

CAPÍTULO III

COLOMBIA RÉGIMEN LEGAL DE LAS GARANTÍAS O CAUCIONES

Preparado por Marcela Becerra Cortés con la colaboración de Lucía Inés Orozco Daza

INTRODUCCIÓN

Las garantías son en esencia un contrato accesorio, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Su subsistencia, por tanto, está ligada a la existencia de la principal.

Para el caso específico del crédito, lo que se busca con la garantía es amparar la obligación del deudor de cumplir con el pago del préstamo que se le ha otorgado, disminuyendo de esta forma el riesgo de un eventual incumplimiento.

Por tanto, la función de la garantía es asegurar al acreedor el riesgo implícito en el crédito, es decir, la contingencia de que se produzcan pérdidas como consecuencia del deterioro de la calidad del préstamo que haya otorgado.

Ese amparo en ningún momento debe confundirse con la obligación principal de pago, es decir, la garantía debe restringirse a su función de amparar el cumplimiento de la obligación independientemente de ella y sólo en caso de incumplimiento y, como última alternativa, servir como fuente de pago (básicamente mediante la dación en pago).

I. GENERALIDADES

La Ley Civil colombiana define la caución o garantía como “cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.¹

Las cauciones o garantías pueden ser reales y personales. Son del tipo real la hipoteca, la prenda y la anticresis; por su parte se consideran garantías personales, entre otras, la fianza y la solidaridad.

La anterior clasificación se fundamenta en el tipo de derecho que da lugar a la garantía, es decir, las garantías reales se refieren o recaen sobre bienes definidos, de donde resultan para el acreedor los derechos privilegiados de

¹ Código Civil, artículo 65

preferencia o prelación en el pago y persecución de los bienes que sirven de garantía en manos de quien se encuentren.

Por su parte, las garantías personales se constituyen sobre obligaciones que adquiere una persona y que se traducen en derechos de crédito para su titular, siendo su respaldo el patrimonio del obligado.

A continuación se realiza un análisis detallado de los diferentes tipos de garantía, así como de los derechos y privilegios que confieren al acreedor.

II. GARANTÍAS PERSONALES

Este tipo de garantía se refiere a la obligación que adquiere un tercero o garante de cancelar la obligación del deudor en el evento de que este incumpla al acreedor. Las garantías personales más representativas, son la fianza, la solidaridad, y el aval.

A. Fianza

La fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual, una o más personas responden de una obligación ajena si el deudor principal la incumple en todo o en parte.²

Para afianzar es necesario tener capacidad de obligarse por sí mismo y obtener autorización judicial cuando no se tiene la libre administración de los propios bienes.³ Es también necesario tener suficientes bienes para responder por la obligación y estar domiciliado en el territorio de la República.⁴

1. Constitución

La fianza no está sujeta a solemnidades especiales, sino que puede constituirse por documento privado, y sin el consentimiento y aún contra la voluntad del afianzado.⁵

2. Modalidades

La fianza puede ser con o sin límite en la cuantía, está sujeta al pago de impuesto de timbre y puede ser abierta o cerrada, con o sin límite en el tiempo en el caso de ser abierta.

² Ibidem, artículo 2361

³ Ibidem, artículo 2368

⁴ Ibidem, artículo 2376

⁵ Ibidem, artículo 2371

Igualmente, la fianza puede ser solidaria. Cuando es solidaria el fiador reconvenido debe cancelar la totalidad del saldo insoluto teniendo acción contra el deudor principal y los otros fiadores. Cuando no se ha pactado expresamente la solidaridad, cada fiador responderá sólo por su cuota parte en el total del saldo insoluto de la deuda. Este es el llamado beneficio de división.⁶

Conviene aclarar que no importa de qué clase sea la obligación debida por el deudor principal, el fiador siempre se obliga al pago de una suma de dinero ante el incumplimiento de aquél.⁷

Puede afianzarse no solo una obligación pura y simple, sino una obligación condicional y a plazo.⁸

3. Beneficio de excusión

Este es un beneficio que, al igual que el de división, está en cabeza del fiador. Consiste en que una vez reconvenido el fiador, puede solicitar que antes de que se proceda contra él, se persiga el pago de la deuda con los bienes del deudor principal.⁹ Para ello es necesario:

- Que no se haya renunciado al beneficio,
- Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario,
- Que el beneficio se oponga luego de requerido el fiador,
- Que se señalen bienes del deudor principal,
- El beneficio de excusión no puede oponerse sino una sola vez.

4. Extinción de la fianza

Se extingue la obligación del fiador principalmente por el relevo concedido por el acreedor; por haber perdido el acreedor por hecho o culpa suya las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse, y por la extinción de la obligación principal.¹⁰

Si hubiere muchos deudores principales y solidarios, el que los ha afianzado a todos podrá demandar a cada uno de ellos el total de la deuda, en los términos del artículo 2395 del Código Civil, pero el

⁶ Ibidem, artículo 2392

⁷ Ibidem, artículo 2369

⁸ Ibidem, artículo 2365

⁹ Ibidem, artículo 2383

¹⁰ Ibidem, artículo 2406

fiador particular de uno de ellos sólo contra él podrá repetir por el todo y no tendrá contra los otros sino las acciones que le correspondan, como subrogado en las del deudor a quien ha afianzado.

B. Solidaridad

Es un vínculo jurídico que expresamente contraen las partes, por medio del cual el acreedor puede exigir a uno cualquiera de los varios deudores de una obligación que la cumpla en su totalidad.¹¹

La solidaridad pasiva, que se predica de los deudores solidarios o codeudores, cumple la función de otorgar al acreedor la garantía ilimitada de varios sujetos, y con ello, de varios patrimonios simultáneamente deudores y, por ende, responsables de una misma obligación.

Es decir, cada uno de los obligados debe simultáneamente la misma prestación, pero una sola. Cualesquiera que sean las vicisitudes porque pase la relación solidaria, subsiste el nexo hasta cuando el interés del acreedor sea satisfecho totalmente o la obligación se extinga por otro medio.

Para que exista la solidaridad esta debe ser expresamente declarada (no se presume, salvo en el derecho mercantil).¹²

El acreedor podrá dirigir su demanda de pago contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que éste pueda oponer el beneficio de división.¹³

C. Aval

El aval es una garantía típicamente cambiaria, o sea, una garantía por la cual se asegura en todo o en parte el pago de un título valor.¹⁴ El avalista, puede ser persona natural o persona jurídica. El aval puede constar en el mismo título, o en hoja adherida a él.¹⁵ Para otorgarlo en el título deberá insertarse la firma de quien lo presta, la indicación de ser "por aval" u otra expresión equivalente, la mención de la cantidad asegurada y la persona avalada.

Para otorgarlo en hoja adherida a él, se deberán especificar los datos, la modalidad y el alcance del aval otorgado, teniendo presente que la

¹¹ Ibidem, artículos 1568 y siguientes

¹² Ibidem, artículo 1568 y Código de Comercio, artículo 632

¹³ Ibidem, artículo 1571

¹⁴ Código de Comercio, artículo 633

¹⁵ Ibidem, artículo 634

negociación del título valor implicará la transferencia de la garantía que surge de aquel.¹⁶

1. Partes que intervienen

- El avalista es quien da la voluntad de otorgar la garantía. Dicho consentimiento se manifiesta mediante su firma colocada en el título valor o en hoja adherida a él.
- El avalado es quien suscribe el título valor, el obligado al pago del mismo.
- El beneficiario es el titular de los derechos contenidos en el título valor. Es la entidad a favor de la cual se constituye el aval.

El aval es útil porque el avalista garantiza que el título valor se pagará; no que el avalado pagará. Por esa razón debe verificarse la solvencia económica de quien está avalando el título.

2. Limitaciones

De acuerdo con el Artículo 637 del Código de Comercio (C. Co.), en el aval debe indicarse la persona avalada, si no se dice nada se entiende que quedan garantizadas todas las partes vinculadas al título, es decir, giradores, aceptantes, endosantes.

El aval puede garantizar la totalidad o una parte del importe del título. Si no se expresa nada al respecto se entenderá que se garantiza la totalidad.¹⁷

El aval debe ser puro y simple, es decir, no puede estar sujeto al cumplimiento de un plazo o condición diferente al plazo para el vencimiento del título valor.

Para el otorgamiento del aval no se requiere utilizar una fórmula determinada. Puede expresarse por ejemplo, "por aval en garantía" u otra equivalente, acompañada del nombre de la persona que se avala.

La obligación que adquiere el avalista es pura y simple, autónoma e independiente de la obligación del avalado y de los demás participantes en el título valor (endosantes, giradores u otorgantes), es decir, que si la obligación de aquel o aquellos se invalida por

¹⁶ Ibidem, artículo 634

¹⁷ Ibidem, artículo 635

cualquier causa legal, la del avalista no se invalida por esa razón sino que conserva totalmente su eficacia.

3. Requisitos

Los requisitos del aval son los siguientes:

- Consentimiento del avalista, el cual se expresa con la firma colocada en el título valor o en documento separado.
- Este aval o garantía debe ser incondicional
- El aval puede otorgarse por cantidad menor a la incorporada en el título.
- Se debe identificar el avalado
- En el aval no se garantiza la obligación de una persona determinada, sino que se asume una determinada posición cambiaria (la del avalado) para responder desde ella por el pago del título valor. Por lo tanto, el aval es considerado como el prototipo de la garantía cambiaria y autónoma, es decir, independiente de la obligación principal.

Esta garantía (aval) la puede otorgar una de las personas que se encuentren vinculadas en la relación cambiaria original del título, por ejemplo, uno de los obligados principales puede avalar el título valor mediante otra firma impuesta en calidad de avalista.

Cuando una obligación está a cargo de varios deudores principales, la persona que firma como avalista debe determinar la persona avalada, pues si no se determina se entiende que todos los obligados fueron avalados.¹⁸

III GARANTÍAS REALES

Son las que afectan un bien determinado otorgando los derechos de preferencia y de persecución al acreedor. En estas garantías la posibilidad de cobro se vincula con la precisa y correcta individualización del bien.

Las garantías reales pueden ser constituidas por el mismo deudor o por un tercero, exigiéndose en todos los casos que se trate del propietario del bien.

18 Ibidem, artículo 637

Como ya se dijo, estas garantías otorgan un privilegio de cobro al acreedor, aún en el caso de concordato o liquidación obligatoria del propietario del bien dado en garantía. De ahí su importancia para el acreedor para la seguridad de sus acreencias.

A. Hipoteca

La hipoteca es un contrato accesorio que consiste en constituir un gravamen a la propiedad que se tiene sobre un inmueble, nave o aeronave, en virtud del cual el inmueble, nave o aeronave queda afectado al pago de una obligación. Es decir, si no se cumple con la obligación, se pagará al acreedor con el producto de la venta forzada del bien o adjudicándosele como resultado de un proceso ejecutivo o similar.

La hipoteca solo puede ser otorgada por quien tenga la calidad de dueño del bien que se ofrece en garantía.¹⁹

Puede constituirse para garantizar obligaciones propias y/o de terceros.

1. Modalidades de la hipoteca

En cuanto a las obligaciones que garantiza, puede ser cerrada o abierta. Será cerrada cuando garantice exclusivamente el pago de una o varias obligaciones que determinen las partes en el contrato de hipoteca, y abierta cuando garantice cualquier tipo de obligación que estuviere ya contraída por el deudor en favor del acreedor hipotecario, o que contraiga con posterioridad a la celebración del contrato de hipoteca.

En cuanto al monto garantizado puede ser con o sin límite en la cuantía. Será con límite cuando garantice obligaciones por un monto determinado, y sin límite cuando tal monto no se determine.

En relación con la preferencia como se pagará el crédito, puede ser de primero, segundo o más grados. El grado de la hipoteca lo determina la fecha de inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la escritura por la cual se constituye el gravamen. Así, será de primer grado la hipoteca cuya fecha de registro sea más antigua, de segundo grado, la que sigue en orden de fecha de inscripción y así sucesivamente.

19 Código Civil, artículo 2439

2. Formalidades para la validez de la hipoteca

La hipoteca es un contrato que debe celebrarse por escritura pública. Para que la escritura pública de hipoteca tenga plena eficacia y validez ante terceros, debe ser inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva, dentro de los noventa (90) días siguientes a su otorgamiento.²⁰

El registro de la hipoteca de naves contendrá, además de las indicaciones esenciales, el número y fecha de la escritura y la notaría en que se otorgó, so pena de invalidez.

La inscripción de la escritura de hipoteca de naves sólo podrá hacerse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la escritura, si se otorgó en el país, y a los noventa (90) días siguientes, si se otorgó en el extranjero, so pena de invalidez.²¹

3. Privilegios

El crédito hipotecario es una garantía privilegiada, pues tiene preferencia sobre otras acreencias y el bien puede ser perseguido en manos de quien lo posea, cualquiera que sea el título mediante el cual lo haya adquirido (de propiedad, de arrendamiento, usufructo, etc.).

B. Anticresis

La anticresis es también una garantía real, accesoria, por la cual un deudor o un tercero da al acreedor la posesión de un bien de su propiedad para que tome de él los frutos, productos o rentas que produce y los aplique al pago de la obligación adquirida y, en primer lugar, a los intereses que ésta genere.²²

A este contrato son aplicables, en cuanto no lo contraríen o sean incompatibles, las normas que regulan el derecho de usufructo y el contrato de arrendamiento.²³

El acreedor que recibe el bien está obligado a hacerlo producir y a pagar los impuestos que lo graven, así como los gastos que requiera su conservación, deduciendo su importe del valor de los frutos o repitiéndolos contra el deudor.

²⁰ Código Civil, artículo 2435. en concordancia con el artículo 32 del Decreto 1250 de 1970, norma que establece: "La hipoteca y el patrimonio de familia inembargable sólo podrán inscribirse en el registro dentro de los noventa (90) días siguientes a su otorgamiento".

²¹ Código de Comercio, artículo 1572

²² Código Civil, artículo 2458 y siguientes

²³ Código Civil, artículo 2461 y 2463

1. Clases

La anticresis es civil o comercial; la anticresis civil solamente recae sobre inmueble²⁴. Por su parte, la anticresis comercial puede recaer sobre todo tipo de bienes.²⁵ (artículo 1221 C. Co.).

2. Formas de constitución

Si la anticresis recae sobre un bien inmueble, no necesariamente debe constituirse por escritura pública e inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, pero el cumplimiento de dicha formalidad le da al contrato publicidad frente a terceros, quedando obligados a respetar los derechos del acreedor anticrético todos los adquirentes y titulares de gravámenes constituidos con posterioridad a su inscripción.

Cuando la anticresis recaiga sobre establecimientos de comercio deberá constituirse por documento que puede ser público o privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente, para que produzca efectos entre partes.²⁶

En todos los casos el contrato se perfeccionará con la entrega del bien al acreedor.

3. Privilegio

La anticresis no da, por sí sola, al acreedor un derecho real sobre la cosa entregada. En ningún caso el acreedor podrá hacerse dueño del bien entregado por falta de pago, ni tendrá preferencia en él sobre los otros acreedores.²⁷

Es por esta razón que, usualmente, la anticresis se celebra como accesorio de otro contrato real de garantía, ya sea prenda o hipoteca, dependiendo del tipo de bien sobre el que recaiga.²⁸

4. Anticresis de establecimientos de comercio

La anticresis de establecimientos de comercio obliga al deudor a ejercer, permanentemente, actividades de control, conservando el carácter de comerciante. Tanto deudor como acreedor anticrético

²⁴ Ibidem, artículo 2458

²⁵ Código de Comercio, artículo 1221

²⁶ Ibidem, artículos 533 y 526

²⁷ Código Civil, artículo 2461 y 2464

²⁸ Ibidem, artículo 2462

son solidariamente responsables respecto de los negocios relacionados con el establecimiento de comercio.

C. Prenda

Es, al igual que la hipoteca, un contrato accesorio de garantía, que consiste en gravar el derecho de propiedad que se tiene sobre bienes muebles, afectándolos al pago de una obligación.²⁹ Sólo puede ser constituida por quien tenga la calidad de dueño de los muebles que se gravan, para garantizar obligaciones propias o de terceros.

1. Clases

La prenda es civil o comercial. La prenda civil siempre implica la entrega de los bienes pignorados al acreedor, en tanto que en la comercial el acreedor puede en algunos casos permitir al deudor que conserve la tenencia de los bienes.

En desarrollo de lo anterior, tratándose de bancos o establecimientos de crédito en general, las relaciones con sus clientes se rigen por las normas del Código de Comercio, razón por la cual se hace referencia exclusiva a la prenda comercial.

2. Formas de constitución

Si la prenda es con tenencia, se perfecciona por acuerdo entre las partes, pero el acreedor no tendrá el privilegio que surge del gravamen sino a partir de la entrega del bien pignorado al acreedor o a un tercero designado por las partes. Esta prenda no admite la constitución de sucesivos gravámenes sobre el mismo bien, ni permite que el acreedor se sirva de la cosa sin consentimiento del propietario.

La prenda sin tenencia se constituye por documento que puede ser público o privado, pero solo produce efectos frente a terceros a partir de la fecha de su inscripción en el registro mercantil del lugar o lugares en que han de permanecer los bienes. Por su parte, la prenda de vehículo deberá registrarse en el lugar que determine ley. En este caso, es posible constituir nuevos gravámenes sobre el mismo bien, determinándose la prelación que tendrán por la fecha de registro a semejanza del grado en las hipotecas.

²⁹ Código Civil, artículo 2409 y Código de Comercio, artículo 1200

3. Modalidades

La prenda comercial puede ser, desde el punto de vista de la tenencia de los bienes, con o sin tenencia. La prenda sin tenencia sólo es posible constituirla cuando se trate de bienes necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación, y en aquellos casos en los que la ley expresamente la autorice.

Desde el punto de vista de las obligaciones garantizadas, puede ser abierta o cerrada, al igual que la hipoteca. Si es cerrada, está sujeta al impuesto de timbre; de lo contrario, no causa ningún gravamen impositivo. Cuando se constituya abierta para garantizar además obligaciones futuras, siempre deberá determinarse claramente el plazo y la cuantía del contrato.

La prenda en general, termina con la cancelación de los créditos que ampara, pero en el caso de la prenda sin tenencia debe registrarse la circunstancia de su cancelación en la Cámara de Comercio, para así darle publicidad al acto ante terceros.

Si durante la vigencia de una prenda sin tenencia es necesario cambiar el lugar de ubicación de los bienes, debe mediar acuerdo escrito entre el deudor y el acreedor, acuerdo que debe registrarse igualmente en la Cámara de Comercio, tanto en el registro original como en el de la nueva ubicación.

El deudor o constituyente de la prenda está obligado a permitir que el acreedor inspeccione regularmente el estado de los bienes objeto de su garantía. La renuencia a esta inspección por parte del deudor constituye causal de aceleración del plazo de la obligación garantizada.

La ejecución por parte del acreedor de ese derecho de inspección es lo que permite, en la mayoría de los casos, darle el carácter de garantía admisible a la prenda sin tenencia.

Aunque los bienes gravados con prenda son susceptibles de ser vendidos, el contrato de prenda subsiste. Si se vende un bien gravado con prenda con tenencia del acreedor, éste puede conservar los bienes hasta el momento en que se cancele su acreencia (derecho de retención).

Si el bien vendido está gravado con prenda sin tenencia, para que se realice la transferencia de la propiedad debe mediar la aceptación del acreedor prendario o cancelación total de la deuda, en nota suscrita por el acreedor, la cual debe consignarse en

el respectivo documento. En caso de autorización del acreedor, el comprador quedará obligado a respetar el contrato de prenda. Si el deudor enajena sin cumplir este requisito la tradición sería nula. Además, si de ello se deriva perjuicio al acreedor, el deudor incurriría en la conducta tipificada en el artículo 255 del Código Penal denominada "Disposición de Bien Propio Gravado con Prenda", que está sancionada con una pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión y multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La acción derivada de la prenda con tenencia prescribe a los cuatro (4) años del vencimiento de la obligación u obligaciones garantizadas; en la prenda sin tenencia el término de prescripción es de dos (2) años. Estos términos se deben tener en cuenta para iniciar las acciones ejecutivas prendarias correspondientes.

4. Prenda con tenencia

Cuando se constituye la prenda con tenencia sobre bienes para respaldar créditos, deberá solicitarse al deudor (o dueño tercero - persona diferente del deudor, según el caso) la entrega del bien. Es de anotar que los gastos de tenencia, custodia y conservación del bien dado en prenda, serán de cargo del deudor o del constituyente de la misma.

El contrato de prenda con tenencia más utilizado es el que recae sobre títulos valores, en donde debe tenerse cuidado en verificar los siguientes aspectos:

- Comprobar que la ley le haya dado la categoría de título valor al documento que será objeto de la garantía; así mismo, que contenga los requisitos esenciales generales de título valor y que cumpla con los requisitos especiales fijados en la ley para cada título valor en particular.
- Si se trata de un título valor nominativo, debe hacerse, además de la entrega material y del "endoso en garantía", la inscripción del gravamen en el registro que debe llevar el creador del título. El título valor es nominativo cuando en él o en la norma que rige su creación se exija la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título. Sólo se reconoce como tenedor legítimo a quien figure, a la vez, en el texto del documento y en el mencionado registro.
- Se deberá notificar al creador o emisor que el título fue endosado en garantía al acreedor.

- Los títulos deben ser librados u otorgados por persona distinta del beneficiario del crédito, sin perjuicio de que ésta los avale.
- Debe verificarse que a la fecha del vencimiento del crédito que se garantiza, el título sea judicialmente cobrable, es decir, deberá constar que la acción cambiaria que de él emana no haya caducado ni prescriba durante el término de vigencia de la garantía o del crédito.
- Si se trata de títulos valores que hayan sido negociados previamente, debe verificarse que lo fueron en debida forma. Es decir, que la cadena de endosos sea ininterrumpida y que el tenedor lo haya adquirido de acuerdo con la Ley de circulación (endoso, entrega y registro, si se trata de títulos nominativos; endoso y entrega, si se trata de títulos a la orden; entrega, si se trata de títulos al portador).

5. Prenda sin tenencia

En los términos de los artículos 1207 y siguientes del Código de Comercio, podrá gravarse con prenda, conservando el deudor la tenencia del bien pignorado, toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación. En consecuencia, podrá constituirse prenda sin tenencia sobre maquinaria y equipo, inventarios, sobre las rentas de un contrato, vehículos, etc.

6. Prenda sobre acciones

En cuanto a la prenda sobre acciones, ella se perfecciona una vez se inscriba el correspondiente gravamen en el libro de registro de la entidad emisora.

Cuando además del derecho de prenda sobre las acciones se pretenda conferir al acreedor prendario los derechos inherentes a la calidad de accionista, se hace indispensable un documento escrito en el que se indique expresamente que se confieren al acreedor los citados derechos (Artículo 411 C. Co.).

7. Prenda sobre activos circulantes

Cuando la prenda recaiga sobre activos circulantes, esto es sobre los elementos de producción o explotación de una empresa, vale decir, materia prima, productos en proceso, productos terminados, inventarios etc., debe aparecer un detalle de todos los bienes sobre los cuales se constituye, relación que debe estar incluida dentro del texto del contrato.

La doctrina ha considerado que las prendas sin tenencia sobre activos circulantes no constituyen garantías reales. Lo anterior, en razón de que el deudor mantiene ilimitada la facultad de disponer de los bienes ofrecidos como respaldo del crédito, dando lugar al no surgimiento de los elementos constitutivos del derecho real, como son los privilegios de preferencia y persecución, sobre los activos circulantes que constituyen la prenda sin tenencia.

De acuerdo con lo anterior, para que el contrato de prenda sea considerado como garantía real, es requisito indispensable que exista la limitación de disposición del objeto de la garantía, ya que con ello se pueden hacer efectivos los derechos de preferencia y persecución, requisito que no se cumple en las prendas sobre activos circulantes, constituidas con independencia del establecimiento de comercio.

8. Prenda sobre establecimientos de comercio

Cuando la prenda recaiga sobre establecimientos de comercio³⁰ la operación se presume hecha en bloque o como unidad económica. Por lo tanto, no hay necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran.

Se tendrá como afectos a la prenda los siguientes elementos:

- La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y servicios.
- Los derechos del empresario sobre las inversiones o creaciones industriales o artísticas, que se utilicen en las actividades del establecimiento.
- Las mercancías en almacén o en procesos de elaboración, los créditos y los demás valores similares.
- El mobiliario y las instalaciones.
- Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho de arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario.

³⁰ Establecimiento de comercio se define como el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. (artículo 515 del Código de Comercio)

- El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial.
- Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.
- Avalúo de todo el establecimiento de comercio considerado como una unidad total.

Los activos circulantes del establecimiento no se entienden incluidos dentro de la prenda. Por lo tanto, si la constitución de la garantía quiere hacerse extensiva a dichos activos, deberá manifestarse expresamente esta circunstancia en el contrato que contenga la prenda. No se puede aceptar como garantía real, prenda sobre el establecimiento de comercio limitada a determinados activos circulantes, ya que la obligación del deudor es mantener el valor de esa universalidad -del establecimiento de comercio- como un todo, es decir, si se agota el activo circulante debe ser reemplazado con otro activo que mantenga el valor del establecimiento, aún cuando no sean necesariamente los mismos activos circulantes incluidos en la prenda.

En el evento de que el inmueble donde se encuentren los bienes muebles objeto de pignoración, esté hipotecado a un tercero, es necesario obtener una autorización escrita del acreedor hipotecario para constituir el gravamen. De lo contrario, la prenda puede ser reputada por el acreedor hipotecario como parte del inmueble hipotecado.

9. Prenda sobre derechos de crédito

En virtud del artículo 2414 del Código Civil, se puede dar en prenda un crédito, entregando el título, pero será necesario que el acreedor notifique al deudor del crédito, consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos.

Este tipo de operación tenía gran importancia antes de la creación de los títulos valores. Con todo, para la prenda de un crédito se requiere:

- Que se entregue el título, es decir, que el acreedor se convierta en tenedor del documento en que consta el crédito.
- Que se notifique al deudor del crédito la prenda constituida, con la prohibición de que se haga el pago en otras manos.

D. Bono de prenda y certificado de depósito

1. Definiciones

a. Certificado de depósito

Es un título valor que representa los derechos del depositante sobre las mercancías depositadas. Sirve como instrumento de enajenación o como comprobante del depósito, para probar la propiedad de las mercaderías.

Como instrumento de enajenación funciona mediante el endoso que efectúa el tenedor legítimo del certificado en favor de un tercero, a quien se le transfiere la propiedad de la mercancía.

Los certificados de depósito endosados en garantía para respaldar las operaciones de crédito, no resultan tan convenientes como el bono de prenda, por cuanto las mercancías depositadas pueden ser reclamadas a título de mera tenencia, por lo que se hace necesario seguir un proceso ante la justicia ordinaria mediante el ejercicio de las acciones correspondientes para obtener el remate de los bienes.

b. Bonos de prenda

El bono de prenda es un título valor de contenido crediticio, creado para responder por una obligación en dinero y a favor de su tenedor legítimo, cuyo respaldo o garantía está representada en el gravamen prendario sobre las mercancías amparadas con el certificado de depósito y especificadas en el bono. El plazo de la obligación contenida en el bono de prenda no podrá exceder el término establecido para el depósito y siempre que se expida un bono de prenda deberá registrarse tal acto en el cuerpo del correspondiente certificado de depósito.

El bono de prenda confiere por sí mismo los derechos y privilegios de un crédito prendario.

2. Endoso en garantía de títulos expedidos por almacenes generales de depósito

La aceptación de certificados de depósito de mercaderías endosados en garantía como seguridad de los créditos, ha sido considerada por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) como práctica

inconveniente, por lo costoso y prolongado del proceso legal para la cancelación de los préstamos así respaldados.³¹

En efecto, el endoso en garantía de certificados de depósito de mercaderías confiere al beneficiario del endoso el derecho a reclamar del almacén general las mercaderías depositadas, pero las recibe a título de mera tenencia dada la prevención legal de considerar sin efecto alguno toda estipulación que directa o indirectamente permita al acreedor disponer o apropiarse de la prenda por medios distintos a los previstos en la ley (artículo 1203 C. Co.), debiéndose, en consecuencia, adelantar de todas maneras la acción ante los jueces competentes para lograr la venta de los bienes y el pago de los créditos, soportando entre tanto riesgos tales como el deterioro de la mercancía y costos innecesarios de bodegaje.

3. Descuento de bonos de prenda

En aquellos eventos en que se otorguen créditos sobre mercancías depositadas en almacenes generales de depósito, se debe tener en cuenta los conceptos que tienen prelación sobre el crédito otorgado con base en las mercancías depositadas y el avalúo que el depositante y el almacén general de depósito le han dado a dichas mercaderías, teniendo en cuenta las facturas y el valor comercial o, tratándose de productos agropecuarios, los certificados por la bolsa agropecuaria o los de sustentación que presenten los organismos oficiales que tengan a cargo el mercadeo de los productos o la fijación de sus precios.³²

Por lo tanto, para efectos de establecer el margen de garantía prendaria, deberá determinarse previamente un descuento del veinte por ciento (20%) del valor de la mercancía, correspondiente a los gastos por derechos de almacenaje, comisiones, etc., los cuales tienen prelación al momento del pago.

IV. OTRAS GARANTÍAS

A. Contrato de empréstito con pignoración de rentas

El contrato de empréstito es una operación de crédito público que tiene por objeto dotar de recursos a la entidad estatal con plazo para su pago

³¹ Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Circular Básica Jurídica Circular 07 de 1996 Título II, Capítulo Segundo, numeral 1.6

³² Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia). Circular Básica Jurídica (Circular Externa 07 de 1996) Título II, Capítulo Segundo, numeral 1.6

en moneda nacional o extranjera y su contratación se lleva a cabo directamente.

La pignoración de rentas consiste en comprometer para el pago del empréstito los dineros que las entidades públicas esperan recaudar por concepto de impuestos, tasas y contribuciones, transferencias, regalías o recaudos de servicios públicos.

B. Fiducia en garantía

La fiducia en garantía es un negocio jurídico mediante el cual el fideicomitente, fiduciante o propietario del bien le transfiere al fiduciario la propiedad o titularidad de un derecho o propiedad de un bien, con el propósito de garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones o deudas a su cargo y en favor de un tercero, fideicomisario o beneficiario determinado o determinable, para que en el evento de que dichas obligaciones o deudas no se satisfagan o paguen oportuna y cumplidamente, proceda a venderlos conforme a las instrucciones impartidas por el fiduciante al fiduciario y destinar su producto a la cancelación de la deuda.

En tal sentido con la fiducia en garantía el deudor fideicomitente se desprende de la propiedad de un bien, mediante el negocio jurídico mencionado, en virtud del cual se crea un patrimonio autónomo, afecto o dedicado al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente, cual es el pago al acreedor o acreedores.

Si la fiducia en garantía tiene como específico objeto cumplir con las instrucciones del fiduciante³³ y se ha traspasado determinado bien o conjunto de bienes para que entren a integrar el patrimonio autónomo administrado y representado por el fiduciario, si se dan los supuestos previstos en las instrucciones, nada obsta para que se enajene el bien y con su producto se pague la obligación del tercero acreedor beneficiario o, inclusive, si así se dijo en las instrucciones previas, se le transfiera en dación en pago, pues es esa la finalidad perseguida con esta especial modalidad.

En efecto, el estudio de la fiducia en garantía debe circunscribirse a las disposiciones de la fiducia y en especial a las cláusulas del contrato que en cada caso se celebre. Por consiguiente, la fiducia en garantía puede revestir varias modalidades, dependiendo de las instrucciones claras y precisas que el fideicomitente imparta al fiduciario.

En todo caso, se destaca que los bienes transferidos conforman un patrimonio autónomo, no afecto a ninguna obligación diferente de las

³³ Código de Comercio, artículo 1234, numeral 1°

que se deriven del cumplimiento de las instrucciones que se le den al fiduciario, por lo que la transferencia a éste de uno o más bienes junto con las instrucciones para que con responsabilidad ese patrimonio autónomo cumpla con las obligaciones de terceros, constituye un mecanismo que ofrece alto grado de seguridad.

Por último, es necesario aclarar que la ejecución de esta garantía frente al concordato y la liquidación obligatoria de una sociedad comercial ha suscitado gran polémica.

En efecto, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado lo siguiente:

Por virtud del principio de universalidad que caracteriza al régimen de procesos concursales, todos los acreedores del deudor concursado, incluso los beneficiarios de certificados de garantía expedidos por una sociedad fiduciaria con ocasión de la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía, deberán hacerse parte en el trámite liquidatorio de su deudor común, no como una obligación en estricto sentido, sino como una carga procesal de cuyo accionar dependerá que sus créditos sean reconocidos, calificados y graduados, so pena de asumir las consecuencias jurídicas de tal omisión, esto es, la imposibilidad de perseguir su cobro por cualquier otra vía jurídico-procesal, pues, una vez admitido o convocado el deudor al trámite concursal, por virtud de su preferencia y del fuero de atracción, no podrán promoverse ejecuciones singulares y particulares contra el deudor y las ya iniciadas deberán incorporarse al proceso liquidatorio, sin perjuicio, claro está, de que una vez cancelado en su totalidad el pasivo externo a cargo de la concursada, es decir, las obligaciones reconocidas en la providencia de calificación y graduación de créditos, puedan los titulares de créditos aún insolutos perseguir y obtener su pago con cargo a los activos remanentes, ya sean, de la masa de la liquidación o del patrimonio autónomo, en ambos casos, si los hubiere.³⁴

Lo anterior se resume en que en el evento en que un comerciante haya constituido sobre sus bienes un contrato de fiducia en garantía y con posterioridad se vea abocado a un proceso concordatario o de liquidación obligatoria, el contrato de fiducia no podrá ejecutarse, toda vez que las deudas amparadas por éste hacen parte de las acreencias del deudor concursado cuyo pago se persigue con el proceso.

Por su parte, la fiduciaria podrá realizar pagos de las acreencias del deudor, previa aprobación de la Superintendencia de Sociedades, la cual se concederá siempre y cuando el pago se realice conservando la prelación legal de créditos.

³⁴ Superintendencia de Sociedades. Concepto No.220-53824. Asunto: Fiducia mercantil de garantía y concurso liquidatorio a luz de lo previsto en el artículo 69 de la Ley 550 de 1999.

En cuanto a la naturaleza de la garantía la ley 550 de 1990 en su artículo 69 establece lo siguiente:

“Fiducias de garantía y procesos liquidatorios. EL liquidador podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades que ordene la cancelación de los certificados de garantía y que ordene a la fiduciaria la enajenación de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, cuando el deudor haya transferido sus bienes a una fiducia mercantil con el fin de garantizar obligaciones propias, y existan acreencias insolutas de cualquier clase. Se exceptúa de la presente disposición la fiducia que se ajuste a lo previsto en el numeral séptimo del artículo 34 de la presente ley, y sin perjuicio de las prelación legales de primer grado.

El producto de la enajenación de dichos bienes se aplicará al pago de las obligaciones del deudor respetando la prelación legal de créditos. Los acreedores beneficiarios de la garantía se asimilarán a acreedores con garantía real, prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos. Tales acreedores serán pagados, con prelación sobre las acreencias distinta de las de primera clase, anteriores o posteriores a la constitución de la fiducia”.

La Superintendencia de Sociedades en el concepto No. 220-20460 de junio 05 de 2004, explica el artículo anterior diciendo que “en el evento en que el liquidador **solicite** a la Superintendencia de Sociedades ordenar la cancelación de los certificados de garantía, deben **incluirse** en el auto de calificación y graduación los acreedores beneficiarios, **asimilados** a acreedores con garantía real, prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos, con lo cual, por expresa disposición del legislador, se le hace un **reconocimiento privilegiado** a los respectivos créditos” (negrilla dentro del texto) y de esa manera trata de cumplirse con el objeto del contrato de fiducia en garantía, cual es otorgar al acreedor beneficiario del contrato el privilegio de ser garantizado con los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

C. Depósito en garantía

Una de las formas de otorgar una garantía es a través del depósito en garantía. Esta garantía es aceptada como respaldo de créditos otorgados a personas naturales o jurídicas.

La legislación colombiana en el artículo 1173 C.Co., regula el depósito de una suma de dinero en los siguientes términos:

Artículo 1173: “Cuando se deposite una suma de dinero en garantía del cumplimiento de una obligación, el depositario solo estará obligado a hacer la reposición en cuanto al exceso del depósito sobre lo que el deudor debe pagar en razón del crédito garantizado.”

D. Garantías bancarias

Las garantías bancarias son operaciones por las cuales la entidad financiera actúa como garante de las obligaciones de sus clientes a favor de los acreedores de estos últimos, siendo importante precisar que, la obligación que adquiere el banco garante es a título abstracto y totalmente desvinculada del contrato fundamental o contrato base que le da origen y que fuera celebrado entre su cliente y el beneficiario de la garantía.

Dentro de las garantías que pueden expedir las entidades financieras en Colombia se encuentran las cartas de crédito standby, los avales y las garantías bancarias.

1. Carta de crédito standby

Aunque las cartas de crédito o crédito documentario se utilizan, usualmente, para la financiación de compraventas a distancia, también pueden utilizarse como garantía de obligaciones. En este caso se habla de cartas de crédito standby y su uso se encuentra expresamente reglamentado por las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, Publicaciones UCP-500 e ISP-98, y por el Convenio de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.

En estas cartas de crédito la condición de pago no es documentaria, pues la obligación existe desde la expedición, es decir, no depende de la entrega de documentos que otorguen derecho sobre mercancías; el banco emisor deberá pagar en la mayoría de los casos contra el simple requerimiento que en tal sentido le presente el beneficiario.

En Colombia el Decreto 923 de 1997 autorizó a las entidades financieras para otorgar cartas de crédito stand-by con lo cual, en adelante, la causa o condición para la expedición de una carta de crédito no deberá necesariamente radicar en un contrato de compraventa de mercaderías.

2. Avales y garantías

Mediante el aval la entidad financiera suscribe un título valor para garantizar total o parcialmente la obligación allí instrumentada; por su parte, la garantía bancaria es el compromiso bancario ante un tercero, por cuenta de su cliente, asegurando el cumplimiento de una obligación contractual. Se puede asegurar una obligación de pago, una entrega de mercancía o una prestación de servicio, la ejecución de una obra, la devolución de un pago anticipado, o

cualquier otra obligación derivada de un contrato.

En este orden de ideas, los avales y garantías son básicamente el compromiso que adquiere una entidad financiera de pagar la obligación de su cliente en el momento en el que el beneficiario de la garantía así lo solicite.

Ahora bien, el literal l) del artículo 7° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero³⁵, comprende dentro de las operaciones autorizadas a los establecimientos de crédito³⁶ el otorgamiento de avales y garantías, operaciones que deben sujetarse a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional.

Teniendo en cuenta la naturaleza restrictiva de la anterior norma, en Colombia, los establecimientos de bancos sólo podrán otorgar avales y garantías para amparar las obligaciones taxativamente señaladas por la Ley, a saber:

- **Obligaciones en moneda legal**

Decreto 1516 de 1998

“Artículo 1°: Los bancos, corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial sólo podrán otorgar garantías o avales destinados a respaldar las obligaciones que expresamente se determinan a continuación:

- a. Obligaciones a favor de entidades del sector público, de entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), o de asociaciones gremiales de productores debidamente reconocidas por el Gobierno nacional;
- b. Obligaciones derivadas de la emisión de bonos y de títulos provenientes de procesos de titularización;
- c. Obligaciones derivadas del otorgamiento de cartas de crédito stand-by;
- d. Obligaciones derivadas de la emisión y colocación de papeles comerciales mediante oferta pública previamente aprobada por la Superintendencia de Valores, y
- e. Cualquier otra clase de obligaciones en moneda legal, salvo aquellas que se deriven de contratos de mutuo o

³⁵ El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero corresponde al Decreto Ley 663 de 1993 y sus modificaciones

³⁶ El concepto de establecimientos de crédito incluye a los bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras

préstamos de dinero y siempre que no aseguren el pago de títulos valores de contenido crediticio.”

Ley 510 de 1999

“Artículo 59: Las instituciones financieras y las entidades aseguradoras, podrán otorgar garantías para respaldar operaciones con derivados, transferencias temporales de valores y operaciones asimiladas en las condiciones que determine el Gobierno Nacional.”

- Obligaciones en moneda extranjera

Resolución 008 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República

“Artículo 59: Operaciones autorizadas a los intermediarios del mercado cambiario (...)

- e) Otorgar avales y garantías para respaldar obligaciones derivadas de operaciones de cambio que deban canalizarse a través del mercado cambiario y también para los siguientes propósitos:
 - i. Respalda la seriedad de oferta y cumplimiento por parte de empresas colombianas y extranjeras en licitaciones o concursos de méritos convocados por empresas públicas o privadas residentes en el país o en el exterior.
 - ii. Respalda el cumplimiento de obligaciones que contraigan residentes en el país derivadas de contratos de exportación de bienes o de prestación de servicios no financieros en el exterior.
 - iii. Respalda obligaciones de residentes en el exterior.
 - iv. Respalda el cumplimiento de las obligaciones de los residentes en moneda extranjera, correspondientes a la compra de petróleo crudo y gas natural de producción nacional a las empresas con capital del exterior que realicen actividades de exploración y explotación de petróleo y gas natural.”

De las normas anteriormente transcritas se desprende que, en Colombia, las entidades financieras pueden avalar o garantizar todo tipo de obligaciones siempre que éstas se encuentren expresamente autorizadas por la Ley, donde uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta cuando se trate de garantizar obligaciones en moneda legal derivadas de contratos de mutuo, es el de que las obligaciones se hayan constituido a favor de los sujetos calificados citados en el literal a) del artículo 1° del Decreto 1516 de 1998.

Por su parte, cuando se trate de avalar o garantizar obligaciones en moneda extranjera, debe tenerse en cuenta que las operaciones a garantizar sean canalizadas a través del mercado cambiario.

E. Garantías sobre bienes ubicados en el exterior

Las instituciones financieras, cuando realizan operaciones activas de crédito con personas que tengan domicilio principal en el exterior, pueden recibir garantías constituidas en el exterior para lo cual se debe contar con un concepto independiente, técnico y fundado sobre la existencia, titularidad e idoneidad de las garantías, lo mismo que sobre su efectividad bajo la legislación correspondiente, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2360 de 1993 (cupos individuales de crédito).

F. Garantías otorgadas por el Fondo Nacional de Garantías

Consisten en un respaldo automático o semiautomático en forma de fianzas, que otorga el Fondo Nacional de Garantías S.A. - FNG a los establecimientos de crédito, mediante la expedición de certificados de garantía de carácter individual que amparan los créditos directos que confieran los intermediarios financieros, en cualquiera de las modalidades de destinación y en moneda legal o extranjera, a los usuarios de sus servicios, siempre que las personas naturales o jurídicas beneficiarias de los mismos sean calificadas como pertenecientes al segmento económico de las micro, pequeñas y medianas empresas.

V. INCIDENCIA DE LAS GARANTÍAS EN EL OTORGAMIENTO Y EVALUACIÓN DE LAS OPERACIONES ACTIVAS DE CRÉDITO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO

En Colombia los establecimientos de crédito, término que comprende a los bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras, se encuentran sujetos al cumplimiento de la regulación prudencial prevista por la ley y cuyo objeto es la diversificación de los riesgos que administran. Para el efecto, nuestra legislación ha fijado, entre otros, los parámetros que deben cumplir las entidades financieras para la determinación de cupos individuales de crédito³⁷ y ha limitado las operaciones activas de crédito con accionistas, administradores y sus parientes³⁸, siendo de anotar que, el incumplimiento de dicha regulación prudencial conlleva a la imposición de sanciones administrativas e institucionales, sin perjuicio de la responsabilidad profesional civil y penal que compete a los administradores de la respectiva entidad.³⁹

La legislación financiera colombiana prevé una serie de normas que deben ser observadas por las entidades financieras para efectos del otorgamiento de crédito, entre las cuales se destacan los cupos individuales de

³⁷ Decreto 2360 de 1993

³⁸ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 122, numeral 1

³⁹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículos 122, numeral 2, 209, 210 y 211

endeudamiento y el límite de concentración de riesgos (Decreto 2360 y 2653 de 1993).

A. Cupos individuales de crédito y límite de concentración de riesgos

Los Decretos 2360 y 2653 de 1993 regulan los cupos individuales de endeudamiento y límites de concentración de riesgos que deben observar las entidades financieras para realizar operaciones activas con una misma persona. De acuerdo con dichas normas el límite de endeudamiento de una misma persona asciende hasta el 10% del patrimonio técnico de la entidad crediticia cuando la operación esté garantizada únicamente con el patrimonio del deudor, y hasta el 25% cuando existan garantías admisibles suficientes para amparar el riesgo que exceda el 5% del dicho patrimonio.

De otro lado, se resalta que para los efectos de los límites individuales de crédito, deberán consolidarse bajo un mismo riesgo los créditos otorgados a un mismo deudor y sus vinculados económicos, ya sea en función de relaciones de parentesco, relaciones de capital y/o razones de subordinación técnica, administrativa o financiera.

Ahora bien, dentro de los presupuestos establecidos por la ley para la acumulación de operaciones que se entienden realizadas con una misma persona, se encuentran, entre otras, aquellas celebradas con personas jurídicas respecto de las cuales la persona natural, su cónyuge y parientes dentro del 2º grado de consanguinidad tengan una participación en el capital igual o superior al 20%, siempre y cuando la sociedad accionista como aquella de la cual es socia o asociada se encuentren colocadas bajo una dirección única o sus órganos de administración, de dirección o control estén compuestos o se encuentren mayoritariamente controlados por las mismas personas.

1. Cupos de crédito

Respecto de los límites individuales de endeudamiento se establece que ninguna entidad financiera podrá celebrar operaciones activas de crédito, directa o indirectamente, con una misma persona, que, conjunta o separadamente, superen el diez por ciento (10%) de su patrimonio técnico, con garantía personal del deudor.⁴⁰

El cupo individual de crédito, anteriormente mencionado, podrá ampliarse al veinticinco por ciento (25%) del patrimonio técnico de la entidad cuando las operaciones cuenten con garantías admisibles y suficientes para amparar el riesgo que exceda del cinco por ciento

⁴⁰ Decreto 2360 de 1993, artículo 2

(5%) de dicho patrimonio.⁴¹

Por su parte, el cupo individual de crédito para instituciones financieras podrá alcanzar hasta el treinta por ciento (30%) del patrimonio técnico de la entidad otorgante del crédito.⁴²

2. Garantías admisibles, definición

Según lo establecido en el artículo 3º del Decreto 2360 de 1993, se entiende por garantía o seguridad admisible la que cumple con las siguientes condiciones:

- Que tenga un valor suficiente para cubrir el monto de la obligación, establecido con base en criterios técnicos y objetivos;
- Que otorgue al acreedor una preferencia o prelación de pago de la obligación

En consecuencia, las garantías que no cumplan las condiciones anteriormente mencionadas se catalogan como inadmisibles, calidad ésta que no implica que no pueden llegar a ser aceptadas como garantía de operaciones activas de crédito, sino que en caso de ser aceptadas la entidad financiera debe aceptarlas bajo criterios de prudencia encaminados a verificar la suficiencia y eficacia de las mismas.

3. Ejemplos de garantías admisibles

El Decreto 2360 de 1993, menciona algunas de las garantías que se consideran admisibles, enumeración que no es taxativa, calificando como tales las siguientes, siempre y cuando cumplan las condiciones anteriormente enunciadas:

- Contratos de hipoteca;
- Contratos de prenda, con o sin tenencia, y los bonos de prenda;
- Depósitos de dinero en garantía;
- Pignoración de rentas de la Nación, sus entidades territoriales de todos los ordenes y sus entidades descentralizadas;
- Contratos irrevocables de fiducia mercantil de garantía;
- Aportes a cooperativas;
- La garantía personal (aval o fianza) de personas jurídicas que tengan en circulación en el mercado de valores papeles no avalados calificados como de primera clase por entidades

⁴¹ Decreto 2360 de 1993, artículo 2

⁴² Decreto 2360 de 1993, artículo 8

calificadoras de riesgo debidamente inscritas en la Superintendencia de Valores. En este caso el cupo de endeudamiento se restringe al 15% del patrimonio técnico de la entidad acreedora;

- Las garantías otorgadas por el Fondo Nacional de Garantías.
- Las garantías otorgadas por las entidades financieras del exterior calificadas como de solvencia adecuada, con base en los criterios que establezca la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia).⁴³

Por su parte, la Circular Básica Jurídica (Título II, Capítulo Segundo) desarrolla el anterior concepto señalando a las entidades financieras algunos elementos de juicio a tener en cuenta para categorizar las garantías como admisibles o no. Para este efecto, la mencionada norma establece los criterios que deben cumplir entre otras garantías, la prenda de títulos valores, la pignoración de rentas derivadas de contratos de arrendamiento financiero o leasing, la prenda de establecimiento de comercio, los bonos de prenda, etc.

Es necesario hacer énfasis en que la enunciación de garantías admisibles contenida en las normas atrás citadas no es taxativa; por ende, las entidades financieras pueden aceptar como garantías admisibles aquellas seguridades que conforme a la evaluación que de ellas hagan, reúnan las características descritas en el artículo 3° del Decreto 2360 mencionado. La evaluación pertinente deberá reposar en la entidad y mantenerse a disposición de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia).

De todo lo anterior se desprende que la garantía admisible consiste en un derecho real o personal que permita a la entidad financiera acreedora, de ser incumplida la obligación garantizada, obtener de manera eficaz y oportuna el pago de la misma, sin que sea imprescindible acudir ante la jurisdicción ordinaria para su ejecución.

La categoría de inadmisibles de las garantías o seguridades establecida en las normas que regulan la materia, implica, única y exclusivamente, que éstas no son convenientes para ampliar el límite básico del diez por ciento (10%) del patrimonio técnico.

⁴³ Decreto 1201 de 2000, Artículo 1°. "El artículo 9° del Decreto 2360 de 1993, quedará así:
"Artículo 9°. Límites especiales. Los créditos que se otorguen con garantía expedida por una entidad financiera del exterior, exista o no vinculación entre la entidad del exterior que otorga la garantía y la que otorga el crédito en el país, podrán alcanzar hasta el veinticinco por ciento (25%) del patrimonio técnico del respectivo establecimiento acreedor. Las entidades garantes del exterior deberán ser calificadas como de solvencia adecuada con base en los criterios generales que establezca la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia)."

Por lo anteriormente expuesto, la noción de “garantía admisible” se aplica exclusivamente de los conceptos de cupos individuales de crédito y límites de concentración de riesgos.

B. Calificación y clasificación de cartera y garantías idóneas

El deber de calificación y clasificación de cartera de los establecimientos de crédito, hace relación al concepto de “capital adecuado”, toda vez que éste no puede ser analizado independientemente de la suficiencia de las provisiones y reservas para pérdidas de cartera e inversiones, cuyo objetivo es el de apropiar las partidas necesarias para atender las contingencias futuras del negocio crediticio.

Para este efecto, mundialmente se han desarrollado los sistemas de clasificación de cartera de crédito e inversiones, que permitan conocer, a los administradores de la respectiva entidad y a los entes reguladores, el riesgo implícito, presente y real, de los activos que administran.

En la legislación colombiana, estos sistemas se encuentran establecidos en diferentes normas, entre las cuales vale la pena citar:

- Alertas Tempranas del Sistema Financiero, Decreto 2817 de 2000, cuyo objetivo es anticipar el estado de deterioro de una entidad financiera, utilizando para ello indicadores financieros de solvencia, liquidez y gestión del establecimiento de crédito, los cuales permiten observar la situación real en que se encuentra la entidad financiera en un momento dado, de tal manera que, si ella presenta dichas alertas deberá adoptar inmediatamente un programa de recuperación; en caso de que no lo cumpla, esto será causal de la toma de posesión que establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- Circular Básica Contable de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) - Capítulo 20 y sus actualizaciones⁴⁴, la cual establece los requisitos mínimos de administración de riesgos que deberán cumplir las entidades vigiladas para la realización de sus operaciones de tesorería.
- Circular Básica Contable de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) – Capítulo 2⁴⁵, norma que señala los principios generales que las entidades vigiladas deben

⁴⁴ Capítulo 20 de la Circular Básica Contable (Circular Externa 100 de 1995 y sus modificaciones expedida por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia)

⁴⁵ Capítulo 2 de la Circular Básica Contable (Circular Externa 100 de 1995 y sus modificaciones) expedida por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia)

adoptar para mantener adecuadamente evaluados los riesgos crediticios, para lo cual define las modalidades de crédito, determina las calificaciones, establece la periodicidad con que se deben efectuar tales calificaciones, consagra los mecanismos de recalificación, instruye sobre los criterios contables y las provisiones a realizar, sobre el contenido y frecuencia de los reportes y fija los mecanismos de control interno que se deben adoptar para el cumplimiento de este instructivo.

1. Evaluación del riesgo crediticio

El Capítulo 2 de la Circular Básica Contable la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) estableció nuevos criterios para la evaluación permanente del riesgo crediticio en la cartera de créditos de las entidades financieras, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

a. Capacidad de pago del deudor

Este aspecto es el más importante para determinar la probabilidad de pago del respectivo crédito, la evaluación de este aspecto se extiende a todas las personas que tengan una vinculación contractual con el crédito, ya sea en calidad de codeudores, fiadores o avalistas.

b. Garantías que respaldan la operación – Garantías idóneas

En la evaluación del riesgo crediticio las garantías que respaldan la operación juegan un papel importante al momento de determinar las provisiones pero no se tienen en cuenta para calificar el crédito.

Para este efecto la mencionada Circular 011 de 2002, incorpora el concepto de garantías idóneas, las cuales define como aquellas seguridades debidamente perfeccionadas que cumplen las siguientes condiciones:

- Tienen un valor establecido con base en criterios técnicos y objetivos
- Ofrecen un respaldo jurídicamente eficaz al pago de la obligación porque otorgan a la entidad acreedora una preferencia o mejor derecho para obtener el pago de la obligación y cuya posibilidad de realización sea razonablemente adecuada.

La idoneidad de la garantía se evaluará, atendiendo a factores tales como su, naturaleza, valor, eficacia, cobertura y liquidez de

los bienes dados en garantía.

Igualmente señala que no se tendrán en cuenta como garantías idóneas las siguientes:

- La garantía prendaria sobre el establecimiento de comercio o industrial del deudor.
- La garantía hipotecaria sobre inmueble en donde opere el establecimiento
- Las garantías sobre inmuebles que por destinación formen parte del establecimiento.

Aunque a primera vista la definición de garantía idónea es coincidente con la de garantía admisible no deben ser confundidas, ya que la garantía idónea corresponde a una subclasificación de las garantías admisibles utilizada únicamente para efectos de la evaluación del riesgo de la cartera de crédito ya otorgada e incluye el análisis de la posibilidad de realización de la garantía. En tanto que el concepto de garantía admisible debe ser aplicado para efectos de la determinación del cupo individual de endeudamiento.