



Ministerio de Economía y Finanzas

Documento de Trabajo

**Facilitando el Acceso al Crédito mediante un
Sistema Eficaz de Garantías Reales**

Lima, 13 de julio del 2001

Esta información ha sido actualizada al 13 de julio del 2001 y estará disponible en el en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas (www.mef.gob.pe), en el ícono "Consulta Ciudadana - Documentos de Trabajo"

Para cualquier sugerencia, pregunta o ampliación pueden dirigirse al correo haqui@mef.gob.pe

Queda autorizada la reproducción total o parcial de este documento, a condición que se cite la fuente.

La información contenida en este documento es de carácter referencial y no debe interpretarse como una recomendación para decisiones de inversión específica.

INDICE

Resumen ejecutivo

Introducción

I. Marco Conceptual	10
1. FUENTES DE FINANCIAMIENTO EMPRESARIAL.....	10
1.1 El financiamiento bancario.....	10
1.2 Financiamiento directo a través de proveedores	12
1.3 Financiamiento a través del Mercado de Valores	12
2. CONDICIONES PARA ACCEDER A FINANCIAMIENTO	13
3. LAS GARANTÍAS	14
II. Marco legal vigente de las garantías reales.....	15
1. CLASES DE BIENES	15
2. CLASES DE GARANTÍAS	16
2.1 La prenda	16
2.2 La hipoteca.....	18
3. REGISTRO DE LA GARANTÍA.....	19
4. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.....	20
4.1 Ejecución judicial de la garantía real.....	21
4.2 La ejecución extra judicial.....	23
4.3 El pacto comisorio.....	23
III. Diagnóstico del sistema de garantías reales peruano	24
1. ¿CUÁNTO CRÉDITO HAY EN EL PERÚ?	24
2. ¿QUIÉN PRESTA EN EL PERÚ?.....	25
2.1 Los bancos.....	25
2.2 Los proveedores.....	26
3. ¿QUÉ BIENES SE PUEDEN OTORGAR EN GARANTÍA?.....	28
3.1. Prenda e hipoteca.-.....	29
3.2. Múltiples registros de bienes y clases de garantías	30
3.3. Altos costos para registrar la garantía.-.....	32
4. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS.....	33
4.1. El acreedor no puede quedarse con el bien prendado o hipotecado.....	33
4.2. No puede pactarse la ejecución extra judicial	34
5. ¿QUIÉN QUEDAN FUERA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS? EL IMPACTO ECONÓMICO	36
IV. Propuesta: hacia una reforma integral que facilite el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales.....	37
1. BIENES Y OPERACIONES GARANTIZADAS	38
2. ACREEDORES Y DEUDORES	38
3. CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS.....	39
4. RANGO DE PRIORIDAD DE LAS GARANTÍAS	39
5. EL ARCHIVO ELECTRÓNICO DE AVISOS DE GARANTÍAS.....	39
6. EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS.....	40

Bibliografía

Resumen ejecutivo

La falta de acceso al crédito en el Perú se manifiesta de dos maneras: primero, pocas son las empresas que acceden al crédito y, segundo, de ellas la mayoría lo hace en condiciones muy onerosas. Esto limita el crecimiento de las empresas y detiene la generación de riqueza en el país. Peor aun, impide que las empresas peruanas compitan en igualdad de condiciones con empresas extranjeras que acceden a fuentes de financiamiento más baratas.

Una de las maneras como se puede facilitar el acceso a financiamiento es a través de un eficaz sistema de garantías reales, que permita al acreedor reducir el riesgo de no pago. Un sistema como tal debe permitir que todos los bienes de valor que integran el patrimonio de una empresa, como son los inventarios, los insumos, los bienes intangibles, las cuentas por cobrar, puedan explotarse como garantía. Al mismo tiempo un sistema eficaz de garantías reales debe ofrecer al acreedor la seguridad de que, ante el incumplimiento por parte de su deudor, contará con un bien de respaldo que le permita recuperar la cantidad prestada. Así, contribuyendo a reducir el riesgo de no pago en las operaciones de financiamiento, se logrará que fluyan más recursos hacia las empresas.

Uno de los principales obstáculos que limitan el acceso al crédito en el Perú es el marco legal aplicable a la constitución, registro y ejecución de garantías reales. En efecto, el sistema de crédito y garantías reales vigente en el Perú no contribuye eficazmente a reducir el riesgo de no pago en las operaciones de financiamiento y en consecuencia en carece el crédito.

- **El financiamiento bancario puede crecer.** Si bien los bancos peruanos otorgan el 90% del financiamiento empresarial, los S/. 41 676 millones de colocaciones del sistema financiero sólo representan el 26% del PBI. Este porcentaje de intermediación financiera es muy bajo en comparación con el 70% en Chile o el 150% en Estados Unidos y Canadá. Esto quiere decir que hay oportunidad de crecer y aportar a los procesos y actividades generadores de riqueza.
- **El crédito directo de proveedores es inexistente.** El interés de los proveedores por vender sus productos, así como el conocimiento que tienen del mercado, son incentivo suficiente para que el proveedor asuma un nivel de riesgo mayor al que puede asumir un banco para otorgar financiamiento. A pesar de que en países como Estados Unidos o Canadá más del 60% de financiamiento empresarial proviene de proveedores, esta fuente de financiamiento es casi inexistente en el Perú.
- **El marco legal resta valor a las garantías mobiliarias.** Son pocos los tipos de bienes que se otorgan en garantía en el Perú. Tal es el caso de los predios, los depósitos bancarios, los vehículos y, en menor medida, la maquinaria. Aquellas empresas cuyos activos más importantes están

constituidos por otros tipos de bienes, como puede ser el caso de las cuentas por cobrar, inventarios, insumos, intangibles o cosechas, quedan fuera del sistema de garantías y, en consecuencia, tienen un acceso más limitado a financiamiento.

- **Multiplicidad de registros hace ineficaz el sistema.** En el Perú existen 17 registros públicos de bienes, los mismos que al no encontrarse conectados entre sí provocan que el mismo bien pueda ser otorgado varias veces en garantía sin que el acreedor lo sepa. Además, cada uno de estos registros tiene sus propias reglas y requisitos, lo cual fomenta mayor confusión. Esta multiplicidad de registros también genera que en nuestra legislación estén dispersas 23 clases de garantías, cada una de las cuales tiene sus propias reglas sobre constitución, registro y ejecución.
- **No hay ejecución contractual o extra judicial.** Nuestro marco legal prohíbe el pacto comisorio y limita seriamente el pacto de ejecución extra judicial. Esto impide que las partes decidan cuál es el mecanismo más económico que permita al acreedor recuperar su dinero ante la falta de pago.
- **La ejecución judicial encarece el crédito.** La ejecución judicial en el Perú toma un promedio de entre 18 y 24 meses. Esta demora genera un impacto en la tasas de interés. Si el acreedor pudiera recuperar su dinero en un plazo prudencia del tres meses desde que se produce el incumplimiento, la tasa de interés aplicable al financiamiento podría reducirse hasta en tres puntos porcentuales.

En tal sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas presenta a través de este Documento de Trabajo una propuesta para que en el Perú podamos contar con un sistema de garantías reales eficaz, que contribuya de manera real a reducir el riesgo del acreedor en las operaciones de financiamiento y, por ende, a facilitar el acceso al crédito.

Así se propone un sistema de garantías reales que cuente con las siguientes características:

1. **Todos los bienes deben estar en aptitud de servir como garantía.** La Ley deberá permitir que se puedan constituir garantías reales sobre cualquier tipo de bien o derecho que acreedor y deudor consideren con relevancia económica, como pueden ser las cuentas por cobrar, los inventarios, los activos intangibles, las cosechas, entre otros.
2. **Incentivar el crédito directo a través de los proveedores.** Deben eliminarse todos los privilegios existentes en el acceso a las garantías más beneficiosas y efectivas, y reemplazarse por normas que permitan que cualquier agente económico pueda utilizar el mecanismo de las garantías para otorgar financiamiento.

3. **Uniformizar los distintos tipos de garantía real.** La Ley deberá establecer requisitos estandarizados para la constitución de cualquier clase de garantía, teniendo como meta la reducción dramática de los costos de transacción que actualmente genera un sistema que cuenta con 23 clases diferentes de garantías.
4. **Uniformizar las reglas sobre rangos y preferencias.** La Ley deberá regular los privilegios y las preferencias que muchas veces se otorgan en razón de las personas o de cierto tipo de actos jurídicos, estableciendo reglas uniformes entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes, derechos del Estado y otros que pudieran tener algún tipo de interés o derecho sobre los bienes otorgados en garantía
5. **Creación del Archivo Unico de Avisos de Garantía.** Este archivo tendrá las siguientes particularidades:
 - No se tratará de un registro de bienes, sino de un sistema de publicidad de garantías sobre cualquier tipo de bien o derecho en razón de la persona del constituyente.
 - Este sistema de publicidad no requerirá inscribir el contrato de garantía completo, sino únicamente la información mínima necesaria para informar al público acerca de la existencia de derechos preferentes.
 - El control de la legalidad se reducirá a la simple constatación de que se hayan llenado todos los campos del formulario que servirá para informar acerca de la garantía.
 - La información será ingresada a un archivo de base de datos electrónica de jurisdicción nacional, que permita ingresar información desde diferentes localidades, así como su libre e inmediato acceso público.
 - Las características técnicas de este Archivo posibilitará su concesión al sector privado en competencia, reservándose el Estado la importante función de establecer los estándares de competencia, las condiciones técnicas del Archivo y su supervisión.
6. **Incentivar mecanismos alternativos a la ejecución judicial.** Deberá otorgarse al acreedor garantizado el derecho a recuperar por vías extrajudiciales la posesión del bien en garantía sin perturbar el orden público y sin afectar los derechos del deudor. Así, deberá respetarse el derecho de las partes de celebrar libremente convenios respecto a mecanismos alternativos de ejecución, como es el pacto comisorio, velando únicamente en contra del abuso de tal institución.

Igualmente, deberá permitirse la venta extrajudicial de los bienes afectados en garantía, dentro de un marco legal que establezca los requisitos de venta y las sanciones en caso de abuso, cubriendo de esa manera el interés de ambas partes de que se obtenga el máximo beneficio en la venta del bien en garantía.

El presente Documento de Trabajo contiene un primer capítulo de marco conceptual, que explica el rol que cumplen las garantías reales para facilitar el acceso al crédito; un segundo capítulo de marco legal que explica las reglas básicas contenidas en la legislación peruana; un tercer capítulo de diagnóstico, que analiza las trabas que impiden el funcionamiento adecuado de las garantías reales, y; un cuarto capítulo de propuesta, que describe los lineamientos generales de lo que debe ser un nuevo sistema de garantías reales en el Perú;

Introducción

Uno de los mayores obstáculos para desarrollar actividad empresarial en nuestro país es el escaso acceso a fuentes de financiamiento. En efecto, el crédito en el Perú es costoso y difícil de obtener, especialmente para las Pymes. La gran mayoría de las empresas peruanas que acceden a financiamiento deben pagar altas tasas de interés, por lo que su rentabilidad se ve seriamente afectada. Esta limitación es más grave aún si reparamos que en un mundo globalizado nuestras empresas deben competir con empresas extranjeras que cuentan con financiamiento en condiciones más favorables. En ese sentido, el acceso al crédito tiene dos componentes: (i) quién accede al crédito, y (ii) en qué condiciones se accede a él.

Hay diversos factores que afectan el acceso a financiamiento como, por ejemplo, el riesgo-país, la inflación, la devaluación, los niveles de competencia, entre otros. Algunos de estos factores dependen del manejo macroeconómico o de coyunturas de orden político o financiero nacional e internacional.

Sin embargo, existen otros factores que también inciden en el costo del financiamiento pero que dependen del marco legal nacional (por ejemplo, la eficacia de las garantías que respaldan los créditos, el tiempo de duración de los procedimientos judiciales de cobranza, etc.). En otras palabras, el marco legal podría contribuir a que el mercado ofrezca tasas más bajas. Identificar cuáles son estos factores contribuye a facilitar el financiamiento en nuestro país a tasas competitivas.

En efecto, el riesgo de incumplimiento es un factor que incide en el nivel de las tasas de interés y que depende en gran medida del marco legal aplicable. Si quienes otorgan los préstamos pueden recuperar a tiempo su dinero, el costo de prestar será menor y la tasa de interés también. El marco legal tiene mucho que ver en este tema. Así, un marco legal que promueva la transparencia y el flujo de información, que brinde seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la ejecución oportuna de las garantías, que ofrezca un mecanismo efectivo de recuperación de deudas y de salida del mercado para empresas en problemas, contribuirá de manera importante a reducir el costo del financiamiento y a que más personas puedan ser sujetos de crédito. Así, la eficacia del sistema de garantías reales es un factor importante dentro del marco legal aplicable a las operaciones de financiamiento. Lo es también, sin la menor duda, el funcionamiento eficaz, oportuno y transparente del sistema judicial.

En ese sentido, el Gobierno de Transición es consciente de la necesidad de diseñar e implementar las reformas que sean necesarias para que nuestro marco legal sea una herramienta eficiente para facilitar el acceso al financiamiento empresarial. Este objetivo abarca tres grandes áreas:

- (i) impulsar el mercado de capitales como fuente alternativa de

- financiamiento¹;
- (ii) rediseñar un sistema de garantías reales² eficiente, que reduzca los costos de transacción y que permita una rápida y efectiva recuperación de los créditos, y;
 - (iii) contar con un sistema de reestructuración patrimonial que proteja al acreedor impago, permitiendo la reestructuración de empresas viables y la rápida salida del mercado de aquellas empresas no viables.

Este documento se ocupa del segundo componente, es decir, presenta un diagnóstico del sistema de garantías reales peruano y contiene una propuesta para superar sus defectos y convertirlo en una herramienta que favorezca el crédito.

En otras palabras, la propuesta contenida en este documento busca contribuir a democratizar el crédito, mediante la simplificación y desregulación del marco legal aplicable a la constitución³, perfeccionamiento⁴ y ejecución⁵ de garantías. Así, se propone un sistema único de garantías, que agrupe bajo las mismas reglas a toda clase de bienes y derechos así como a todo tipo de acreedores y deudores, que otorgue publicidad a los contratos de garantía y brinde información útil al público en general, que traslade a las partes la libertad y responsabilidad en el diseño y efectos de cualquier modalidad de garantía, y que facilite al acreedor impago una rápida y efectiva recuperación de su dinero.

La presente propuesta tiene como base las recomendaciones formuladas por los miembros de la Comisión nombrada por el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial N° 182-2001-EF-10 de fecha 6 de junio del 2001, la cual que estuvo presidida por el Dr. Jorge Avendaño Valdez, e integrada también por el Dr. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, el Dr. Alfredo Bullard Gonzales, la Dra. Lilian del Carmen Rocca Carbajal, quien actuó en representación de la Superintendencia de Banca y Seguros, y la Sra. Luccia Claudia Reynoso Paz, quien actuó en representación del Ministerio de Economía y Finanzas. Colaboraron con esta Comisión, el Dr. Juan García Montúfar Sarmiento, el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry y, en representación del Ministerio de Justicia, la Vice-Ministra de Justicia Dra. Amalia Ortiz de Zevallos. En base a sus recomendaciones, el Gabinete de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas ha elaborado este Documento de Trabajo.

¹ Ver también el documento de trabajo “Acceso a Financiamiento a través del Mercado de Valores”, preparado por el Ministerio de Economía y Finanzas y publicado en separata especial del diario oficial El Peruano con fecha 25 de abril del 2001.

² Se entiende por “garantía real” aquella en que se afecta un bien, en oposición a la “garantía personal” – como el aval o la fianza – en la que el garante es una persona. Las garantías reales más importantes son la prenda y la hipoteca.

³ Proceso mediante el cual se grava un bien al pago de un préstamo.

⁴ Proceso mediante el cual las partes establecen un rango de prioridad y de registro contra el bien en garantía.

⁵ Proceso mediante el cual los deudores se cobran la acreencia con la venta del bien.

I. Marco Conceptual

Un sistema de garantías eficaz se constituye en un medio para facilitar el financiamiento empresarial porque además de contribuir a disminuir el riesgo del acreedor también contribuye a generar un mayor número de fuentes de financiamiento.

1. Fuentes de financiamiento empresarial

En términos generales, una empresa tiene dos clases de necesidades financieras básicas. Por un lado, está el financiamiento para las inversiones a mediano o largo plazo, como ocurre con la adquisición de activos fijos por ejemplo, y por otro lado está el el capital de trabajo que una empresa requiere para financiar su actividad diaria y así generar ingresos.

Las empresas pueden obtener este financiamiento de varias formas. Así tenemos que el capital social que proviene de los socios de la empresa debería establecerse en función a las necesidades de financiamiento de largo plazo. Este capital permitirá el inicio de actividades de la empresa dotándola de cierta infraestructura básica. Cuando se trata de negocios de gran escala que requieren un capital social significativo, el mercado de valores ofrece la posibilidad de que los inversionistas atiendan dicho requerimiento patrimonial a través de las ofertas públicas.

Sin embargo, el patrimonio no puede satisfacer todas las necesidades de financiamiento de la empresa. Es por ello que las empresas requieren financiamiento externo, es decir, se endeudan. Esta clase de financiamiento puede ser obtenido de varias fuentes, dependiendo de quién lo solicita y para qué finalidad. La fuente tradicional de financiamiento en el Perú es el sistema bancario, al cual se acude para obtener préstamos de corto, mediano y largo plazo. Existen fuentes de financiamiento distintas pero que en la realidad peruana no constituyen una verdadera alternativa al financiamiento bancario, como es el caso del financiamiento directo de los proveedores y el endeudamiento a través del mercado de valores (bonos corporativos y papeles de corto plazo).

1.1 El financiamiento bancario

En los países desarrollados el financiamiento bancario contribuye de manera decisiva a la generación de riqueza. Así tenemos, por ejemplo, que el total de colocaciones del sistema bancario en los Estados Unidos equivale al 150% de su Producto Bruto Interno (PBI). Igualmente, el total de colocaciones del sistema bancario chileno equivale casi al 70% del PBI de ese país.

El banco es un intermediario entre los agentes superavitarios (depositantes) y los agentes deficitarios (personas y empresas que requieren financiamiento). En ese sentido, los bancos prestan a sus clientes el dinero que reciben del público depositante. Es por esa razón principalmente que la actividad bancaria cuenta con regulaciones especiales que buscan proteger el ahorro del público que se deposita en los bancos. Es también esa la razón por la que el sistema financiero es supervisado por un ente regulador que vigila constantemente su correcto funcionamiento.

La protección de los depósitos determina que el marco legal aplicable a las actividades bancarias limite y controle los riesgos que asume cada banco al momento de prestar dinero. En ese sentido, por ejemplo, la regulación exige que los bancos efectúen mayores provisiones en la medida en que asumen mayores riesgos, todo lo cual determina que las operaciones riesgosas sean más costosas para el banco. Tal sería el caso de una garantía que recae sobre derechos de autor que, al no ser considerada por la regulación como *garantía preferida*, obliga al banco a provisionar un porcentaje mayor al que provisionaría si la garantía recayera sobre un inmueble. Ello en función de que el banco reduce más el riesgo con el respaldo de un inmueble que con el respaldo de unos derechos de autor. Esta lógica corresponde no a que intrínsecamente los derechos de autor sean menos valiosos que un inmueble sino a que el marco legal dificulta aun más la constitución, registro y ejecución de una garantía que recae sobre derechos de autor.

De la misma manera, la regulación obliga a los bancos a diversificar su cartera de préstamos a diversos sectores productivos o empresariales, así como a controlar la magnitud de los préstamos que se hacen a una empresa o grupo empresarial en particular.

En tal sentido, la regulación obliga a los bancos a reducir sus riesgos en aras de la proteger los ahorros del público. Esto determina que no todas las personas, empresas o proyectos califiquen como cliente para financiamiento bancario. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellas empresas cuyos activos más importantes no califican por la regulación bancaria como *garantía preferida*, como sería el caso de los negocios vinculados a los derechos de autor⁶, las patentes, las cosechas agrícolas, las carteras de créditos, entre otros rubros. Otra consecuencia es que el financiamiento bancario sea excesivamente oneroso en determinadas circunstancias en la medida en que el banco deba incurrir en costos de supervisión demasiado altos. Así, podríamos afirmar que el financiamiento bancario no es

⁶ Ver Documento de Trabajo "Promoviendo un marco institucional para la valorización de la propiedad intelectual en el Perú", Indecopi. Publicado en separata especial del diario oficial El Peruano el 22 de agosto del 2000.

necesariamente apropiado para todas las actividades empresariales sino sólo para aquellas que permiten al banco cumplir con los requerimientos de control y supervisión de la regulación bancaria. Es por ello que en algunos casos las empresas requieren fuentes de financiamiento alternativas al sistema bancario, que permitan llenar esos vacíos que un banco no puede satisfacer. Nos estamos refiriendo básicamente al financiamiento directo a través de proveedores y al financiamiento a través del mercado de valores, los mismos que desarrollamos a continuación.

1.2 Financiamiento directo a través de proveedores

Así como hemos sostenido que el financiamiento bancario contribuye de manera importante a la generación de riqueza en los países desarrollados, tratándose del financiamiento directo a través de los proveedores de bienes y servicios la contribución a la generación de riqueza puede ser aun mayor. Tal es el caso de países como Estados Unidos y Canadá, en donde el crédito directo de los proveedores constituye la mayor fuente de financiamiento, llegando a representar hasta el 60% del total proveniente de todas las fuentes de financiamiento.

Si bien un proveedor de productos no está en el negocio de prestar dinero, como es el caso de los bancos, sí es común que esté dispuesto a financiar a sus clientes con el objetivo de incrementar sus ventas. En ese sentido, los proveedores también otorgan financiamiento no como finalidad de su negocio sino como un medio para vender sus productos.

Ese interés por vender así como un mejor conocimiento del mercado y de sus compradores, son incentivo para que los proveedores asuman el riesgo de financiar a sus compradores. Los bancos no tienen generalmente estos incentivos para prestar y, además, no pueden asumir el mismo nivel de riesgo que los proveedores especializados por cuanto se deben cuidar los ahorros del público. A ello debemos agregar que si la garantía que respalda el financiamiento recae sobre los bienes que el mismo proveedor vende, entonces éste estará en mejor posición que un banco para valorizarlos y eventualmente venderlos nuevamente. En tal sentido, el financiamiento directo a través de proveedores permite que el crédito llegue a donde no pueden llegar los bancos.

1.3 Financiamiento a través del Mercado de Valores

Una fuente de financiamiento alternativa a las dos anteriores es el mercado de valores. Una empresa puede captar recursos a través del mercado de valores en lugar de tomar un préstamo bancario. En efecto, en el mercado de valores concurren quienes necesitan recursos (empresas, gobierno, entre otros) y quienes cuentan con recursos disponibles (inversionistas). El dinero captado por los emisores es destinado al financiamiento de

proyectos de inversión, entregando a cambio valores mobiliarios (acciones, bonos, instrumentos de corto plazo, etc.), que según sea el caso, otorgan derechos en la participación en las ganancias de la empresa (dividendos), en la adopción de acuerdos sociales (derecho al voto en las Juntas Generales de Accionistas), y/o a recibir pagos periódicos de intereses. Al igual que un banco o un proveedor, el mercado de valores ofrece diversas alternativas de financiamiento e inversión de acuerdo a las distintas necesidades que puedan tener los emisores o los inversionistas, en términos de rendimiento, liquidez y riesgo.⁷

En países como los Estados Unidos, Inglaterra y Chile, el mercado de valores constituye una fuente de financiamiento empresarial importante que actúa de manera complementaria a las demás fuentes de financiamiento empresarial.

Sin embargo, el financiamiento a través del mercado de valores no es apropiado para todas las empresas ni para todas las actividades y necesidades. Sus altos costos de transacción determinan que este tipo de financiamiento sea apropiado sólo para necesidades significativas que permitan diluir dichos costos.⁸

2. Condiciones para acceder a financiamiento

Si bien, como se desarrolló en el punto anterior, hay distintas fuentes de

⁷ Una de las principales diferencias entre el sistema bancario y el mercado de valores es que los precios de los activos negociados en éste último son resultado del encuentro directo entre la oferta y la demanda de financiamiento. Una eficiente formación de precios permitirá que tanto los inversionistas como las empresas puedan maximizar sus objetivos, siendo por ello necesario que exista la mayor transparencia sobre los emisores y los valores emitidos por ellos, sobre las transacciones que con ellos se realicen, y sobre los intermediarios. Por esta razón, es fundamental para un mercado de valores garantizar la apertura de información, exigir altos estándares contables y penalizar el uso de información privilegiada. Una segunda diferencia se refiere a que aquella empresa que solicita un préstamo al banco recibe el dinero sin saber de dónde viene, es decir, sin tener ningún contacto con aquel depositante cuyo dinero le es entregado en préstamo. De la misma manera, el ahorrista que realiza un depósito en una cuenta no sabe qué hará el banco con su dinero ni a quién se lo entregará en préstamo. Como hemos dicho, el banco asume el riesgo en ambos casos. Esto es lo que se conoce como "*intermediación indirecta*". En el caso del mercado de valores, por el contrario, sí interactúan de manera directa la empresa que capta recursos y el inversionista que se los proporciona. Esto se denomina "*intermediación directa*", y tiene algunas consecuencias. En principio, y bajo ciertas condiciones, el mercado de valores busca ser una fuente de financiamiento más barata que el sistema bancario en razón de que no tiene el componente de intermediación indirecta. El banco, al intermediar entre depositantes y prestatarios, es responsable por los fondos prestados y de una adecuada medición de los riesgos asociados, lo que se traduce en la reducción de la retribución de los depósitos y el incremento de la tasa en las operaciones de crédito. A ello hay que agregar el margen de utilidad para el banco. En ese sentido, un mercado de valores eficiente, permitirá que los emisores puedan financiarse a un menor costo y que los inversionistas reciban una mejor retribución por su dinero. Al respecto ver el Documento de Trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas, "Acceso a Financiamiento a través del Mercado de Valores", publicado en separata especial del diario oficial El Peruano con fecha 25 de mayo del 2001.

⁸ *Ibidem*, pp. 13. Estos costos están referidos a los servicios de estructuración, colocación, contratación del representante de obligacionistas, clasificación de riesgo, servicios legales y contables, entre otros..

financiamiento empresarial, en cada caso concreto el acceso al crédito está íntimamente ligado al riesgo de incumplimiento que asume el acreedor. En efecto, nadie presta dinero para que no le paguen (peor aun si, como en el caso de los bancos, el dinero que se presta corresponde a terceras personas - los ahorristas).

Por otro lado, el acceso al crédito no sólo está relacionado con el número de personas y empresas que califican como sujetos de crédito, sino también con las condiciones del préstamo, es decir, a qué tasa de interés se presta el dinero. En ese sentido, el nivel de riesgo que ofrecen los deudores será determinante al momento en que el deudor fije la tasa de interés. A mayor riesgo, mayor costo para el deudor y, por ende, mayor tasa de interés.

Así, el acceso al crédito queda en realidad limitado a aquellas personas o empresas que ofrecen un riesgo “aceptable” para quien presta el dinero. Esto se logra generalmente demostrando solvencia y/o con el respaldo de una garantía que asegure al deudor la recuperación efectiva de su dinero ante una eventual falta de pago.

Son dos, pues, las condiciones básicas que debe reunir un deudor para acceder a financiamiento: (i) solvencia, es decir, demostrar capacidad de pago; y (ii) una garantía que asegure la recuperación del monto adeudado.

3. Las garantías

Las garantías permiten al acreedor reducir el riesgo de incumplimiento por parte del deudor ya que al ejecutarla se puede hacer cobro de su acreencia. Mediante la constitución de una garantía, el acreedor se asegura la recuperación del monto prestado al deudor.

La garantía puede ser personal o real. La primera supone la participación de una tercera persona distinta al deudor que se obliga frente al acreedor a responder con su patrimonio en caso de incumplimiento. A esta tercera persona se le denomina fiador o garante, y si consta en un título valor se le llama aval.

La garantía real, por su parte, es aquella que recae sobre un bien para otorgar preferencia en el cobro, permitiendo al acreedor cobrarse la deuda en caso de no pago. Ese es el caso de la prenda y la hipoteca.

Generalmente, el otorgamiento de una garantía real es determinante para el otorgamiento de un crédito. Por esta razón es importante que el deudor pueda disponer de sus activos para otorgarlos en garantía. Así, tenemos que cualquier activo de la empresa puede cumplir con los objetivos de una garantía real, en la medida en que su valor cubra el monto del financiamiento. Lo importante es que la empresa pueda explotar todos sus activos y sacar provecho de estos usándolos como garantía.

Los créditos respaldados con garantía real tienen generalmente mejores condiciones (tasa más baja) que los créditos sin garantía. Asimismo, generalmente aquellos créditos respaldados con garantías que aseguren al acreedor una recuperación efectiva y rápida (por ejemplo, la prenda sobre cuenta bancaria en favor del mismo banco) tendrán una tasa de interés más baja que aquellos créditos respaldados con garantías que no permitan una recuperación efectiva (como sería el caso de todas aquellas garantías que requieren ejecutarse judicialmente). En esa misma línea, mientras mayor sea el tiempo que demore la ejecución de las garantías, mayor será el costo de prestar dinero en el Perú y por ende mayor será la tasa de interés.

En conclusión, las garantías facilitan el acceso al crédito, permitiendo que más personas accedan a él y contribuyendo a reducir la tasa de interés. Del marco legal aplicable dependerá en qué medida se alcanza dicho propósito.

II. Marco legal vigente de las garantías reales

Los derechos reales de garantía se encuentran regulados en el Código Civil dentro del Libro V correspondiente a los Derechos Reales⁹. En ese sentido, el tratamiento de esta clase de garantías tiene una estrecha vinculación con lo normado por el Código Civil en materia de derechos de propiedad y bienes en general.

1. Clases de bienes

Hemos sostenido que las empresas requieren utilizar sus activos como garantía para acceder a financiamiento. Los activos más comunes en una empresa son las máquinas, los inventarios, las acciones, los vehículos, el local, etc. El Código Civil contiene una clasificación de estos bienes para efectos de su utilización como garantía.

De acuerdo a los artículos 885¹⁰ y 886¹¹ del Código Civil existen dos clases de

⁹ Decreto Legislativo N° 295, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de julio de 1984.

¹⁰ Código Civil, Artículo 885.- “Son inmuebles: 1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo. 2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales. 3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos. 4.- Las naves y aeronaves. 5.- Los diques y muelles. 6.- Los pontones, plataformas y edificios flotantes. 7.- Las concesiones para explotar servicios públicos. 8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares. 9.- Las estaciones y vías de ferrocarriles y el material rodante afectado al servicio. 10.- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro. 11.- Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.”

¹¹ Código Civil, Artículo 886.- “Son muebles: 1.- Los vehículos terrestres de cualquier clase. 2.- Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. 3.- Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal. 4.- Los materiales de construcción o procedente de una demolición si no están unidos al suelo. 5.- Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales. 6.- Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares. 7.- Las rentas o pensiones de cualquier clase. 8.- Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles. 9.- Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro. 10.- Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.”

bienes, los muebles y los inmuebles. En principio esta clasificación separa los bienes muebles, como un automóvil por ejemplo, de aquellos que no pueden moverse, como una casa o una mina. Sin embargo, la clasificación ha dejado de lado el criterio de la movilidad para, de manera confusa, clasificarlos en función al tipo de garantía que recae sobre cada tipo de bien. Es por ello que, por ejemplo, un avión es clasificado por el Código Civil como bien inmueble a pesar de que es un bien que sí se mueve. Lo que ocurre es que, al igual que un edificio, la garantía que recae sobre un avión es una hipoteca, y en el razonamiento del Código Civil aquellos bienes que pueden ser objeto de una hipoteca sólo pueden ser inmuebles.

2. Clases de garantías

Dependiendo de la clase de bienes sobre la cual se constituye una garantía, ésta puede ser una prenda o una hipoteca. Así tenemos que la prenda se constituye sobre bienes muebles mientras que la hipoteca se constituye sobre bienes inmuebles.

2.1 La prenda

La prenda es un derecho real de garantía que se constituye sobre bienes muebles. Por ello, el concepto de "garantías reales" comprende a la prenda sobre aquellos bienes muebles mencionados en el artículo 886 del Código Civil antes citado.

Antiguamente se concibió la prenda como una figura que obligaba a la pérdida de posesión del bien por el deudor. Esta visión fue superada desde finales del siglo pasado, cuando las necesidades de fomentar el desarrollo del crédito dejó en claro los inconvenientes de una garantía como la prenda basada en la desposesión del bien por parte del deudor, privándole de instrumentos útiles de producción con los cuales obtener dinero para pagar sus deudas. Surge así la prenda sin desplazamiento, o prenda con entrega jurídica, para la cual la publicidad registral es un complemento indispensable¹².

Dentro de la regulación de los derechos reales de garantía, nuestro Código Civil incluye una serie de preceptos que regulan la constitución, los elementos, los requisitos, las características, su extinción, los requisitos de validez del contrato de prenda, así como los derechos de las partes involucradas en la relación jurídica.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1055 del Código Civil, la

¹² Esto llevó a que en la doctrina jurídica peruana se proponga una clasificación de bienes alternativa, la de bienes registrables y no registrables.

prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación¹³.

Es importante destacar que el artículo 1058 del Código Civil establece dos requisitos para la validez de la prenda: constitución por el propietario y entrega del bien¹⁴.

- a. **Constitución por el propietario.** Debe gravar el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente. A través de esta disposición, se pretende asegurar que las personas que constituyan prenda tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto. En este último caso, se exige la capacidad de disposición, pues se está ante un gravamen que lleva consigo la posibilidad de una enajenación del objeto en caso de impago de la obligación garantizada. Lo expuesto tiene su correlato en lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, el cual establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.
- b. **Entrega del bien.** El bien debe entregarse física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la persona que señalen las partes. De esta manera, el Código Civil ha dado cabida a las dos formas desarrolladas por la doctrina para la constitución de la garantía real de prenda: la prenda con entrega física o con desplazamiento y la prenda jurídica o sin desplazamiento.

Por su parte, el artículo 1062 del Código Civil exige que el documento en el que conste la prenda mencione la obligación principal y contenga una designación detallada del bien gravado¹⁵. Cuando se alude a obligación principal, el Código Civil corrobora lo ya dicho anteriormente, en el sentido que las garantías reales son accesorias de una obligación principal. Sin ella no pueden existir, y sólo están vinculadas a ella. No cabe pues una transmisión aislada de la garantía a favor de otro crédito distinto. De ahí que la transmisión o extinción de la obligación implicará la transmisión o extinción de la prenda. Asimismo, cabe señalar que el requisito de mencionar la obligación principal y designar en forma detallada el bien gravado tiene su sustento en el hecho de asegurar, por un lado, que el

¹³ Código Civil, “Artículo 1055.- La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.”

¹⁴ Código Civil, “Artículo 1058.- Son requisitos para la validez de la prenda: 1.- Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente. 2.- Que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059.”

¹⁵ Código Civil, “Artículo 1062.- El documento en que consta la prenda debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado.”

deudor esté consciente de a qué se está obligando y a cuánto asciende el gravamen que pesa sobre el bien dado en prenda y ,por el otro, en la certeza del acreedor de saber a cuánto asciende su acreencia y las medidas de seguridad acordadas para un eventual incumplimiento.

Por su parte, el artículo 1059 del Código Civil regula la entrega jurídica de la prenda. Esta norma dispone que la entrega jurídica sólo procede en el caso de bienes muebles registrados, operando los efectos jurídicos de la prenda desde que dicho acto sea inscrito en el registro respectivo. Al respecto, merece la pena señalar que a través de este artículo, el legislador ha salvado el inconveniente que siempre se ha puesto a la prenda tradicional (con desplazamiento): el que el deudor se veía despojado de la posesión del bien, disminuyendo así las posibilidades de que la garantía prendaria sea un procedimiento de fácil utilización para conseguir un crédito¹⁶.

Sin embargo, si bien el tratamiento general de la prenda está contenido en el Código Civil, existen leyes especiales que regulan diversos tipos de prenda, cada una de las cuales establece reglas distintas sobre su constitución, registro y ejecución. Así tenemos que en el Perú existen por lo menos 11 prendas especiales:

1. Prenda de acciones
2. Prenda de acciones inmateriales
3. Prenda comercial
4. Prenda agrícola
5. Prenda industrial
6. Prenda minera
7. Prenda sobre derechos por cobrar
8. Prenda global y flotante
9. Prenda de motores
10. Prenda de derechos Inmateriales
11. Prenda de Créditos

Es por ello que todas aquellas reglas que se encuentran en el Código Civil y que hemos explicado en esta sección quedan de lado cuando se trata de las prendas especiales.

2.2 La hipoteca

La hipoteca es una garantía que únicamente se constituye sobre bienes inmuebles, de acuerdo a la clasificación contenida en el artículo 885 del

¹⁶ Código Civil, “Artículo 1059.- Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo.”

Código Civil. En ese sentido, la hipoteca no supone la desposesión del bien afectado sino mas bien su inscripción en el registro público pertinente.

En efecto, de acuerdo al artículo 1099 del Código Civil, uno de los requisitos para la validez de la hipoteca es que ésta se inscriba en el correspondiente registro público de propiedad¹⁷.

Una característica particular de la hipoteca que la diferencia de la prenda es que para constituir la se requiere necesariamente de escritura pública. Es decir que no basta con un contrato simple sino que se requiere la intervención de notario para que otorgue una escritura pública.

Por todo lo demás, la hipoteca no guarda mayor diferencia con la prenda con entrega jurídica.

3. Registro de la garantía

Un registro público de garantías debe cumplir dos funciones básicas: publicitar que determinado bien ha sido otorgado en garantía, y, establecer un rango de preferencias sobre la garantía entre los diversos acreedores que pueden haber. Sin embargo, como veremos en los párrafos siguientes, los registros públicos en el Perú fueron creados con otro propósito, el de identificar propiedad.

El régimen legal de los registros públicos está definido y regulado en el Código Civil, el mismo que determina la existencia de dos registros públicos de bienes: el registro de la propiedad inmueble y el registro de bienes muebles¹⁸. En ambos casos se trata de registros cuyo principal fin es identificar la propiedad y otros derechos que recaen sobre bienes claramente definidos. El artículo 2009 admite la existencia de registros especiales como los de naves, aeronaves, prenda agrícola, etc¹⁹.

Nuestro Código Civil, y nuestro ordenamiento en general, conciben que deben existir tantos registros como clases de bienes hay. Esto tiene lógica cuando el propósito del registro es identificar el bien y a su propietario. Así, cada registro debe adecuarse a la naturaleza propia de cada clase de bienes, razón por la

¹⁷ Código Civil, “Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca: 1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley. 2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable. 3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.”

¹⁸ Código Civil, “Artículo 2008.- Los registros públicos de que trata este Libro son los siguientes: 1.- Registro de la propiedad inmueble. 2.- Registro de personas jurídicas. 3.- Registro de mandatos y poderes. 4.- Registro personal. 5.- Registro de testamentos. 6.- Registro de sucesiones intestadas. 7.- Registro de bienes muebles.”

¹⁹ Código Civil, “Artículo 2009.- Los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, a sus leyes y reglamentos especiales. Quedan comprendidos en el párrafo anterior los registros de naves, de aeronaves, de prenda agrícola y los demás regulados por leyes especiales.”

cual tenemos registros de automóviles, naves, aeronaves, predios, acciones societarias, concesiones mineras, marcas, nombres comerciales, etc, cada uno con sus propias leyes, reglas y requisitos.

En el Perú las garantías se inscriben en los registros de propiedad. Sin embargo ha sido necesario ir creando nuevos registros que permitan que determinados tipos de bienes, que no contaban con un registro de propiedad, puedan ser entregados en garantía. Así, estos nuevos registros especiales se han ido creando con el único propósito de incorporar más bienes al sistema de prenda con entrega jurídica.

Es por esta razón que en el Perú tenemos 17 registros sobre los que puede inscribirse una garantía, algunos de los cuales son registros de propiedad y otros propiamente de garantía:

1. Registro de Valores representados por anotaciones en cuenta²⁰
2. Registro de Prenda Agrícola
3. Registro de Prenda de Motores
4. Registro de Prenda Industrial
5. Registro de Derechos Mineros
6. Registro Fiscal de Ventas a Plazos
7. Registro Predial Urbano
8. Registro Especial de Predios Rurales
9. Registro de Naves
10. Registro de Aeronaves
11. Registro Vehicular
12. Registro de la Propiedad Inmueble
13. Registro de Prenda Global y Flotante
14. Registro de Marcas
15. Registro de Patentes
16. Registro de Derechos de Autor
17. Registro de Embarcaciones Pesqueras

Cada uno de estos registros tiene sus propias reglas y requisitos particulares. Además, es posible registrar una garantía sobre un mismo bien en más de un registro a la vez, como podría ocurrir con un vehículo automotor que puede ser objeto de prenda vehicular y al mismo tiempo de una prenda global y flotante. Cabe señalar que estos registros no se encuentran interconectados.

4. Ejecución de la garantía

²⁰ Cavali ICLV S.A. es la entidad responsable de llevar el registro de valores representados por anotaciones en cuenta así como de anotar gravámenes sobre ellos. El registro de acciones que no se encuentran representadas por anotación en cuenta sino por certificados físicos es llevado por cada una sociedad emisora.

Existen dos formas de llevar a cabo la ejecución forzada de los bienes para satisfacer obligaciones de derecho privado: la ejecución judicial y la ejecución extrajudicial pactada contractualmente. Sin embargo, cabe precisar que esta última sólo procede tratándose de prenda y no de hipoteca.

En efecto, el artículo 1069 del Código Civil faculta al acreedor de la obligación garantizada por el derecho real de prenda a proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación, en caso de incumplimiento del deudor. Agrega que tal exigencia se tramita, a falta de pacto, como proceso judicial de ejecución de garantías.²¹ Sin embargo, esta regla no es homogénea tratándose de las prendas especiales que, como hemos señalado, tienen sus propias reglas. En efecto, si bien el Código Civil admite el pacto de ejecución extra judicial para el caso de la prenda, por efecto de las leyes que regulan las 11 prendas especiales en la realidad ese pacto no se da y la mayoría de prendas terminan ejecutándose por la vía judicial.

Adicionalmente, existe una tercera forma de ejecución, mediante la cual el acreedor se apropia del bien materia de la garantía sin necesidad de éste sea vendido a terceros. Se trata del pacto comisorio, figura que a pesar de su utilidad se encuentra prohibida en nuestra legislación.

4.1 Ejecución judicial de la garantía real

El proceso de ejecución de garantías reales se encuentra normado en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC)²². El artículo 720 del CPC dispone que el ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor. Añade que si el bien a ejecutar fuera mueble, debe presentarse un documento que contenga una tasación comercial actualizada realizada por dos peritos especializados con sus firmas legalizadas, no siendo necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma. Tratándose de un bien registrado, se anexará el respectivo certificado de gravamen²³. El artículo 721 dispone que una vez

²¹ Código Civil, “Artículo 1069.- Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitablemente el pago.”

²² Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 1993.

²³ CPC, “Artículo 720.- Procedencia y Competencia.-Las normas del presente Capítulo se aplican a la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe. El ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor. Si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, según corresponda, con sus firmas legalizadas. Si el bien fuere mueble, debe presentarse similar documento de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser

admitida la demanda se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía. Transcurrido el plazo sin haberse pagado la obligación o declarada infundada la contradicción del ejecutado, el juez ordenará el remate del bien dado en garantía²⁴.

4.1.1 El remate judicial

El artículo 728 del Código Procesal Civil (a partir del cual se regula el remate) establece que una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados. El juez al ordenar la tasación dispone lo siguiente:

- a. El nombramiento de dos peritos; y
- b. El plazo dentro del cual, luego de su aceptación, deben presentar su dictamen, bajo apercibimiento de subrogación y multa.

Por su parte, el artículo 729 del CPC regula la tasación convencional, al mencionar que no es necesaria la tasación si las partes han convenido el valor del bien o su valor especial. Sin embargo, el juez puede, de oficio o a petición de parte, ordenar la tasación si considera que el valor convenido está desactualizado. Tampoco es necesaria la tasación cuando el bien afectado es dinero o tiene cotización en el mercado de valores o su equivalente.

Aprobada la tasación o siendo innecesaria ésta, el juez convoca a remate, fijando día y hora y nombrando el funcionario que lo efectuará. La convocatoria a remate se anuncia en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar del remate por tres días en el caso de bienes muebles.

Tratándose de bienes muebles registrados, el juez dispondrá, luego de depositado el precio dentro del tercer día en el Banco de la Nación a la orden del juzgado por el adjudicatario, la transferencia de propiedad del bien prendado a éste, mediante resolución que contendrá:

efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas. No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma. Tratándose de bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen. La resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo y sólo se notificará al ejecutado cuando quede consentida o ejecutoriada. Es competente el Juez Civil.”

²⁴ CPC, “Artículo 721.- Mandato de ejecución.- Admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía.”

- a. La descripción del bien;
- b. La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre éste, salvo la medida cautelar de anotación de demanda;
- c. La indicación de que se expidan los partes judiciales para su inscripción en el registro respectivo, los que contendrán la transcripción del acta de remate y del auto de adjudicación.

Sólo entonces, después de finalizado el proceso de ejecución y una vez rematado el bien, el acreedor podrá recuperar lo adeudado. Si el monto resultante del remate no fuera suficiente, el acreedor deberá dirigirse contra los demás bienes que conforman el patrimonio del deudor.

4.2 La ejecución extra judicial

El artículo 1069 del Código Civil prevé la posibilidad que las partes que celebran un contrato y que acuerdan preñar un bien para garantizar las obligaciones asumidas, determinen la forma cómo se va a ejecutar el mismo en caso se incumpla con las obligaciones pactadas. En este caso, la forma de ejecución queda a la libertad de las partes. En caso que no haya un pacto al respecto, deberá recurrirse a la ejecución judicial.

Sin embargo, la ejecución extrajudicial sólo está permitida para el caso de prendas y no para la ejecución de hipotecas. En este último caso, la única vía legal para ejecutar la garantía es la judicial.

4.3 El pacto comisorio

El pacto comisorio constituye una cláusula del contrato de garantía sobre cosas muebles que faculta al acreedor, en caso de vencer la deuda y no pagarla el deudor, para quedarse con el objeto que constituye la garantía de la obligación²⁵.

Ocurre que en el Perú esta práctica se encuentra prohibida. Así, el artículo 1066 del Código Civil Peruano prohíbe que ante la falta de pago, el acreedor se apropie del bien recibido en prenda²⁶. Igualmente, el artículo 1111 del Código Civil prohíbe el pacto comisorio en la hipoteca²⁷.

²⁵ El remoto antecedente de este pacto se encuentra en la estipulación romana entre el acreedor pignoraticio y su deudor, que permitía al primero, cuando no cumplía el segundo, apropiarse de lo dado en prenda.

²⁶ Código Civil, “Artículo 1066.- Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien preñado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario.”

²⁷ Código Civil, “Artículo 1111.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.”

III. Diagnóstico del sistema de garantías reales peruano

Si el marco legal de las garantías reales es adecuado entonces cabe preguntarse por qué existen problemas en la constitución y ejecución de las garantías, por qué el sistema es costoso y por qué sólo acceden al crédito los propietarios de bienes inmuebles.

Lo que ocurre es que existen trabas en el marco legal e institucional peruano que dificultan el otorgamiento de créditos con garantía²⁸. Las causas son de diversa naturaleza: restricciones legales para que cada empresario diseñe un esquema de garantías que se adecúe a su actividad particular, el impedimento para que cualquier bien pueda ser otorgado en garantía, la falta de un registro único de garantías y, finalmente, un sistema de ejecución judicial de garantías lento e impredecible que beneficia al mal pagador.

1. ¿Cuánto crédito hay en el Perú?

El financiamiento en el Perú llega a 46 000 millones de soles²⁹. Esta cantidad representa el 28% del PBI. Si comparamos estas cifras con lo que ocurre en otros países, queda claro que el financiamiento de las actividades económicas en el país es bastante pobre y que son pocos quienes acceden a financiamiento. En efecto, el crédito en países como los Estados Unidos y Canadá representa hasta 3 veces su PBI.

	Total de crédito colocado en el país (como porcentaje de su PBI)
Estados Unidos / Canadá	300%
Perú	28%

Fuente: Center for the Economic Analysis of Law - CEAL

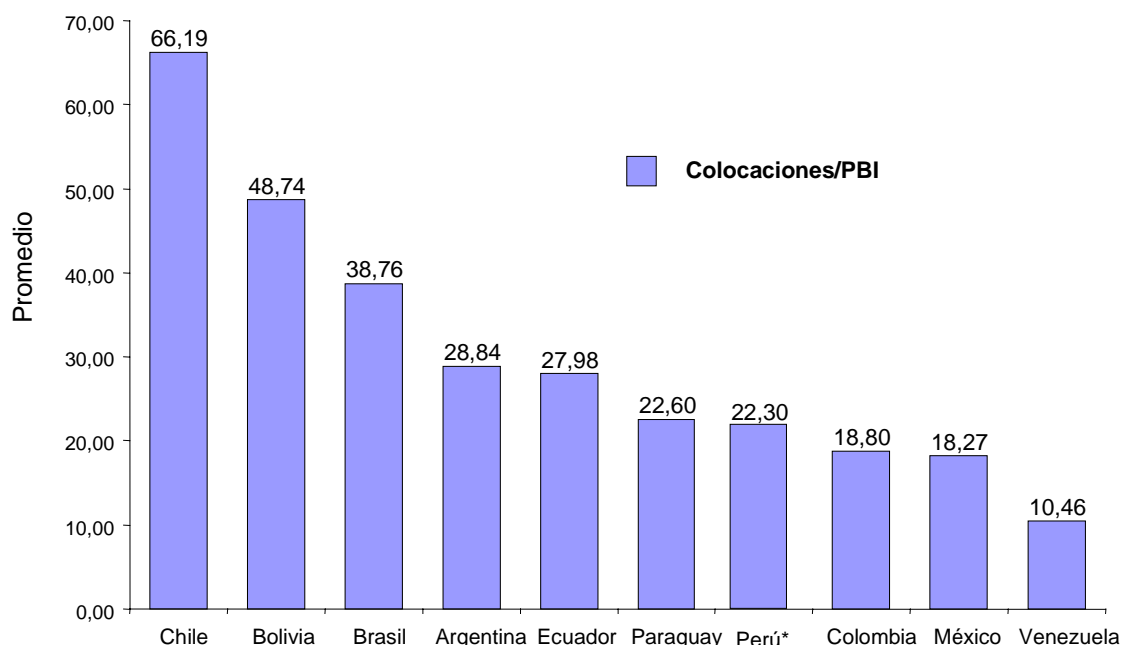
En otros países de la región, el crédito a través del sistema bancario también es significativamente mayor al peruano. Como puede apreciarse en el siguiente cuadro, en el Perú los bancos sólo colocan el equivalente al 26% del PBI nacional mientras que en Chile ese indicador llega a casi 70%.³⁰

²⁸ Fleisig W. Heywood, De la Peña Nuria y Fernando Cantuarias .- “Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias”, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú 2000.

²⁹ Fuente Superintendencia de Banca y Seguros y Conasev, Marzo 2001.

³⁰ Fondo Monetario Internacional: Perú: Statistical. Annex. IMF Staff Country. Report N° 99/75, agosto 1999, Cuadro 3, p. 7; Cuadro 36, p. 44.

Intermediación Bancaria en América Latina



(*) a marzo del 2001

Fuente: LatinFinance

Estas cifras muestran que el crédito en el Perú llega a pocas personas y que es bastante reducido. Así, el financiamiento no tiene un peso relativo importante en la generación de riqueza en el país. Facilitar el acceso a mayores y mejores fuentes de financiamiento podría generar un mayor PBI y así contribuir al desarrollo del país.

2. ¿Quién presta en el Perú?

Como se desprende la sección anterior, casi el 90% del financiamiento en el Perú proviene directamente de los bancos. El 10% restante proviene del mercado de valores (bonos corporativos)³¹ y otras fuentes menores.

2.1 Los bancos

Esta prevalencia del sistema financiero sobre otras fuentes de financiamiento en el Perú no se da en otros países.

³¹ Documento de Trabajo “Acceso a Financiamiento a través del Mercado de Valores”, pp. 09

	Crédito otorgado por instituciones financieras	Otras fuentes de financiamiento
Estados Unidos / Canadá	40%	60%
Perú	90%	10%

Fuente: Center for the Economic Analysis of Law - CEAL

Al no existir otras fuentes significativas de financiamiento, el total de la demanda por crédito en el Perú recae sobre los bancos. Esto puede generar, por un lado, una fuerte presión hacia los bancos para satisfacer esta demanda y, por otro lado, un descontento generalizado en relación con el sistema bancario al ser visto como el único responsable de la falta de crédito.

2.2 Los proveedores

El 60% del total de financiamiento de las empresas en Canadá, por ejemplo, no proviene de los bancos sino del mercado de valores y, sobre todo, directamente de los proveedores de productos y servicios. Esto último tiene grandes ventajas que en el Perú no se presentan.

(i) **El crédito de proveedores llega adonde no llegan los bancos.** El interés de los proveedores por vender, su mejor posición para valorizar los bienes que comercian y el mejor conocimiento del mercado y de sus compradores, son incentivo suficiente para que asuman el riesgo de financiar a sus compradores. Esto permite que el crédito llegue a donde no pueden llegar los bancos. Los bancos no tienen generalmente estos incentivos para prestar y, además, no pueden asumir el mismo nivel de riesgo que los proveedores especializados por cuanto se deben cuidar los ahorros del público.

(ii) **Los bancos desarrollan un negocio mayorista con menor riesgo.** El proveedor se financia con los bancos otorgando en garantía su cartera de préstamos o vendiéndola. Esto último permite a los proveedores obtener el financiamiento necesario para a su vez financiar a sus clientes. La posibilidad de desarrollar negocios mayoristas de este tipo en el Perú permitiría un incremento significativo del porcentaje de intermediación bancaria, a la vez que contribuiría a reducir el riesgo crediticio.

En el Perú no tenemos estas dos ventajas porque el sistema de garantías desalienta a los proveedores a financiar las compras de sus clientes y desalienta a los bancos a adquirir las carteras de préstamos otorgadas a los proveedores.

El problema de nuestro sistema de garantías es que regula más de lo que debe, impidiendo que sean las partes quienes decidan si determinada garantía les satisface o no. El otorgamiento de una garantía no sólo depende de la voluntad y satisfacción del acreedor sino también de que la ley permita o autorice que determinados bienes puedan otorgarse como garantía de determinada deuda y a favor de un acreedor específico.

Nuestro marco legal, por ejemplo, permite la constitución de ciertas clases de garantías solamente en favor de los bancos, impidiendo que se otorguen a favor de los proveedores. Tal es el caso de la prenda global y flotante³², que otorga al banco preferencia absoluta sobre el valor de la garantía excluyendo a todos los demás acreedores del constituyente, aunque éste se encuentre en proceso de reestructuración patrimonial o concurso.

También es el caso de la “*garantía sábana*”³³, que permite al banco cubrirse ante cualquier contingencia directa o indirecta, presente o futura.

Igualmente, las llamadas “prendas especiales” sólo pueden otorgarse por agricultores, industriales y mineros, y para asegurar créditos vinculados a sus actividades.

Nuestro marco legal justifica la existencia de condiciones preferentes en favor de los bancos como una manera de proteger el ahorro del público. Se entiende que en la medida que los bancos prestan dinero del público ahorrista³⁴, es razonable

³² Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, “Ley de Bancos”), publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1996. “Artículo 231.- Artículo 231.- CONTRATO DE PRENDA GLOBAL Y FLOTANTE. Por el contrato de prenda global y flotante se establece un gravamen sobre el bien mueble fungible afecto a la garantía, que permite al constituyente disponer del bien para sustituirlo por otro u otros de valor equivalente. El constituyente de esta prenda o el representante de la persona jurídica queda constituido en depositario del bien o bienes, y obligado a devolver otro u otros de la misma especie y cantidad, o, en su defecto, su valor en dinero. El depositario que incumpliere con esta obligación se encuentra incurso en el delito tipificado en el artículo 190 del Código Penal. Podrá constituirse prenda global y flotante sobre cualquier tipo de activo fungible, para garantizar operaciones objeto de seguro de crédito, de las facturas conformadas o de otras operaciones de crédito. La prenda global y flotante deberá ser inscrita en el registro especial que se abra en la Central de Riesgos que, al efecto, organice la Superintendencia. El acreedor tiene preferencia absoluta sobre el valor de la prenda global y flotante, y excluye a todos los demás acreedores del constituyente, ya se encuentre este último, o no, afecto a un proceso de reestructuración o concursal.”

³³ Ley de Bancos, “Artículo 172.- GARANTIAS RESPALDAN TODAS LAS OBLIGACIONES FRENTE A LA EMPRESA. Con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario. La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

³⁴ Por aplicación de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de cada 11 nuevos soles que presta el banco sólo 1 nuevo sol proviene de su propio patrimonio. Ver Título II de la Sección Segunda de la Ley.

que éstos cuenten con mecanismos especiales que permitan atenuar el riesgo de los ahorristas y proteger sus fondos de manera especial. Sin embargo, estas condiciones favorables se han convertido en las únicas que respaldan los créditos de manera eficiente.

En tal sentido, las empresas que se encuentran fuera del sistema financiero, como es el caso, por ejemplo, de una empresa dedicada a la venta de maquinaria o de una empresa exportadora de materias primas, no cuentan con las mismas condiciones de los bancos para beneficiarse de garantías que respalden de manera efectiva los créditos que pudieran otorgar directamente a sus clientes o proveedores. Por esta razón, empresas que bien podrían financiar a sus clientes para la compra de sus productos, y que estarán dispuestas asumir el riesgo del financiamiento porque conocen el negocio y necesitan vender, terminan por no otorgar financiamiento. El culpable es el marco legal que les pone trabas para la constitución, registro y ejecución de las garantías.

Es preciso anotar, sin embargo, que aun con las ventajas que el marco legal otorga a los bancos en esta materia, las garantías que respaldan los créditos bancarios también se encuentran lejos de ser realmente efectivas. Poco o nada se protege el ahorro del público, por ejemplo, cuando a los bancos les toma un promedio de 24 meses para ejecutar judicialmente una hipoteca, o cuando los bancos enfrentan el riesgo de que la información que otorga un determinado registro difiera de la información que otorga otro totalmente desconectado del primero.

Por otro lado, la legislación aplicable no facilita que las carteras de créditos puedan servir de garantía de otros créditos. En efecto, los derechos de garantía sólo pueden desplazarse mediante cesión o endoso. En el primero de los casos, la ley exige que la deuda que se afecte conste en un documento y que éste sea entregado al nuevo acreedor, lo que hace imposible preñar créditos que no consten en papel. En cuanto a la segunda alternativa, para endosar es necesario que la deuda total esté representada en un título valor. Esto impide que la cartera se divida en partes y por lo tanto que los créditos roten. Además, rompe la relación financiera entre cliente y empresa pues el cliente debe pagar al tenedor del título valor.

En resumen, el marco legal no permite que el mercado de financiamiento se organice de manera natural, con los proveedores encargándose del financiamiento minorista y los bancos financiando a los proveedores.

3. ¿Qué bienes se pueden otorgar en garantía?

Pocos bienes se otorgan en garantía en el Perú. Los inmuebles y los depósitos bancarios son los preferidos.

En principio, el valor de un bien como garantía debería estar determinado por

sus características particulares. Igualmente, debería ser el acreedor quien determine cuan valioso es un determinado bien para garantizar su acreencia.

Sin embargo, el sistema legal peruano influye de manera importante en privilegiar unos bienes por encima de otros, ocasionando así que los bienes muebles tengan un valor limitado para respaldar créditos como garantía.

En el Perú, al regular la ley todos los aspectos de las garantías, se invade la esfera privada en la que acreedor y deudor deberían tener plena libertad para pactar las garantías de acuerdo a su propia conveniencia. Además, el sistema registral peruano no permite otorgar a las garantías la publicidad necesaria y tampoco contiene reglas claras sobre órdenes de prelación entre los distintos acreedores.

3.1. Prenda e hipoteca.-

Como hemos señalado en el Capítulo II, de acuerdo al Código Civil todos los bienes presentes pueden ser otorgados en garantía. Si son bienes muebles, entonces la garantía se denomina prenda; y si son inmuebles la garantía se llama hipoteca.

En principio, la prenda implica que el deudor entrega un bien al acreedor para que éste lo mantenga en su poder hasta que se le pague. Sin embargo, la entrega que hace el deudor no necesariamente es física, puede también ser “jurídica” o, mejor dicho, ficticia. Lo que ocurre es que no tiene mayor sentido que el automóvil que una persona adquiere para realizar negocio de taxi deba entregarse físicamente al banco en cuyo favor se constituye la prenda por el financiamiento de la compra. Si esto fuera así, el deudor no podría explotar el bien para pagar su deuda. Por esa razón existe la prenda con entrega jurídica, que no es otra cosa que la prenda con registro. Como es fácil suponer, la prenda con entrega física es poco funcional para financiar procesos productivos y de generación de riqueza en razón de que no permite explotar el bien o activo de propiedad del deudor. Salvo el caso de la prenda de un depósito bancario, los bancos generalmente no aceptan prendas con entrega física.

La hipoteca, por su parte, involucra sólo bienes inmuebles, que no se entregan físicamente al acreedor. En este caso, la garantía se inscribe en un registro.

No existe mayor diferencia entre la prenda con entrega jurídica y la hipoteca. En ambos casos, el bien se mantiene en poder del deudor y la garantía se anota en un registro. Como es fácil suponer, sólo la prenda con entrega jurídica y la hipoteca son funcionales para respaldar el financiamiento de procesos productivos por cuanto no se requiere su

entrega física al acreedor.

Todo esto trae como consecuencia que en general para acceder a un crédito sea requisito ser propietario de un inmueble. En efecto, tal como puede apreciarse en el siguiente cuadro, la mayoría de los créditos otorgados por el sistema financiero nacional se encuentran respaldados por garantía hipotecaria.

Monto de la deuda en S/.	Garantizado con depósito bancario	Garantizado con hipoteca	Prenda de maquinaria y equipo
13,558 - 20,000	39,7%	29,0%	19,8%
20,001 – 50,000	12,0%	63,8%	15,4%
50,001 – 100,000	3,7%	89,8%	1,7%
100,001 – 500,000	2,1%	90,8%	1,0%

Nota: En este cuadro se refleja sólo el rango de deudas con un ratio de garantía preferida mayor a 100% y menor a 200%

Fuente: SBS

Esta prevalencia de la hipoteca por sobre otros tipos de garantía refleja el poco valor que tienen los bienes muebles para ser usados como garantía, incluso para financiamientos menores a S/. 20,000. Lo particular de esta situación es que aun en la venta financiada de bienes muebles estos bienes no son garantía suficiente para el acreedor.

Tal es el caso, por ejemplo, de la venta financiada de mototaxis. En efecto, la empresa Motor Móvil S.A. inició en 1995 un proyecto de venta al crédito de mototaxis para sectores populares. De acuerdo a información proporcionada por un representante de la compañía³⁵, el único requisito para el otorgamiento del crédito es hipotecar un inmueble. Esto quiere decir que las mototaxis no tienen valor alguno como garantía para respaldar un crédito.

3.2. Múltiples registros de bienes y clases de garantías

Hemos señalado que en el Perú se crearon registros de propiedad por cada clase de bien. Dichos registros han respondido a la necesidad de identificar al bien y a su titular. Pero estos registros cumplieron una función adicional: la de permitir que aquellos bienes inscritos pudieran ser objeto de una hipoteca o una prenda con entrega jurídica. Este segundo beneficio es sin embargo ajeno a determinados bienes para los cuales no existe la posibilidad de ser inscritos en un registro (es el caso de las cuentas por cobrar, los inventarios, las cosechas, etc.).

³⁵ Entrevista del Dr. Jorge Avendaño con el Dr. Aldo García Calderón, representante de la compañía Motor Móvil S.A..

Por esta última razón es que surgen nuevos registros cuya finalidad principal ya no es la de identificar el bien y la propiedad sino más bien permitir su “entrega jurídica”, es decir, facilitar su afectación en garantía. Estos registros ya no son de bienes (y por tanto de propiedad) sino específicamente de garantías, aunque conservan el carácter especializado que los circunscribe a bienes con determinadas características intrínsecas (por ejemplo, registro de prenda de motores) o que se vinculan a determinada actividad productiva o comercial (registro de prenda industrial o registro de prenda agrícola)

Detrás de este proceso de creación de nuevos registros subyace la idea de que los registros son especiales y de que, dada la naturaleza particular de cada clase de bienes o de las distintas actividades productivas, se justifica tener múltiples registros. Así tenemos dos situaciones paradójicas que generan caos y desorden:

En el Perú hemos confundido la necesidad de tener registros de bienes con la necesidad de tener un registro de garantías, sin tomar en cuenta que se trata de registros que cumplen finalidades diferentes. El registro de garantías sólo debe limitarse a informar que una determinada persona ha otorgado una garantía sobre determinado bien en favor de determinada persona. Por su parte, el registro de bienes busca otros objetivos, como identificar sus características o identificar a sus propietarios o simplemente dar cuenta de su existencia.

Por esta razón no tenemos un registro único de garantías, porque las garantías se constituyen y se registran de acuerdo a las reglas particulares de cada uno de los 17 registros públicos de bienes. Como consecuencia tenemos que nuestra legislación contempla al menos 23 tipos de garantías reguladas por leyes, reglas y requisitos diferentes:

1. Prenda General (Código Civil)
2. Prenda Comercial (Código de Comercio)
3. Prenda de Acciones (Ley General de Sociedades y Ley del Mercado de Valores)
4. Prenda sobre créditos por cobrar (Código Civil y Ley de Títulos Valores)
5. Prenda Agrícola (Ley No 2420 de 1916)
6. Prenda Industrial (Ley General de Industrias de 1982)
7. Prenda e Hipoteca Minera (Ley General de Minería)
8. Warrants (Ley General de Almacenes de Depósitos)
9. Hipoteca sobre predios (Código Civil)
10. Hipoteca sobre naves (Ley de Hipoteca Naval)
11. Hipoteca sobre aviones (Ley de Aeronáutica Civil)
12. Hipoteca de Embarcaciones pesqueras
13. Hipoteca de predios rurales

14. Anticresis (Código Civil)
15. Fideicomiso en garantía (Ley General del Sistema Financiero)
16. Arrendamiento Financiero³⁶
17. Venta con reserva de dominio (Código Civil)
18. Derecho de retención (Código Civil)
19. Prenda Global y Flotante (Ley General del Sistema Financiero)
20. Prenda de Motores
21. Prenda de Acciones
22. Prenda de Derechos Inmateriales (Indecopi)
23. Prenda de Créditos (Títulos Valores)

Las consecuencias de tener 17 registros diferentes y desconectados entre sí y 23 tipos de garantía, cada una con sus propias leyes, reglas y requisitos aplicables, son caóticas.

Así tenemos que quien otorga un crédito debe dirigirse a numerosos registros para conocer si existen gravámenes sobre los diferentes tipos de bienes de la empresa o persona que quiere tomar el préstamo. Pero, a su vez, cada uno de estos registros se encuentra ubicado en oficinas registrales que funcionan independientemente, en una jurisdicción determinada (salvo los registros mineros y el Registro Predial Urbano, que tienen cobertura nacional), bajo un sistema manual y sin acceso público directo. Por ende, la información sólo puede lograrse con solicitudes escritas dirigidas a cada uno de los registros, lo cual involucra costos excesivos para muchas operaciones de crédito.

3.3. **Altos costos para registrar la garantía.-**

El marco legal peruano establece un sistema de publicidad de garantías mediante la inscripción del contrato de garantía. A diferencia de los sistemas de inscripción de garantías mediante archivo de avisos³⁷, el sistema de inscripción del contrato involucra altos costos, porque la ley exige la revisión de la legalidad y de la autenticidad de documentos antes de su inscripción. En ese sentido, la ley exige la inscripción de gran cantidad de información, pues requiere el registro del contrato entero de garantía.

Por el contrario, en otros países con leyes modernas de garantías sólo se exige inscribir la información mínima necesaria para 'avisar' al público

³⁶ El arrendamiento financiero no es una garantía pero sí supone un derecho que grava los bienes y que requiere oponibilidad y por ende publicidad. El arrendador del bien se mantiene como propietario del bien hasta que se ejerce la opción de compra.

³⁷ *Notice filing systems*, bajo las legislaciones más avanzadas de garantías reales mobiliarias en los EEUU, Canadá, Puerto Rico y Rumanía. Ver "Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias".

acerca de la existencia de un gravamen; es decir, sólo se exige inscribir el nombre del deudor, del acreedor y la descripción del bien en garantía. Estos países no inscriben el contrato entero de garantía.

Adicionalmente, el registro de tanta información invade la privacidad de las partes y ha llevado a que, en la actualidad, el sistema limite el acceso público a esta información³⁸. Esto es irónico, porque el objetivo y la razón misma de la existencia de los registros es dar publicidad a la información registrada.

4. La ejecución de garantías

Hemos dicho hasta el momento que nuestro sistema de garantías limita el acceso al crédito porque impide que cualquier clase de bien pueda ser otorgado en garantía, privilegiando algunos bienes y descartando otros que pudieran ser aun más valiosos. Hemos sostenido también que el sistema de constitución y registro de garantías es desordenado, inseguro e innecesariamente costoso. Ahora vamos a referirnos a un problema que se encuentra al final del proceso, el de la ejecución de las garantías.

El objeto de la garantía es asegurar el pago de una obligación. Si hay un incumplimiento, la garantía permite que el acreedor se cobre con la venta del bien. Esto es lo que se conoce como ejecución de la garantía. La ejecución es vital para la efectividad del sistema de garantías. En este punto también la ley tiene mucho que ver.

El ideal es que el acreedor a quien no se le paga como es debido, pueda cobrarse rápidamente con la ejecución del bien afectado. Un sistema que dificulte o dilate la ejecución de la garantía es riesgoso para el crédito y lo encarece.

Como veremos en esta sección, el sistema de ejecución de garantías peruano es lento y por ende costoso. Este costo no sólo se encuentra asociado a los gastos del proceso judicial de ejecución que necesariamente debe seguirse, sino también al costo de oportunidad que genera el mantener un crédito inmovilizado y a la desvalorización de las garantías por el tiempo transcurrido. Por otro lado, el sistema vigente impide a las partes acordar con libertad mecanismos de ejecución alternativos que se ajusten mejor a sus necesidades.

4.1. El acreedor no puede quedarse con el bien prendado o hipotecado

En el Perú está prohibido que el acreedor pueda cobrarse apropiándose

³⁸ Por ejemplo, mientras que en el Perú el público accede a la información mediante la solicitud de certificados sobre un bien o deudor específico, en otros países, el público accede directamente a todos los archivos.

del bien objeto de la garantía. Esto es lo que se conoce como pacto comisorio y el Código Civil lo prohíbe sin admitir pacto en contrario³⁹. Así tenemos que la ejecución de la garantía supone necesariamente la venta del bien a un tercero.

Esta regla contenida en nuestro Código Civil beneficia al deudor incumplido y perjudica al acreedor impago. En efecto, aquel acreedor impago que prestó S/. 100 habiendo recibido en garantía un reloj por un valor de S/. 100, no puede quedarse con el reloj. Peor aún, el Código Civil prohíbe que las partes acuerden este mecanismo de cobro. Por el contrario, se obliga al acreedor a vender el bien a un tercero, generándose así mayores costos para el acreedor.

Por otro lado, esta regla impide la explotación de ciertos bienes como garantía. Tal es el caso de aquellos bienes que por su sofisticación tienen un mercado secundario poco líquido pero que son atractivos para el acreedor garantizado. Por ejemplo, el productor musical impago no puede apropiarse de los derechos de autor de una famosa canción que recibió en garantía pues debe necesariamente venderlos a un tercero. ¿A quién podrá vender estos derechos de autor? Quizás los pocos interesados resulten siendo sus mismos competidores⁴⁰. Esto es ineficiente y restringe el universo de los bienes que pueden ser materia de garantía. Podrán serlo únicamente los que cuentan con un mercado secundario masificado.

4.2. No puede pactarse la ejecución extra judicial

En el Perú las garantías sólo se ejecutan mediante un proceso judicial. El pacto de ejecución extrajudicial que el Código Civil admite para la prenda no se encuentra debidamente recogido por la legislación aplicable a las 11 prendas especiales. En muchos casos, la legislación especial prohíbe dicho pacto, como ocurre con la prenda minera y la prenda industrial, y en otros casos el tratamiento es confuso y crea inseguridad. En conclusión, en el Perú casi no se usa el pacto de ejecución extra judicial.

Tratándose de hipoteca y de varias prendas especiales, la ley prohíbe a las partes buscar otras fórmulas que pudieran ser más beneficiosas para ellas mismas, como por ejemplo la ejecución extrajudicial. Esto quiere decir que no basta con que la garantía que respalda el crédito impago deba necesariamente venderse a un tercero sino que además dicha venta debe forzosamente ser consecuencia de un mandato judicial, para lo cual se requiere seguir un proceso que tarda varios meses, y a veces años.

³⁹ Código Civil, “Artículo 1066.- Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario”.

⁴⁰ Ver Documento de Trabajo “Promoviendo un Marco Institucional para la Valorización de la Propiedad Intelectual”. Indecopi, julio del 2000.

Nuevamente el Código Civil beneficia al deudor incumplido y perjudica al acreedor impago, incrementando así el costo del crédito.

No importa que las partes quieran pactar una venta extrajudicial. La ley lo prohíbe. Esto tiene un impacto directo en el costo del crédito puesto que el acreedor incorporará en el cálculo el costo de ejecutar la garantía.

Por otro lado, en aquellos casos en que la ley permite el pacto extrajudicial, la falta de un adecuado desarrollo legislativo que precise ciertas reglas básicas que protejan al deudor del abuso del acreedor ejecutante, crea inseguridad y confusión en torno al uso de este mecanismo.

De acuerdo a información proporcionada por la SBS, los procesos judiciales de ejecución de garantías duran entre 18 y 36 meses en promedio⁴¹. Esta demora tiene un impacto en la tasa de interés de 0.55% por cada seis meses de demora, tomando en cuenta sólo el costo de oportunidad por mantener el crédito inmovilizado mientras dura el proceso judicial y la pérdida de valor en el rescate.

Impacto de la Duración en Adjudicación sobre Tasas de Interés

TIEMPO EN MESES	PUNTOS % DE TASA DE INTERES			PUNTOS % ENCIMA DE UN OPTIMO DE RECUPERACIÓN DE 3 MESES
	COSTO OPORTUNIDAD	PERDIDA EN VALOR DE RESCATE	% TOTAL	
3	0.18%	0.07%	0.25%	0.00%
6	0.37%	0.14%	0.51%	0.26%
12	0.76%	0.27%	1.03%	0.78%
18	1.18%	0.39%	1.57%	1.32%
24	1.63%	0.51%	2.14%	1.88%
30	2.10%	0.62%	2.72%	2.47%
36	2.61%	0.72%	3.33%	3.07%

Fuente: SBS

Es importante mencionar que el cálculo del cuadro anterior no incluye los gastos en que debe incurrir el acreedor para iniciar y seguir un proceso judicial (abogado, tasas judiciales, honorarios del tasador y del martillero, etc.), los mismos que también pueden impactar en la tasa de interés. En la medida en que se trate de créditos pequeños, el impacto de estos costos judiciales es mayor. Así tenemos que el sistema de remate judicial es particularmente perjudicial para el sistema de garantías porque obliga a las partes a pagar honorarios de peritos y martilleros públicos, porque desincentiva la participación de postores al exigirles el *oblaje*⁴² y porque

⁴¹ Ver "Increasing Indebtedness, Institutional Changes and Credit Contracts in Peru", IEP-BID, 1999.

⁴² El oblaje es una tarifa de entrada que debe pagar cada postor para poder participar en el remate.

genera corruptelas que distorsionan el valor de venta de los bienes⁴³.

5. ¿Quiénes quedan fuera del sistema de garantías? El Impacto económico

Hemos dicho que en el Perú sólo los bancos otorgan financiamiento y que sólo se reciben en garantía aquellos bienes que cuentan con un sistema de registro único y ordenado (en especial la hipoteca y ciertas prendas con entrega jurídica).

Para los productores, los bienes muebles representan en promedio dos tercios de su inventario de capital y el 60% de la inversión bruta, mientras que en el sector agrícola representan el 75% de la inversión bruta. Para los comerciantes y las pequeñas y medianas empresas no industriales, por cada dólar que se invierte en bienes inmuebles se requieren 10 a 20 dólares en bienes muebles. Para las instituciones del sector financiero, la posibilidad de utilizar sus carteras de créditos como garantía de préstamos, resulta clave para ampliar sus posibilidades de negocios, a la vez que les permite obtener fondos de las empresas e instituciones que no toman depósitos del público.

En los Estados Unidos y Canadá, donde se encuentra ampliamente desarrollada la afectación en garantía real de las carteras de créditos, los intermediarios financieros no bancarios utilizan las garantías reales mobiliarias para gravar sus carteras en garantía de préstamos mayores. Estas operaciones alcanzan el 60% del crédito total del país, muchas veces más que la proporción de crédito que las mismas instituciones no bancarias alcanzan en Perú.

Este acceso restringido a créditos garantizados por bienes muebles tiene su raíz en el marco legal e institucional para las garantías reales mobiliarias – en Perú, principalmente la prenda y su registro. Este marco presenta en el Perú problemas para constituir, registrar, y ejecutar créditos garantizados. Los problemas macroeconómicos, las altas tasas de intermediación bancaria, la falta de ahorro, el bajo desarrollo del financiamiento accionario o mercado de valores, los costos de transacción altos para los préstamos pequeños, o las regulaciones bancarias, no determinan este problema.⁴⁴

Los problemas en el marco de las garantías reales mobiliarias restringen directamente el crédito que las instituciones formales pueden ofrecer a agricultores y comerciantes. En su mayoría, éstos sólo pueden ofrecer sus bienes muebles

⁴³ Ver Informe Instituto Apoyo, Agosto del 2000 “La estructura de incentivos y las ineficiencias en tres procesos civiles: Juicios por títulos ejecutivos vencidos, juicios por alimentos y ejecución forzada de bienes.

⁴⁴ Para un análisis detallado sobre este diagnóstico ver: Fleisig y de la Peña, *Perú: How Problems in the Framework for Secured Transactions Limit Access to Credit*, Vol. III No. 2 NAFTA LAW AND BUSINESS REVIEW OF THE AMERICAS 33 (Spring 1997), págs.16-21.

como garantía, tales como la cosecha, el ganado o el inventario de mercaderías, o los bienes mismos que desean adquirir con el crédito. Asimismo, estos problemas restringen el otorgamiento indirecto de crédito porque los intermediarios, tales como vendedores de fertilizantes y comerciantes, no cuentan con un marco legal de garantías reales que sea apropiado para gravar sus carteras de crédito con garantía real y así refinanciar sus carteras de créditos pequeños. Los métodos que prevé el marco legal peruano - la cesión de créditos o el descuento de títulos valores - determinan costos y riesgos más altos.

Estos problemas son costosos para los peruanos, tanto para las personas acaudaladas, como para las pobres. Las pequeñas y medianas empresas, los agricultores y los hogares pobres típicamente no tienen ningún bien inmueble que pueda servir como garantía para un préstamo – ya sea porque no poseen predio alguno, o porque su tierra no tiene título de propiedad o es de bajo valor para solventar el costo de constitución de una hipoteca. Para tales personas, la posibilidad de usar sus bienes muebles para garantizar un préstamo o comprar bienes a plazos podría cambiar enormemente su acceso a crédito. En forma similar, cuando tales personas no cuentan con crédito alguno, su acceso a crédito aumentará cuando encuentren que sus vendedores a crédito fácilmente pueden refinanciar sus carteras de cuentas por cobrar gravándolas como garantía en el sector formal.

IV. Propuesta: hacia una reforma integral que facilite el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales

La reforma legal que puede encarar de la mejor manera los problemas generados por un sistema fragmentado de garantías (esto es un sistema con diversas leyes de garantías cuya aplicación es limitada), debe partir por introducir una única ley de garantías reales de amplia aplicación, con la cual se brinde una aproximación funcional al problema. En otras palabras, la ley debe permitir que todo acto jurídico, sin importar su forma o denominación, que involucre el otorgamiento de un crédito⁴⁵ pueda ser garantizado a través de la afectación de cualquier tipo de bienes.

Para estos efectos, se requiere de una ley que regule las cuatro etapas del derecho real de garantía; es decir, la constitución, prioridad, publicidad y ejecución de garantías sobre todo tipo de bienes, y que se aplique a todo tipo de operación⁴⁶.

Una ley única permitirá, además, garantizar la perfecta congruencia de las normas legales. De esta forma no se dará el caso derechos reales de garantía sobre

⁴⁵ Ver Nuria de la Peña "Reforming the Legal Framework for Security Interests in Mobile Property" [Reforma del marco legal para los derechos reales de garantía sobre bienes muebles] NS Vol. IV Unf. L. Rev. 247 (1999-2).

⁴⁶ Ver Nuria de la Peña, Heywood Fleisig y Fernando Cantuarias "Trabas legales al crédito en el Perú: garantías mobiliarias", UPC-CEAL, Lima, 2000.

bienes cuya ejecución no está prevista en las normas , o el de derechos reales de garantía que si bien cuentan con un procedimiento de ejecución, éste resulta incongruente con el tipo de bien dado en garantía.

La ley de garantías propuesta (la “Ley”), deberá contener lo siguiente:⁴⁷

1. Bienes y operaciones garantizadas

La Ley deberá permitir que se puedan constituir garantías reales sobre cualquier tipo de bien o derecho que acreedor y deudor consideren con relevancia económica, como pueden ser, sólo a modo de ejemplo:

- Bienes tangibles, presentes y futuros.
- Derechos, como los que surgen de patentes y marcas de fábrica.
- Bienes intangibles, en particular las carteras de créditos (que se pueden ofrecer en garantía de otros créditos), las cuentas por cobrar, las carteras de cuentas pendientes de cobro por mercadería vendida o servicios prestados, talones de tarjetas de crédito o contratos de compraventa de cosechas; así como, las carteras de créditos en las que se cuenta con garantía real.
- Bienes fungibles y no fungibles que sean materia de rotación o transformación.
- La integridad del patrimonio de un deudor o tercero determinado, incluyendo los bienes que adquiriera en el futuro.

Asimismo, la Ley deberá permitir que se pueda constituir garantía reales para garantizar toda clase de operaciones de crédito y obligaciones, sean presentes o futuras, directas o indirectas.

Una ley como la propuesta, permitirá a las partes establecer la garantía ad hoc que mejor se acomode a sus intereses, garantizándose así un mayor desarrollo del crédito y el financiamiento.

2. Acreedores y deudores

En la actualidad, el sistema legal establece privilegios en el acceso a las garantías, al regular ciertas garantías especiales, sólo a favor de algunas actividades económicas (prenda agrícola, minera, industrial, global y flotante, etc.).

La propuesta legislativa consiste en la eliminación de todos los privilegios existentes en el acceso a las garantías, y su reemplazo por normas que permitan a cualquier agente económico, utilizar el mecanismo de las garantías como palanca de desarrollo⁴⁸.

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Garro, Alejandro M. “Difficulties in obtaining Secured Lending in Latin America: Why Law

3. Constitución de las garantías

En la actualidad, cada una de las leyes que regulan los diferentes tipos de garantías, establecen sus propias reglas acerca de las formalidades que deben observarse al momento de constituir los gravámenes.

La Ley deberá establecer requisitos estandarizados para la constitución de cualquier tipo de garantía, teniendo como meta la reducción dramática de los actuales costos de transacción.

Además, las garantías que se constituyan, para tener prioridad frente a otras, no deberán requerir la entrega física del bien, ya que este sistema tiene la desventaja de no permitir que el deudor haga uso de los bienes durante la vida del crédito, disminuyendo la productividad económica del deudor. Además, es un sistema que promueve operaciones simuladas y el fraude.

En ese sentido, la prioridad se dará sobre la base de su entrega jurídica.

4. Rango de prioridad de las garantías

La Ley deberá regular los privilegios y las preferencias que muchas veces se otorgan en razón de las personas o de cierto tipo de actos jurídicos, estableciendo reglas uniformes entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes, derechos del Estado y otros que pudieran tener algún tipo de interés o derecho sobre los bienes otorgados en garantía.

Para estos efectos, el orden de prioridad deberá estar basado en el principio "*primero en inscribir, primero en derecho*", que afectará, inclusive, a cualquier forma de gravámenes o privilegios, específicos o generales, relacionados con los bienes otorgados en garantía. Deberá establecerse un sistema de publicidad de los privilegios.

5. El Archivo Electrónico de Avisos de Garantías

Una ley de garantías reales como la propuesta, necesariamente deberá reformar la actual estructura de los registros en el país.

El actual marco legal determina la existencia de un régimen registral riesgoso y

Reform really matters", Emerging Financial Markets and Secured Transactions, Joseph J. Borton y Mads Andews (Ed.), Londres, 1998, p. . 263. "...the law should make possible the 'collateralisation of most of the debtor's assets, tangible as well as intangible... Wider availability of secured credit calls for the elimination of restrictions on the types of creditors, borrowers, and property that may participate in a secured transaction".

costoso, tanto para garantizar la prioridad de derechos, como para hacer pública la existencia de derechos preferentes.

En efecto, la actual estructura institucional del sistema de registros, incluye más de una decena de registros, muchos de éstos repartidos por todo el territorio nacional y sin conexión alguna, a los que un acreedor debe dirigirse para conocer si existen derechos preferentes sobre diferentes tipos de bienes de un mismo deudor.

A su vez, el acceso a la información solo puede lograrse con una solicitud de certificado de información a cada uno de los registros de cada una de las oficinas registrales, lo cual involucra costos prohibitivos para muchas operaciones de crédito.

Además, el actual el marco legal establece un costoso sistema de publicidad de las garantías por registro del contrato de garantía, que exige la revisión de la legalidad y la autenticidad de los documentos antes de su inscripción.

La Ley deberá enfrentar estos problemas y costos, creando para el efecto un sistema de inscripción de garantías mediante *archivo de avisos*⁴⁹, con las siguientes particularidades:

- No se tratará de un registro de bienes, sino de un sistema de publicidad de garantías sobre cualquier tipo de bien o derecho en razón de la persona del constituyente.
- Este sistema de publicidad no requerirá inscribir el contrato de garantía, sino la información mínima necesaria para informar al público acerca de la existencia de derechos preferentes.
- El control de la legalidad se reducirá dramáticamente, a la simple constatación de que se hayan llenado todos los campos del formulario que servirá para informar acerca de la garantía.
- La información será ingresada a un archivo de base de datos electrónica de jurisdicción nacional, que permita muchos puntos para ingresar información, así como su libre e inmediato acceso público.
- Las características técnicas de este Archivo posibilitará su concesión al sector privado en competencia, reservándose el Estado la importante función de establecer los estándares de competencia, las condiciones técnicas del Archivo y su supervisión.

6. Ejecución de las garantías

En la actualidad, los procedimientos para la ejecución judicial de las garantías son demasiado lentos y costosos, lo que desincentiva el crédito al hacerlo mucho más

⁴⁹ *Notice filing systems*, bajo las legislaciones más avanzadas de garantías reales en los EEUU, Canadá, Puerto Rico y Rumania.

oneroso (mayor tasa de interés y menores plazos) o incluso limitarlo al no aceptarse muchos tipos de bienes en garantía.

Una nueva ley de garantías reales debe establecer reglas que permitan reducir los tiempos y costos en la ejecución de las garantías, logrando de esa manera que muchos bienes sean útiles para ser ofrecidos en garantía de créditos. Para ello se requieren normas que permitan una efectiva posesión y venta de los bienes en garantía antes de su depreciación.

En ese sentido, deberá otorgarse al acreedor garantizado el derecho a recuperar por vías extrajudiciales la posesión del bien en garantía sin perturbar el orden público y sin afectar los derechos del deudor.

Además, deberá respetarse el derecho de las partes de celebrar con libertad convenios respecto a mecanismos alternativos en caso el deudor incumpla sus obligaciones de pago, como es el pacto comisorio, velando únicamente en contra del abuso de tal institución.

Por último, deberá permitirse la venta extrajudicial de los bienes afectados en garantía, dentro de un marco legal que establezca los requisitos de venta y las sanciones en caso de abuso, cubriendo de esa manera el interés de ambas partes de que se obtenga el máximo beneficio en la venta del bien en garantía.

Sólo así se posibilitará que más peruanos puedan acceder al sistema de créditos, con tasas de interés y plazos razonables.

Bibliografía

Indecopi, Documento de Trabajo "Promoviendo un marco institucional para la valorización de la propiedad intelectual en el Perú". Publicado en separata especial del diario oficial El Peruano el 22 de agosto del 2000.

Ministerio de Economía y Finanzas, Documento de Trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas, "Acceso a Financiamiento a través del Mercado de Valores", publicado en separata especial del diario oficial El Peruano con fecha 25 de mayo del 2001.

Fleisig W. Heywood, De la Peña Nuria y Fernando Cantuarias .- "Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias", Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú 2000.

Fondo Monetario Internacional: Perú: Statistical. Annex. IMF Staff Country. Report N° 99/75, agosto 1999.

Banco Interamericano de Desarrollo, *Increasing Indebtedness, Institutional Changes and Credit Contracts in Peru*, IEP-BID, 1999.

Instituto Apoyo, "La estructura de incentivos y las ineficiencias en tres procesos civiles: Juicios por títulos ejecutivos vencidos, juicios por alimentos y ejecución forzada de bienes." Agosto del 2000.

Fleisig y de la Peña, *Perú: How Problems in the Framework for Secured Transactions Limit Access to Credit*, Vol. III No. 2 *NAFTA LAW AND BUSINESS REVIEW OF THE AMERICAS* 33 (Spring 1997).

De la Peña, Nuria "Reforming the Legal Framework for Security Interests in Mobile Property" [Reforma del marco legal para los derechos reales de garantía sobre bienes muebles] *NS Vol. IV Unf. L. Rev.* 247 (1999-2).

Garro, Alejandro M. "Difficulties in obtaining Secured Lending in Latin America: Why Law Reform really matters", *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, Joseph J. Borton y Mads Andews (Ed.), Londres, 1998, p. . 263. "...the law should make possible the 'collateralisation of most of the debtor's assets, tangible as well as intangible... Wider availability of secured credit calls for the elimination of restrictions on the types of creditors, borrowers, and property that may participate in a secured transaction".