

GARANTÍAS REALES, EXIGENCIA DE CONSTITUCIÓN

Concepto 2016085887-003 del 13 de septiembre de 2016. Superintendencia Financiera de Colombia.

Síntesis: *Actualmente no existen normas de carácter general que obliguen a los establecimientos de crédito a necesariamente constituir garantías sobre las operaciones de crédito que celebren, salvo en los casos en que expresamente así se disponga. En ese sentido, los artículos 2.1.2.1.2 y siguientes el Decreto 2555 de 2010 señalan que cuando se produzca una excesiva exposición individual de la entidad no podrán celebrarse con una misma persona operaciones activas de crédito que superen el 10% de su patrimonio técnico a menos que se otorguen garantías o seguridades admisibles. Dicha preceptiva indica que podrán celebrarse con una misma persona operaciones activas de crédito que conjunta o separadamente no excedan del 25% del patrimonio técnico, siempre y cuando dichas operaciones cuenten con las garantías admisibles suficientes para amparar el riesgo.*

«(...) comunicación mediante la cual consulta acerca de las garantías reales y su admisibilidad respecto de una operación activa de crédito.

1. Concepto de garantía, y clases de garantía (real y personal)

Para poder responder a sus interrogantes previamente se hará alusión a una serie de conceptos que le sirven de fundamento al concepto de garantía. La razón de ser de una garantía radica en la necesidad de amparar el incumplimiento del deudor de una obligación, obteniendo así, con su constitución, un respaldo mayor para la satisfacción del crédito que el que se tendría con un crédito de carácter quirografario¹. A manera ilustrativa de lo anterior, el artículo 65 del Código Civil define la caución (garantía) como “cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.”² (Se subraya). De manera que, quienes son titulares de derechos de crédito acuden a las garantías para mejorar su posición frente un eventual impago del deudor, para así lograr cobrar efectivamente su acreencia.

Cuando se constituye una garantía a favor de un crédito “además de la responsabilidad personal del deudor, el acreedor obtiene la de un tercero, o la afectación de una cosa para responder por el cumplimiento de la obligación, o ambas a la vez.”³ (Se subraya). En ese sentido las garantías se pueden dividir en personales y reales. Las primeras, implican la asunción de una obligación por parte de una persona, que en principio no es el deudor principal, para satisfacer subsidiariamente o solidariamente la obligación del deudor (ejemplos de estas son la fianza y la solidaridad). Las segundas, se refieren a la **afectación de un bien específico para responder por la obligación**, como es el caso de la prenda, la hipoteca, y la anticresis. A continuación se da una breve explicación de estas tres figuras:

La **prenda** es un contrato de garantía real en virtud del cual se entrega una cosa mueble al acreedor para la seguridad de su crédito, generado un derecho real sobre la cosa prendada el cual le otorga al

¹ Por crédito quirografario se entiende aquel que no cuenta con garantía adicional salvo el patrimonio del deudor, como prenda general.

² Sobre este punto es de vital importancia remitirse a lo dispuesto por la Ley 1676 de 2013 (Ley de Garantías Mobiliarias) que redefine el concepto clásico de garantía como instrumento accesorio a la obligación principal, estableciendo que las garantías mobiliarias ahora se constituyen a través de contratos principales doblegando el principio de accesoriedad de la garantía que hasta la ley 1676 operaba.

³ Pérez Vives, Álvaro. *Garantías Civiles*. Segunda edición (1999). Temis. Preámbulo.

acreedor la facultad de perseguir la cosa en manos de quien esté y solicitar su venta en pública subasta para que, con el producto de dicha venta, se pague el saldo no satisfecho correspondiente a la obligación garantizada⁴. Adicionalmente, artículo 1200 del Código de Comercio permite, en materia mercantil claro está, la figura de la prenda sin tenencia del acreedor⁵. Por otro lado, la **hipoteca** es un contrato de garantía real accesorio e indivisible que se constituye sobre un inmueble, que permanece en poder del deudor, y concede al acreedor el derecho de persecución (perseguir el bien en manos de quien lo tenga) para subastarlo en caso de que el deudor no pague el crédito principal, para que éste sea satisfecho con el producto del remate, con preferencia sobre los otros acreedores⁶. En último lugar está la **anticresis**, que consiste en un contrato de garantía en virtud del cual un deudor o un tercero entrega un bien inmueble (en materia comercial se permite que recaiga sobre toda clase de bienes de conformidad con el artículo 1221 del Código de Comercio) al acreedor para que la deuda se pague con los frutos que el bien produzca⁷.

2. Garantías mobiliarias bajo la Ley 1676 de 2013

Es preciso tener en cuenta que el artículo 3 de la Ley 1676 de 2013 (Ley de Garantías Mobiliarias) indica que el concepto de garantía mobiliaria se refiere a “*toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante (...)*”. De ese modo, el tipo de garantías a las que alude dicha ley, podrán constituirse sobre **cualquier bien mueble** con excepción de aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria está prohibida por ley imperativa o de orden público (artículo 4). Ahora bien, el mencionado régimen excluye del ámbito de su aplicación a (i) las aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por la Ley [967](#) de 2005; (ii) los valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la ley 964 de 2005; (iii) las garantías sobre títulos valores; y (iv) el depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.

En punto de la prenda como garantía real la Ley de Garantías Mobiliarias establece que cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas de prenda, prenda civil o mercantil, prenda sobre el establecimiento de comercio, prenda sobre acciones, anticresis, bonos de prenda, entre otros, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y, por tanto, se regirán por lo dispuesto en la misma ley no obstante de las excepciones mencionadas en el párrafo anterior.

3. Garantías en operaciones activas de los establecimientos de crédito

A los establecimientos de crédito se les exige la implementación de un sistema de administración de riesgo de crédito (SARC) mediante el cual se mantiene adecuadamente evaluado el riesgo de contraparte latente en los distintos tipos de operaciones activas que realizan. El otorgamiento de una garantía para hacer frente a un eventual incumplimiento del deudor se convierte en uno de los muchos mecanismos que se utilizan para mitigar el riesgo de que una entidad incurra en pérdidas como consecuencia del impago de un crédito. Sin embargo, en el marco de la adopción del SARC, la entidad vigilada es autónoma para determinar la forma en que desea gestionar el riesgo de crédito al que se

⁴ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo II. Octava edición (2009). Librería Ediciones del Profesional Ltda. Págs. 21-24

⁵ En términos generales puede gravarse en prenda toda clase bienes muebles.

⁶ Pérez Vives, Álvaro. Op. Cit. Pág 76.

⁷ Bonivento Fernández, José Alejandro. Op. Cit Pág. 94.

encuentra expuesta, toda vez que se respeten los mínimos establecidos por esta Superintendencia⁸; lo anterior significa que, establecer como condición para la celebración de una operación de crédito la constitución de una garantía y su tipo, corresponde a un ejercicio de autonomía contractual del establecimiento de crédito.

Actualmente no existen normas de carácter general que obliguen a los establecimientos de crédito a necesariamente constituir garantías sobre las operaciones de crédito que celebren, salvo en los casos en que expresamente así se disponga⁹. En ese sentido, los artículos 2.1.2.1.2 y siguientes el Decreto 2555 de 2010 señalan que cuando se produzca una excesiva exposición individual de la entidad no podrán celebrarse con una misma persona operaciones activas de crédito que superen el 10% de su patrimonio técnico a menos que se otorguen garantías o seguridades admisibles. Dicha preceptiva indica que podrán celebrarse con una misma persona operaciones activas de crédito que conjunta o separadamente no excedan del 25% del patrimonio técnico, siempre y cuando dichas operaciones cuenten con las garantías admisibles suficientes para amparar el riesgo.

El referido decreto describe qué es una garantía admisible, qué clase de garantías admisibles existen y cuáles pueden ser consideradas como garantías no admisibles, además, establece que no serán admisibles como garantías aquellas que consistan en la entrega de títulos valores, a menos que se trate de la pignoración de títulos valores emitidos, aceptados o garantizados por (i) instituciones financieras o (ii) entidades emisoras de valores en el mercado público. Tampoco serán admisibles las acciones, títulos valores, certificados de depósito a término (que sería un título de renta fija), o cualquier documento de su propio crédito o que haya sido emitido por su matriz o sus subordinadas, exceptuando los certificados de depósito emitidos por los almacenes generales de depósito.

El numeral 3.1 del Capítulo I, Título I, Parte II de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia (Circular Externa 029 de 2014) indica que para efectos de establecer los límites a los cupos individuales de crédito de acuerdo con lo previsto en los artículos 2.1.2.1.3 y 2.1.2.1.4 del Decreto 2555 de 2010:

... se consideran garantías admisibles los derechos reales o personales que permiten a la entidad financiera acreedora, en caso de ser incumplida la obligación garantizada, obtener de manera eficaz y oportuna su pago, incluso coactivamente, sin ser indispensable acudir ante la jurisdicción ordinaria. Así es como, la garantía admisible consiste en ofrecer un respaldo jurídicamente eficaz al pago de la obligación garantizada al otorgar al acreedor una preferencia o mejor derecho para obtener el pago de la obligación.

En tal sentido, la enunciación de garantías admisibles contenida en el art. 2.1.2.1.4 del Decreto 2555 de 2010 no es taxativa; por ende, las entidades financieras pueden aceptar como tales aquellas seguridades que conforme a la evaluación que de ellas hagan, reúnan las características descritas en los mencionados artículos. La evaluación pertinente debe reposar en la entidad y mantenerse a disposición de esta Superintendencia, acorde con las políticas de administración de riesgo de crédito". (Se subraya).

Teniendo en cuenta lo expuesto, a manera de resumen, se puede decir que:

⁸ Capítulo II, Circular Externa 100 de 1995 (Circular Básica Contable y Financiera).

⁹ En materia de financiación de vivienda el numeral 4 del artículo 17 de la Ley 546 de 1999 establece como condición de los créditos de vivienda el estar garantizados con hipoteca de primer grado constituida sobre la vivienda financiada.

1. Garantía real es aquella que recae sobre una cosa, sea mueble o inmueble que puede entregársele al beneficiario de la garantía y quien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, podrá pagarse su crédito de manera preferencial con el producto de su venta en los términos señalados en la ley.
2. Las garantías reales más comunes son la prenda, la hipoteca y la anticresis. Cada una recae sobre un distinto tipo de bienes.
3. De modo general, la escogencia del tipo de garantía que le sirve al banco para protegerse frente al incumplimiento del deudor no se encuentra limitada por la regulación financiera, salvo en los casos expresamente previstos por normas especiales (v. gr., Ley 546 de 1999, artículos 2.1.2.1.2 y siguientes del Decreto 2555 de 2010).

(...).»