

C • E • A • L

Center for the Economic Analysis of Law

Washington, DC

Transacciones garantizadas:
Importancia de la garantía

Heywood W. Fleisig

Reprinted from *Finance & Development*
June 1996*

*© CEAL. Subject to the copyright policy of CEAL and/or the copyright policy of any other
copyright holder

Transacciones garantizadas: Importancia de la garantía

HEYWOOD FLEISIG

En muchos países en desarrollo, a las empresas les resulta imposible obtener préstamos a largo plazo y de bajo costo. La introducción de reformas que facilitasen a los prestatarios utilizar bienes muebles como garantía prendaria resolvería este problema.

LA PRIMERA pregunta que hace todo prestamista privado es: "¿Cómo me va a devolver el préstamo?" Dados los riesgos que entrañan los préstamos, ¿qué condiciones complacen a los prestamistas?

En los mercados privados han surgido dos tipos básicos de transacciones crediticias: sin garantía y garantizadas. Cuando un prestatario hace una promesa de pagar sin ofrecer garantía, el prestamista tiene que fiarse de la reputación del prestatario, o confiar en que éste le devuelva el préstamo para así tener acceso a otros préstamos en el futuro. En las transacciones garantizadas, la promesa de pagar está respaldada por una garantía que el prestamista puede embargar y vender en caso de que el préstamo no se reembolse según lo convenido. La garantía puede ser hipotecaria (bienes raíces) o prendaria, es decir, constituida por bienes materiales, como existencias, equipo, ganado y tractores, o por bienes inmateriales, como cuentas sin garantía adeudadas a comerciantes (cuentas por cobrar) y contratos con garantía (obligaciones monetarias documentadas con garantía). Las transacciones garantizadas ofrecen

ventajas tanto a los prestatarios como a los prestamistas, ya que son menores los costos de transacción y los prestamistas no tienen que obtener tanta información sobre los prestatarios.

La cuestión de la garantía reviste una gran importancia económica. Si el prestatario no puede utilizar sus bienes como garantía para obtener préstamos ni puede comprar bienes a crédito empleando esos mismos bienes como garantía, la tasa de interés tiende a ser más alta como consecuencia del riesgo que asume el prestamista. En muchos países en desarrollo, donde las disposiciones jurídicas y reglamentarias vigentes dificultan utilizar los bienes muebles como garantía de los préstamos, el costo del crédito hace que los bienes de equipo sean más costosos a los empresarios en comparación con los países industriales; el resultado es que las empresas aplazan la compra de nuevo equipo o lo van financiando más despacio con su propio ahorro limitado. Las pequeñas empresas son las más perjudicadas por la escasez de financiamiento de bajo costo, pero sufre también la totalidad de la economía, porque la falta de nueva inversión frena la productividad y los ingresos.

Obstáculos legales

Los bienes muebles se utilizan ampliamente como garantía prendaria en los países industriales. La mitad aproximadamente del crédito que se otorga en Estados Unidos está garantizado por algún tipo de bien mueble; unos dos tercios de los préstamos bancarios están garantizados por bienes muebles o inmuebles y las instituciones no bancarias que prestan con garantía de bienes muebles—como las compañías de arrendamiento financiero y las financieras—prestan casi tanto como los bancos.

En cambio, los prestamistas privados de los países en desarrollo no suelen conceder préstamos con garantía de bienes muebles

a menos que se cumpla una de dos condiciones: el prestatario posee bienes inmuebles que puedan embargarse en caso de incumplimiento, o el prestatario tiene que entregar físicamente los bienes muebles al prestamista. Si no se cumple ninguna de estas dos condiciones restrictivas, es raro que los prestamistas privados otorguen crédito con garantía de bienes muebles. Es posible que concedan préstamos sin garantía, pero probablemente se trate de créditos de poca cuantía a tasas de interés más altas y vencimientos más cortos. Este fenómeno se ha estudiado en una gama amplia de países con diversidad de tradiciones, niveles de ingreso, perspectivas macroeconómicas, religiones y niveles de urbanización y de actividad industrial. Se han observado dificultades para conseguir crédito con garantía de bienes muebles en África, Asia, Europa oriental y América Latina, en países con ordenamiento jurídico y sistema de fiscalización basados en el código civil de países del continente europeo, y también en países africanos y asiáticos inspirados en el derecho consuetudinario británico.

¿Qué impide utilizar los bienes muebles como garantía en los países en desarrollo y en transición? Destacan tres obstáculos:

- La creación de garantías prendarias es difícil, costosa e incierta.
- El perfeccionamiento de garantías prendarias—la demostración pública de su existencia y el establecimiento de su prioridad—no es posible en la práctica.
- La ejecución de las garantías prendarias es lenta y costosa.

Estos conceptos abstractos pueden comprenderse mejor con un ejemplo. Compárese el financiamiento de que disponen los ganaderos de Uruguay con los de Kansas, en Estados Unidos. Uruguay y Kansas tienen una topografía semejante, cuentan con una población culta e interesada en las tecnologías avanzadas y capaz de aplicarlas, y

Heywood Fleisig,

ciudadano estadounidense, se jubiló recientemente de su cargo de asesor económico en el Departamento de Desarrollo del Sector Privado del Banco Mundial. Actualmente es director de investigaciones en el Center for the Economic Analysis of Law, con sede en Washington.

ambas regiones exportan ganado vacuno a nivel mundial. En Kansas, los bancos privados consideran que el ganado vacuno es una de las mejores formas de garantía para préstamos; esa es también la opinión de los inspectores de bancos del Banco de la Reserva Federal de Kansas City. Los bancos con "efectos comerciales de ganado" se consideran sólidos, mientras que los bancos con préstamos garantizados por "fincas ganaderas" se consideran un riesgo. Por el contrario, en Uruguay, debido a defectos del marco jurídico que rige las transacciones con garantía, los bancos privados y los inspectores de bancos prefieren los bienes raíces como garantía de los préstamos; consideran que el ganado vacuno no tiene valor como prenda. La inaceptabilidad del ganado como garantía prendaria se aplica a todo tipo de transacciones, incluidas la venta de ganado a crédito, la venta de ganado financiada por terceros, como bancos o compañías financieras, o los préstamos para capital de explotación con otros fines que pudieran garantizarse con ganado vacuno.

Creación de garantías. En primer lugar, es difícil establecer una garantía prendaria en Uruguay. Supóngase que un banco privado de ese país fuese a otorgar un préstamo con garantía de, por ejemplo, 100 cabezas de ganado vacuno con un valor de \$200.000. Las leyes uruguayas exigen una descripción específica del bien que se ofrece en prenda. El ganado ofrecido en prenda podría identificarse mediante los nombres de los animales o por los números marcados en ellos. La necesidad de identificar específicamente los bienes ofrecidos en prenda dificulta la transacción garantizada, dado que el banco debe asegurarse de que el ganado designado como prenda puede ser embargado en caso de incumplimiento, es decir, el prestamista no puede embargar un grupo distinto de animales.

La consecuencia es que resulta costoso supervisar ese tipo de préstamo. Por ejemplo, no sería suficiente, como lo es en Canadá o Estados Unidos, verificar sencillamente que hay ganado suficiente en el pastizal del ganadero; en Uruguay, el empleado del banco encargado del préstamo tendría que comprobar que las cabezas de ganado que haya en el prado son precisamente las identificadas como prenda. El banco uruguayo podría tratar de evitar este problema utilizando una descripción más general de la garantía estipulada en el contrato de prenda, por ejemplo, "100 becerros". Pero, con un contrato a un año de vencimiento, los becerros se convertirían en vacas, toros o novillos, y la ejecución del contrato sería dudosa. En cambio, en Canadá y Estados Unidos puede suscribirse un contrato vinculante con una garantía prendaria abierta de "ganado vacuno por valor

de \$200.000". Además, en Uruguay el banco estaría preocupado por la posibilidad de que el ganadero vendiese las reses sin notificárselo, mientras que un banco canadiense o estadounidense tendría una garantía prendaria continua en el producto obtenido de la venta y podría embargar automáticamente esos fondos, tanto si se depositaban en otro banco como si se destinaban a comprar un tractor.

Perfeccionamiento de garantías. En segundo lugar, los prestamistas uruguayos no pueden averiguar con facilidad si existe alguna demanda anterior y superior sobre su garantía prendaria. Por ejemplo, en Canadá, Noruega y Estados Unidos se registran todas las prendas dadas en garantía; los registros son públicos y están indizados según los prestatarios, la descripción de la garantía prendaria y otra información pertinente. Los prestamistas pueden fácilmente efectuar una búsqueda completa para asegurarse de que los bienes no estén ya dados en prenda y toda garantía prendaria que no figure en el registro no tiene validez legal. En cambio, en Uruguay se archivan en el registro las garantías prendarias en orden cronológico y no se indizan. Por tanto, la única forma en que los prestamistas pueden averiguar si existe ya una garantía prendaria es si los prestatarios lo comunican.

Ejecución de garantías. Por último, la recuperación y venta de los bienes prendarios lleva más tiempo en Uruguay que en Kansas. En Kansas la recuperación y ulterior venta del ganado lleva de uno a cinco días y puede contratarse entre particulares. No suele ser necesaria la intervención judicial o de funcionarios públicos. En Uruguay, el procedimiento requiere de seis meses a dos años. En el caso del ganado vacuno, existe el riesgo de que los animales dados en prenda mueran, desaparezcan o se enfermen. No es de sorprender que, en estas condiciones, los prestamistas exijan una garantía que sobreviva un prolongado procedimiento judicial, es decir, bienes raíces.

Efectos económicos

En Kansas, la facilidad con que se crea una garantía prendaria, el bajo costo y gran confianza que puede atribuirse al perfeccionamiento de una garantía prendaria y la rapidez y escaso costo de su ejecución explican que los ganaderos puedan obtener préstamos privados por una elevada proporción del valor de su ganado a tasas de interés próximos a la tasa preferencial. La dificultad de utilizar el ganado vacuno como garantía en Uruguay explica que los ganaderos de ese país no puedan obtener financiamiento para ganado. No obstante, aun cuando se ven afectados tanto los ganaderos ricos como los pobres, aquéllos

poseen tierras y tienen acceso a algún crédito en virtud de sus posesiones inmobiliarias; los ganaderos pobres, que con frecuencia son aparceros, tienen que recurrir a sus propios ahorros para financiar las inversiones adicionales que son necesarias para mejorar sus ingresos. Pero ni los ganaderos ricos ni los pobres tienen el acceso fácil al crédito de que disfrutaban los ganaderos canadienses y estadounidenses.

Con pequeñas diferencias, lo mismo puede decirse de Argentina, Bangladesh, Bolivia, Bulgaria, México y otros países en desarrollo o con economía en transición. Y lo mismo puede también decirse, con pequeñas variaciones, de los préstamos con garantía de bienes muebles en los países en desarrollo, salvo en el caso de préstamos y arrendamientos garantizados por automóviles o de préstamos garantizados por bienes almacenados—bajo el control de los prestamistas—en almacenes y casas de empeño. Los obstáculos para utilizar los bienes muebles como garantía impiden el acceso al crédito y dificultan la obtención de financiamiento a plazo con fines de inversión. Asimismo dificultan la reforma del sistema bancario, agobiado por préstamos de alto riesgo y sin garantía. Al carecer de garantías utilizables, los países en desarrollo no disfrutaban de la ventaja principal que ofrecen los mercados financieros: la transferencia de fondos de los ahorradores con oportunidades limitadas de inversión a los inversionistas con ahorros insuficientes para financiar proyectos rentables.

Acceso al crédito. Aun en las mejores circunstancias, los pobres no suelen acudir a los bancos para obtener préstamos con los que financiar pequeñas compras de equipo. Pero en los países industriales, los pequeños agricultores y empresarios suelen comprar a crédito equipo, ganado o existencias a los comerciantes. Por el contrario, en los países en desarrollo los comerciantes que están dispuestos a vender a crédito a clientes pobres con buena reputación tropiezan con sus propias dificultades para acceder al crédito; las limitaciones de carácter legal con respecto a las garantías impiden a los comerciantes obtener financiamiento garantizado por sus existencias o cuentas por cobrar. Si los comerciantes desean otorgar crédito a microempresas y a la pequeña y mediana empresa, normalmente deben hacerlo con su propio capital.

Financiamiento a plazo. Si bien los propietarios de pequeñas empresas industriales pueden financiar "instalaciones"—bienes inmuebles—mediante una hipoteca, posiblemente no puedan obtener crédito a mediano plazo para capital de explotación o equipo. El motivo de ello no es el vencimiento de los préstamos—los mismos prestamistas conceden con agrado préstamos a

plazos más largos garantizados por bienes raíces—sino que la garantía prendaria que se ofrece (equipo y existencias) es inaceptable para los prestamistas. En Estados Unidos, los bienes muebles representan la mitad del capital nacional no residencial y dos terceras partes de la correspondiente inversión bruta. En los países en desarrollo, la dificultad de financiar esta inversión obstaculiza gravemente el desarrollo industrial y agrícola.

Reforma bancaria. En los países en desarrollo los bancos bien fiscalizados por lo general sólo otorgan préstamos garantizados por bienes raíces o conceden crédito sin garantía a los que demuestran poseer esos bienes. Debido a que el costo de hipotecar bienes raíces suele ser muy elevado, la mayoría de los préstamos bancarios se conceden en realidad sin garantía, pero solamente a quienes poseen bienes inmuebles, basándose en la teoría de que, en caso de incumplimiento, los bancos pueden entablar un embargo preventivo contra dichos bienes.

En los países industriales, la mayor parte de los préstamos bancarios están garantizados. Es notable la diferencia entre los países industriales y los países en desarrollo: el 90% de los préstamos bancarios de Argentina no están garantizados, y el porcentaje es parecido en Bulgaria. Un sistema bancario que carezca de garantías es por necesidad más arriesgado y susceptible de quebrar. Y, a causa de que las hipotecas no están registradas, el prestamista no tiene idea de las veces que el prestatario haya podido utilizar la misma propiedad para respaldar indirectamente un préstamo. Si el prestatario no cumple sus obligaciones, el primer banco en entablar un embargo preventivo será el único que pueda respaldar el préstamo. La imposibilidad de utilizar nada más como garantía significa que la mitad aproximadamente del capital nacional privado no residencial es inaccesible a los bancos como garantía de sus préstamos.

Mercados de capital. El Banco Mundial ha prestado apoyo a la reforma del mercado de capitales que estimula la garantía de los préstamos para equipo, las hipotecas sobre bienes raíces y las cuentas deudoras por utilización de tarjetas de crédito. Esos mecanismos pueden modificar las vías a través de las cuales tiene lugar el financiamiento, mejorar la distribución del capital y fomentar la competencia en el sector financiero. Ahora bien, su eficacia está limitada por la dificultad de crear, perfeccionar y ejecutar las transacciones garantizadas básicas. Al nivel más rudimentario, la forma más fácil de obtener garantías consiste en incluir en el contrato básico una garantía prendaria ejecutable. El éxito de las garantías en Canadá y Estados Unidos se basa en una tasa de recuperación previsi-

ble de las hipotecas inmobiliarias, obligaciones monetarias documentadas, arrendamientos financieros y cuentas por cobrar. En los países en que no puede obtenerse el reembolso de los préstamos o no se pueden ejecutar los contratos de arrendamiento financiero, las garantías sólo ofrecen ventajas actuariales limitadas. Además, si el gobierno garantiza a su vez esas garantías corre el riesgo de acumular cuantiosas deudas incobrables.

El arrendamiento financiero es un tipo de transacción garantizada que puede facilitar la recuperación al no exigir pruebas de propiedad. Aun así, la recuperación puede ser un proceso prolongado. Además, el arrendamiento financiero también está expuesto a los problemas de creación y perfeccionamiento antes mencionados. Cuando no se abordan estos problemas, el arrendamiento financiero favorece a los que ya tienen acceso al crédito.

En búsqueda de soluciones

Algunos analistas han concluido que, si el sector privado no está dispuesto a ofrecer crédito, las imperfecciones del mercado justifican la creación de organismos estatales que concedan crédito. Con todo, esta estrategia presenta grandes limitaciones. En primer lugar, los prestamistas estatales no están en mejores condiciones de obtener el reembolso de esos préstamos que los prestamistas privados. La diferencia principal radica en que los prestamistas estatales están dispuestos a otorgar préstamos a pesar del riesgo de perder dinero. No es de sorprender que hayan perdido mucho. En segundo lugar, debido a que los prestatarios saben que estos préstamos son difíciles de recuperar, ese tipo de prestamista tiende a atraer a un tipo distinto de cliente—el que se especializa en obtener préstamos del gobierno, no el que se especializa en efectuar inversiones muy rentables. Lo que suele suceder con los programas de crédito estatal es que se conceden muchos préstamos, se reembolsan pocos y son escasos los efectos positivos en el crecimiento económico.

Para soslayar las dificultades de recuperar y vender las garantías prendarias, algunos prestamistas sencillamente las embargan y venden sin autorización de la ley. Algunas operaciones de arrendamiento financiero ocultan su verdadero carácter financiero y pretenden que los embargos no son recuperaciones, con la esperanza de que el sistema judicial no descubrirá la equivalencia de las transacciones.

En algunos países, los prestamistas utilizan un cheque con fecha posterior para convertir el delito civil de incumplimiento de pago en un acto criminal. Pueden exigir un cheque con fecha posterior por una cuantía igual al préstamo más los intereses. En la

fecha de vencimiento del préstamo el prestamista exige el reembolso. Si el prestatario no puede pagar, aquél deposita el cheque en un banco. Si el cheque vuelve sin haberse pagado, el prestamista lo lleva, con el sello "cheque sin fondos", a la comisaría de policía. En Bolivia, por ejemplo, extender un cheque sin fondos constituye prueba prima facie suficiente de presunción de un acto criminal de fraude. El prestatario puede ser detenido y si no consigue los fondos, la condena es segura. (En Bolivia la pena por extender cheques sin fondos es de unos cuatro años.)

Es evidente que los prestamistas del sector formal no pueden utilizar esas técnicas de cobro, ya que es muy grande el riesgo de demanda civil o criminal por daños y perjuicios. Por consiguiente, no se acude a los recursos del sector formal para obtener crédito, y los bienes muebles se utilizan sólo como parte de las técnicas crediticias del sector informal. Esto redundaría en perjuicio de las economías en desarrollo, ya que, ante el riesgo de ir a la cárcel si no pueden devolver los préstamos, los hombres y mujeres de negocios tienden a recurrir menos al crédito y sólo para operaciones muy rentables. También redundaría en perjuicio de la sociedad, puesto que el encarcelamiento de los empresarios dispuestos a asumir riesgos frena el desarrollo.

Los gobiernos pueden efectuar varias reformas del ordenamiento jurídico para abordar los problemas fundamentales de los mercados de crédito que dificultan garantizar los préstamos con bienes muebles.

- Modificar las leyes para permitir una mayor diversidad de garantías prendarias en una gama más amplia de transacciones de un grupo más extenso de personas.

- Hacer que los registros sean accesibles al público, reformar los registros estatales, reestructurar los registros públicos para permitir la competencia y privatizar los servicios de registro o permitir que los servicios de registro privados compitan con los públicos.

- Acelerar y abaratar los procedimientos ejecutivos de reclamación de deudas, modificando las leyes para permitir que los particulares contraten la recuperación y venta de los bienes sin intervención judicial y, cuando sea posible, sin intervención del gobierno. [F&D]

En este artículo se han utilizado los trabajos de varios abogados y economistas que han asesorado al Banco Mundial sobre diversas cuestiones relacionadas con la actividad crediticia del Banco y también estudios económicos y sectoriales en la esfera de las transacciones garantizadas.