

OFICIO 220- 180082 24 DE AGOSTO DE 2023

ASUNTO NO ES VIABLE LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS SOBRE LAS RESERVAS DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia mediante la cual plantea una consulta en los siguientes términos:

1. ¿Es posible constituir una garantía mobiliaria (Ley 1676 de 2013) sobre las reservas **legales** de una **sociedad anónima** (Art 452 del Código de Comercio)?
2. ¿Es posible constituir una garantía mobiliaria (Ley 1676 de 2013) sobre las reservas **estatutarias** de una **sociedad comercial** (Art 453 del Código de Comercio)?
3. ¿Es posible constituir una garantía mobiliaria (Ley 1676 de 2013) sobre las reservas **ocasionales** de una **sociedad comercial** (Art 453 del Código de Comercio)?
4. En caso de que se pudiese constituir dichas garantías, ¿Cómo operaría el registro y/o ejecución de esas garantías?
5. En caso de que se pudiese constituir la garantía, y la sociedad deudora ingresara a un proceso concursal (reorganización y liquidación) ¿Cómo operaría la ejecución de la garantía?”

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (numeral 2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Entidad, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus

competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

De ahí que sus respuestas en esta instancia, no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o a sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad o por los despachos judiciales, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos de las entidades que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como Juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a estudiar sus inquietudes advirtiendo que, toda vez que el caso al que se refiere su consulta es particular, la entidad no se referirá concretamente al mismo y, en consecuencia, la respuesta que en este escrito se emita se realiza en términos generales y abstractos, más no referida a las situaciones particulares planteadas en su escrito.

Entrando en materia, este Despacho ha indicado lo siguiente sobre las reservas establecidas en la legislación comercial:

“(…) Así, se tiene que de acuerdo con la normatividad mercantil, las reservas representan recursos retenidos por el ente económico, tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u ocasionales”; las reservas legales son las establecidas en la ley con una finalidad de orden público, pues pretende la protección del patrimonio social y no pueden ser variadas por el ente social; las reservas estatutarias son las consagradas expresamente en los estatutos con una finalidad específica, y las ocasionales son aquellas dispuestas por el máximo órgano social conforme a lo previsto en los estatutos, que sólo rigen para el fin indicado y el ejercicio social en que son decretadas.”¹

¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-210006 (20 de diciembre de 2018). Asunto: CONSTITUCIÓN DE RESERVAS PARA FUTURA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-210006+DE+2018.pdf/f4a7b4c5-b54b-c47a-e476-4e5d4235a6cd?version=1.2&t=1670901787677>

De otra parte, en relación con las garantías mobiliarias, la Ley 1676 de 2013² en su artículo 1 señala que las normas contenidas en la ley “tienen como propósito incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas.”

A su vez, el artículo 3 de la ley antes citada, se refiere al concepto de garantía mobiliaria y al ámbito de aplicación, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3o. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria 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.

Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas,

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1676 (20 de agosto de 2013), “Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”

patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley. (...)

Ahora bien, teniendo claro el concepto de las reservas y de las garantías mobiliarias, es posible señalar que sobre las primeras no es posible constituir una garantía mobiliaria. Las reservas se reflejan en un registro contable de la sociedad que no constituye un bien de propiedad de la misma y que tampoco podría ser ejecutada.

Sin perjuicio de lo anterior, cosa distinta sería que, por ejemplo, constituida una reserva ocasional o estatutaria cuya destinación sea adquirir un bien mueble, ésta se materializara con la adquisición del bien y sobre éste se constituyera una garantía mobiliaria.

Por lo tanto, es posible afirmar bajo una óptica jurídica diáfana que, respecto de las inquietudes 1, 2 y 3, no es posible constituir garantía mobiliaria sobre las reservas de una compañía.

Lo anterior, lleva a descartar de plano las preguntas formuladas en los numerales 4 y 5 de la consulta.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y el aplicativo Tesauro.