primeras son preferenciales.*

*Ahora bien, los créditos de la primera clase, los cuales gozan de la preferencia general porque pueden hacerse efectivos preferentemente sobre todos los bienes del deudor, afectando los bienes adscritos a los créditos de la segunda y tercera clase, es decir, los bienes amparados con garantía prendaria e hipotecaria, dentro de los que se encuentran comprendidos no solamente los créditos a que alude el artículo 2495 ibídem, sino también los consagrados en otras disposiciones y/o sentencias de la Corte Constitución que protegen los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad a tener derecho al mínimo vital para su congrua subsistencia, como lo veremos a continuación:*

*Primera Clase:*

*Pertenece a esta categoría, de conformidad con el artículo 2495 ya mencionado y demás normas que lo complementan, entre otros los siguientes:*

*a) Las mesadas pensionales atrasadas, según Sentencia T- 458/97 del 24 de septiembre de 1997 de la Corte Constitucional.*

*b) Los laborales, es decir, los ciertos y exigibles a favor de los trabajadores por concepto de salarios, vacaciones, intereses e indemnizaciones, etc.*

c) Los créditos derivados del mandato que ha ejecutado el mandatario, el cual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1277 del Código de Comercio, tendrá derecho a pagarse sus créditos, con las sumas que tenga en su poder por cuenta del mandante, y, en todo caso, con la preferencia concedida en las leyes a los salarios, sueldos y demás prestaciones provenientes de relaciones laborales.

d) Los créditos causados a favor de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, por concepto de aportes (Leyes 50 de 1990 y 100 de 1993)

e) Los créditos por concepto de alimentos en favor de menores, los cuales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989, “pertenecen a la quinta causa de los créditos de primera clase y se regulan por las normas del presente capítulo y, en lo allí no previsto, por las normas del Código Civil y de Procedimiento Civil”. (El llamado es nuestro).

f) Los fiscales, esto es, los causados a favor de la Nación (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), los departamentos y los municipios por concepto de impuestos, tasas y contribuciones.

g) Parafiscales, es decir, aquellos que a pesar de no tener origen en impuestos, tasas y contribuciones la ley los asimila a éstos y son los causados a favor de las entidades públicas, a saber: Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por concepto de aportes en el porcentaje señalado en la ley.

h) Igual circunstancia, se predica respecto de los de gastos de administración, los cuales deben pagarse en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, el cual prevé que “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 o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de facilidades de pago a que hace referencia el parágrafo del artículo 10 y el parágrafo 2º del artículo 34 de esta ley”. (El llamado es nuestro).

viii) Del análisis de la norma antes mencionada, se desprende que por regla general la ley dispone que los gastos de administración deberán atenderse de manera preferente, es decir, a medida que se vayan causando y se hagan exigibles, conservando los acreedores el derecho de ejecución individual por su no

*pago. Sin perjuicio de ello, y como consecuencia de la protección de los derechos fundamentales, y acogiendo criterios de la Corte Constitucional en varios fallos de tutela, la mencionada disposición consagra que la preferencia no afecta las mesadas pensionales ni las contribuciones parafiscales de origen laboral (entiéndase créditos laborales) causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial o liquidación por adjudicación, según el caso, lo cual denota el interés del legislador de proteger los derechos de pensionados y trabajadores.*

*ix) En resumen se tiene: 1) que la principal novedad que trae la reforma concursal de la Ley 1676 de 2013, en torno a la regulación de los procesos de liquidación judicial, es el permitir la exclusión de la masa liquidable de los bienes garantizados, siempre y cuando la garantía se encuentre debidamente registrada; 2) sin embargo, si existen acreedores pensionales que se puedan ver afectados con dicha medida, la exclusión no podría aplicarse; y 3) que la preferencia de los derechos pensionales solamente se da respecto de los créditos que conforman esta categoría, es decir, que la misma no se podría hacer extensiva a otros créditos de la primera clase, por sustracción de materia.*

*Será igualmente posible vender la empresa como unidad económica (incluyendo bienes en garantía que podrían excluirse), evento en el cual, antes o después de la enajenación global, el acreedor garantizado tendrá derecho a que del resultado de la enajenación le sea pagada de forma preferente su obligación. En efecto, se consolida la tendencia a excluir de los concursos los bienes gravados con garantías.*

*Sin embargo, frente a la protección especial de los derechos pensionales, llama la atención el hecho de que el legislador no haya considerado los intereses de otros acreedores como por ejemplo, los laborales. Ahora, de haberlo permitido, serían escasos los eventos en que las exclusiones serían aplicables; no obstante, en el ambiente judicial y legal existente en Colombia caracterizado por ser altamente proteccionista de los derechos laborales (y no siempre sin razón), esta norma no dejará de ser comentada y posiblemente su constitucionalidad sea impugnada.”*

Como puede apreciarse, en la lectura del documento transcrito hay suficiente desarrollo con respecto al tema consultado, según el cual la ley procesal y la ley sustancial fueron modificadas por la Ley de Garantías Mobiliarias, en el sentido de excluir de la prelación de créditos las obligaciones garantizadas con garantías mobiliarias y con el propósito de darle un manejo concursal especial al pago de tales obligaciones.

Para mayor ilustración, puede consultarse la página Web de la Entidad, [www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co), donde se encuentra entre otros, la normatividad,

los conceptos jurídicos, la cartilla sobre régimen de insolvencia y la compilación de jurisprudencia concursal.

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, con la advertencia de que los conceptos proferidos en esta instancia tienen los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.