

COMITÉ EDITOR:

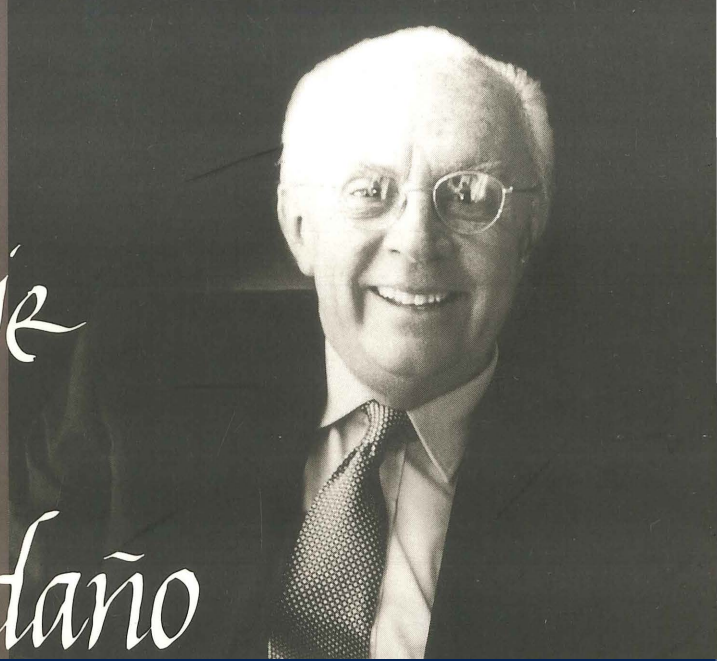
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

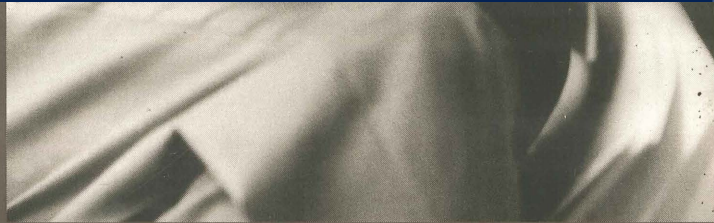
Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje
a
Jorge
Avendaño



Capítulo 29



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Acceso al crédito mediante la reforma de la legislación sobre garantías reales*

Fernando Cantuarias Salaverry

CUANDO EL COMITÉ EDITOR me hizo el honor de invitarme a presentar un trabajo que formara parte de una obra colectiva en homenaje al doctor Jorge Avendaño Valdez, lo primero que me vino a la mente fue una pregunta: ¿Qué tema novedoso dentro del área de los Derechos Reales puedo plantear que no haya sido ya abordado por el doctor Avendaño?

Es realmente destacable que el doctor Avendaño se mantenga, por más de cuatro décadas, como el principal impulsor de los cambios más significativos del derecho civil peruano, particularmente de las disposiciones sobre derechos reales, mostrándose siempre receptivo a iniciativas novedosas, aun cuando sean algunas veces contrarias a las suyas.

Así, por ejemplo, el doctor Avendaño presidió una comisión designada por el Ministerio de Economía y Finanzas,¹ cuyas recomenda-

* Este artículo fue presentado, con algunos cambios, en el V Foro Interamericano de la Microempresa: «Un Entorno Favorable para las Micro y Pequeñas Empresas», en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, el 11 de septiembre de 2002, bajo los auspicios del Banco Interamericano de Desarrollo.

¹ Resolución Ministerial 182-2001-EF-10 del 6 de junio de 2001. La Comisión estuvo integrada, además, por Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena; Alfredo Bullard Gonzáles; Lilian del Carmen Rocca Carbajal, en representación de la Superintendencia de Banca y Seguros; y Luccia Claudia Reynoso Paz, en representación del Ministerio de Economía y Finanzas. Además, contó con la colaboración de Amalia Ortiz de Zevallos, Juan García Montúfar Sarmiento y Fernando Cantuarias Salaverry.

ciones sirvieron de base para la elaboración de un documento de trabajo denominado *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*,² que propone en pocas palabras, un cambio de 180 grados en las reglas de juego existentes en el país.

Valgan estas líneas para rendir mi profunda admiración académica, profesional y personal a un verdadero jurista y mejor amigo, preocupado hoy, como siempre, por el cambio constante del Derecho en beneficio de un país mejor.

1. Situación del crédito en el Perú

Para nadie es un secreto que en el Perú y, en general, en el resto de América Latina, el acceso al crédito tiene dos características: se encuentra al alcance de unos pocos y sus condiciones son muy onerosas.³

En efecto, en el mencionado documento de trabajo y según fuentes de la Superintendencia de Banca y Seguros y de la Comisión Nacional de Empresas y Valores (CONASEV) de marzo de 2001, se precisa que, si bien los bancos peruanos otorgan el 90% del financiamiento empresarial, estas colocaciones representan apenas el 26% del producto bruto interno (PBI). El otro 10% proviene, fundamentalmente, del mercado de valores (bonos corporativos) y de otras fuentes menores.⁴

El documento de trabajo afirma, además, que en el Perú el crédito directo de proveedores es prácticamente inexistente, a diferencia de países como los Estados Unidos o Canadá, en los que más del 60% del financiamiento empresarial proviene de proveedores.⁵

En otras palabras, el Perú se enfrenta a una situación en la que los bancos prácticamente monopolizan el mercado del crédito, mientras

² MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*. Documento de trabajo. Lima: MEF, julio de 2001.

³ *Ibid.*, p. 4: «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».

⁴ *Ibid.*, pp. 24-26.

⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁵ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Trabas legales al crédito en el Perú: garantías mobiliarias*. Lima: Center for the Economic Analysis of Law (CEAL)-Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2000, p. 88.

que, en países como los Estados Unidos, su participación es de alrededor del 40%;⁶ y, al mismo tiempo, esta fuente de financiamiento representa apenas el 26% de nuestro PBI, frente a países como los Estados Unidos, en el que el total del crédito es de aproximadamente 2,6 veces su PBI.⁷

Esta concentración del crédito en las entidades bancarias y la casi inexistencia de crédito directo reducen significativamente el crecimiento de las empresas y, por ende, la generación de riqueza, aunque, por ejemplo, los «[...] distribuidores de maquinaria [...] creen que es posible aumentar sus ventas, entre 200% y 300% más, a las tasas de interés actuales, si tuvieran la habilidad de vender con préstamos a cuatro años, en lugar de préstamos a uno o dos años de plazo. Por otra parte, una amplia gama de productores (de café, frutas, algodón, vegetales y madera) asegura que los préstamos para semillas, fertilizantes, pesticidas y fungicidas podrían fácilmente duplicar la producción».⁸

Además, en el Perú, el crédito está prácticamente limitado al valor de los predios que se entregan en garantía (hipoteca), como lo comprobamos en diversas entrevistas:

[...] algunos prestatarios daban la apariencia de estar utilizando su maquinaria, los inventarios y las cuentas por cobrar como garantía [...]. Pero ese financiamiento era ilusorio. Los bancos y otros prestamistas concedían a las compañías una línea de crédito con relación al valor de las propiedades inmuebles. El financiamiento posterior garantizado por bienes muebles generalmente era deducido de esta línea de crédito. Ningún crédito adicional se otorgaba a compañías que aumentaban sus cuentas por cobrar con mayores ventas, o que duplicaran su inventario de bienes mediante una producción más eficiente.⁹

Ello significa que los bienes muebles, en muchos casos el mayor capital de las empresas en el Perú, sobre todo de las micro, pequeñas

⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, pp. 24-26.

⁷ HEYWOOD, Fleisig ; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 13.

⁸ *Ibid.*, pp. 17-18.

⁹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 36: «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».

y medianas empresas,¹⁰ no sirven como garantía al momento de gestionar un crédito. Esta situación es aún más grave, si consideramos que en el Perú apenas el 40% de los predios se encuentran debidamente saneados y registrados, y, por tanto, aptos para ser otorgados en hipoteca.¹¹

¿Por qué se da esta concentración del crédito en los bancos? ¿Por qué no existe crédito directo en el Perú? ¿Por qué los bienes muebles no sirven de garantía? ¿Por qué el crédito es tan costoso?¹²

Parte de la respuesta, que no será materia de este trabajo, es que el costo del financiamiento es afectado por variables macroeconómicas, como el riesgo-país, la inflación, la devaluación y los niveles de competencia, entre otros.¹³

Sin embargo, estas variables no explican por qué los bienes muebles no sirven como garantía, por qué el costo del crédito es tan alto, por qué no existe crédito directo ni por qué el financiamiento total apenas representa alrededor del 28% del PBI peruano.

Nosotros creemos que la respuesta principal a estas interrogantes reside en el deficiente marco legal que regula el tema de las garantías en el Perú y que, por tanto, una reforma integral en este campo corregirá sustancialmente los problemas identificados.¹⁴

¹⁰ *Ibid.*, p. 37: «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».

¹¹ Solo a manera de ejemplo tenemos que «en los EE.UU., el prestatario de maquinaria, paga el 14,5% por [un] préstamo; en el Perú, el mismo prestatario paga alrededor del 40%». HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 65.

¹² *Ibid.*, pp. 65-80.

¹³ Lo que de aquí en adelante se exprese ha sido desarrollado en extenso en HEYWOOD Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, pp. 44-64 y 90-113.

¹⁴ Este no es solo un problema peruano, como lo explica GARRO, Alejandro M. «Difficulties in Obtaining Secured Lending in Latin America: Why Law Reform Really Matters». En NORTON, Joseph J. y Mads ANDENAS (eds.). *Emerging Financial Markets and*

2. Marco legal de las garantías en el Perú

En la actualidad, el Perú cuenta con una caótica y dispersa legislación. Esta contiene más de 20 tipos distintos de garantías y 17 registros públicos.¹⁵

En efecto, identifiquemos las garantías existentes:

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 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)

Secured Transactions. Londres: Kluwer Law, 1998, p. 256: «There is an ample body of literature describing and discussing the formal legal mechanisms for creating, perfecting, and enforcing security interests in most Latin American jurisdictions. What is important to emphasize here is that this ad hoc regulation of security interests has resulted in a patchwork of legislation that is overlapping, confusing, and or the most part irrelevant to encouraging and facilitating the actual use of security interests in the most part irrelevant to encouraging and facilitating the actual use of security interests in credit more available and cheaper». En el mismo sentido, CISCOMANI FREANER, Francisco. «La prenda sin transmisión de posesión en México». Documento presentado en el V Foro Interamericano de la Microempresa: «Un Entorno Favorable para las Micro y Pequeñas Empresas», Río de Janeiro, Brasil, Banco Interamericano de Desarrollo, 11 de septiembre del 2002, p. 2, explica que: «En México las garantías sobre bienes muebles se perfeccionan a través de diversas figuras, entre las cuales se encuentran: la prenda civil establecidas en los Códigos Civiles de las entidades federativas; las prendas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (mercantil) y de la Ley de Instituciones de Crédito... la hipoteca industrial, el crédito refinancionario, y el de habilitación y avío [...]».

¹⁵ El impresionante marco legal que regula cada una de estas garantías y sus respectivos registros puede ubicarse en HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.* pp. 60-63; y CANTUARIAS, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2001, pp. 247-258: «Se debe reformular cuanto antes el Régimen de Garantías en el Perú: No basta con una simple reforma del Código Civil; es necesaria la creación de un Sistema de Garantías».

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 financiero
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 de aeronaves (Ley de Aeronáutica Civil)
21. Prenda de acciones (Ley General de Sociedades)
22. Prenda de derechos inmateriales (Indecopi)
23. Prenda de créditos (títulos valores)

Ahora, listemos los registros existentes:¹⁶

1. Registro de prenda agrícola
2. Registro de prenda de motores
3. Registro de prenda industrial
4. Registro de derechos mineros
5. Registro de valores representados por anotaciones en cuenta
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

¹⁶ GARRO, Alejandro M. *Op. cit.*, p. 257: «The proliferation of statutes dealing with different kinds of security interests conspires against a rational and coherent priority scheme that would envision all possible conflicting claims to the same collateral».

A partir de este marco legal, podemos precisar lo siguiente:

1. Existen múltiples formas jurídicas reconocidas como garantías reales, cada una sujeta a requisitos diferentes para la constitución, perfeccionamiento, preferencia y ejecución, sin justificación económica y funcional.
2. El régimen de las garantías en el Perú se ha construido y se sigue construyendo sobre la base de privilegios. Así, se quiere promover (o mejor dicho privilegiar) a los industriales y solo a ellos, pues se les crea una garantía y su correspondiente registro. Se quiere hacer lo mismo con los mineros, pues se actúa de idéntica manera. Los bancos quieren sus propias reglas de juego, entonces a privilegiarlos también. Sin embargo, esta situación es, en términos económicos, jurídicas y sociales, inaceptable.
3. Este régimen, disperso en innumerables normas de la más variada jerarquía legal, genera al mismo tiempo reglas caóticas de preferencia y prelación de derechos que, *para colmo de males*, va variando conforme se aprueban nuevas disposiciones para diferentes segmentos del mercado, hecho que obviamente genera inestabilidad y desconfianza.

Además, no existe legislación alguna que regule de manera sistemática todo lo relativo a las preferencias y prelaciones entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes y demás terceros que pudieran tener algún interés sobre los bienes a ser otorgados en garantía.¹⁷

¿Cómo prestar, entonces, aceptando en garantía un bien x, si no se conocen de antemano las reglas de juego? ¿Si acepto en prenda una máquina, cuál será mi preferencia si inscribo la garantía en el registro de prenda industrial? ¿Primera? ¿Y si además se registró con anterioridad el mismo bien en el registro de prenda minera, porque el constituyente también era minero?

¹⁷ Lo que en la práctica es una tarea casi imposible, porque la gran mayoría de los registros no se encuentran interconectados. Así, por ejemplo, un mismo bien podría registrarse en garantía de distintos acreedores en los registros de prenda industrial, prenda agrícola y prenda global y flotante de Lima, y repetirse la misma operación en cualquier otra oficina registral del país. Pero, aun cuando en el futuro los registros se interconecten, el sistema se mantendrá ineficiente, por cuanto los costos de acceso y verificación de cada registro, como de análisis y aseguramiento de las preferencias, seguirán siendo prohibitivos.

¿Y qué pasará si el constituyente vendió el bien mueble e hizo tradición, o si un tercero lo embargó físicamente o, simplemente, el bien está arrendado? ¿Quién gana? Preguntas como estas que son fundamentales para el desarrollo de un sistema de crédito ágil, seguro y, sobre todo, barato son prácticamente imposibles de responder en el Perú, porque para cada interesado existirá legislación a la que podrá apelar para defender sus particulares intereses.

4. Además, este régimen es poco confiable por la existencia de múltiples registros, cada uno con reglas especiales. Esta innecesaria cantidad de registros hace que los costos de transacción se eleven en vez de ser reducidos, ya que la mayoría de las veces habrá que revisar varios registros para intentar asegurar un derecho preferente.¹⁸ Pero lo más grave es que, inclusive verificando el contenido de los diferentes registros, sucede, muchas veces, que las diferentes leyes que los han creado en el tiempo son contradictorias, hecho que genera graves conflictos. A estos graves problemas, hay que agregar lo siguiente:

[...] marco legal establece un sistema de publicidad de garantías por registro del contrato de garantía[...] el registro de la prenda o la hipoteca [...] [que] involucra altos costos, porque la ley exige la revisión de la legalidad y la autenticidad de documentos antes de su inscripción. También la ley exige la inscripción de gran cantidad de información, pues requiere el registro del contrato entero de garantía [...] [y] el sistema limit[a] el acceso público a esta información [...] [lo que] es irónico, porque el objetivo y la razón de ser de la existencia de los registros suponen dar publicidad a la información registrada.¹⁹

La inexistencia de un registro moderno impide, además, «[...] gravar en garantía bienes muebles intangibles, como las Carteras de créditos»²⁰ o «[...] permitir la constitución de garantía real flotante sobre Carteras de créditos [...]»,²¹ hecho que reduce dramáticamente el acceso al crédito y al financiamiento.

¹⁸ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARAS. *Op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁹ *Ibid.*, p. 48.

²⁰ *Ibid.*, p. 49.

²¹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 5: «La ejecución judicial en el Perú toma un promedio de entre 18 y 24 meses. Esta demora genera un impacto en las tasas

5. Existen altos costos de transacción para perfeccionar y ejecutar las garantías, ya que la mayoría de esta frondosa legislación exige, por un lado, la constitución de garantías mediante el otorgamiento de costosísimas escrituras públicas (aunque el único valor agregado lo dé el registro) y, por otro lado, que su ejecución tenga que lograrse luego de un costoso y lento proceso judicial,²² hecho que de por sí solo desvaloriza los bienes.²³
6. Por último, debemos considerar la actitud del legislador de regular la ejecución de las garantías al pretender proteger al «pobre deudor»²⁴ mediante normas de orden público que restrinjan indebidamente la autonomía de la voluntad (como la prohibición del pacto comisorio y la venta extrajudicial de los bienes, entre otras) y que solo hacen que el crédito se encarezca para la gran mayoría de los «malos cumplidores».²⁵

de interés. Si el acreedor pudiera recuperar su dinero en un plazo prudencial de tres meses desde que se produce el incumplimiento, la tasa de interés aplicable al financiamiento podría reducirse hasta en tres puntos porcentuales».

²² GARRO, Alejandro M. *Op. cit.*, p. 259: «Even the slightest administrative and court costs involved in the enforcement proceedings are likely to consume much of the residual value of movable assets. Understandably, lenders look upon movable collateral with disfavour when the average collection procedure takes an average of two years».

²³ BULLARD G., Alfredo «Sobre el Código Civil y los dinosaurios». En: CANTUARIAS, Fernando (ed.). *Op. cit.*, pp. 42-43: «[...] quisiera apelar a la memoria del lector que ha ejercido profesionalmente como abogado para determinar quién ha sido más pobre en este país. ¿Debemos decir «pobre deudor» o debemos decir «pobre acreedor»? ¿No es acaso más difícil en este país cobrar una deuda que endeudarse? ¿No es acaso mucho más seria la situación de los acreedores que no pueden obtener la satisfacción de su crédito, porque están sujetos a una serie de reglas que hacen difícil, si no imposible, recuperar su crédito?»

[...] solemos identificar como el deudor al que cumple en segundo lugar. El caso paradigmático es el contrato de mutuo. El banco entrega el dinero y luego el deudor lo devuelve. Pero, justamente en ese caso, el débil es el acreedor. Él ha tenido que cumplir su prestación en primer lugar, satisfacer el interés del mutuuario, quien, ocurrido ese hecho, ve disminuido su interés por cumplir, debiendo existir una estructura legal que lo incentive a hacerlo [...].»

²⁴ A esta costosa e ineficiente actitud «pro-mal deudor» de nuestro legislador, se suma la de los jueces, como lo explican EYZAGUIRRE, Hugo; Pierina POLLAROLO, y Raúl ANDRADE. «La estructura de incentivos y las ineficiencias en tres procesos civiles: juicios por títulos ejecutivos vencidos, juicios por alimentos y ejecución forzada de bienes». Lima: Instituto Apoyo, agosto del 2000, p. 11: «[...] es común que muchos jueces tengan algunas ideas previas acerca de cierto tipo de actores en los procesos. En los juicios de cobros de dinero, por ejemplo, es común que se tienda a favorecer a los deudores, quienes son vistos como la parte débil del conflicto [...].»

²⁵ GARRO, Alejandro M. *Op. cit.*, p. 263: «[...] the law should make possible the

En resumen, este marco legal estorba la transferencia del ahorro; aumenta las tasas de interés; reduce los montos de crédito y sus plazos; hace improductivo aumentar la relación capital/trabajador; y limita el acceso al crédito solo a los que tienen predios.

3. Propuesta de reforma

Nosotros consideramos que lo que se requiere es la promulgación de una única ley de garantías que permita crear un sistema de garantías ordenado, seguro y poco costoso. Este necesariamente deberá abarcar todo lo relativo a la constitución, perfeccionamiento, oponibilidad, registro y ejecución de las garantías (mobiliarias e inmobiliarias), para reemplazar, de esta manera, la actual legislación que es compleja, dispersa e incoherente.

La ley que proponemos deberá contener en líneas generales lo siguiente:

1. Disposiciones generales que establezcan su ámbito de aplicación de la forma más amplia posible, hecho que garantizará de esa manera que ningún individuo sea excluido y que se encuentren comprendidos todos los bienes que voluntariamente se deseen entregar en garantía de cualquier tipo de obligación.²⁶

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».

²⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, pp. 27-28: «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 flotante 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» 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.

[...]

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

Ello implicará la eliminación de privilegios, en el acceso a las garantías, en razón de las personas o los bienes,²⁷ y eso generaría, a su vez, un sistema que permita a cualquier agente económico utilizar el mecanismo de las garantías como palanca para su desarrollo.²⁸

A su vez, este nuevo marco legal posibilitará que acreedores y deudores creen garantías ad hoc que habiliten el otorgamiento de garantías sobre todo tipo de bienes tangibles; derechos (patentes y marcas de fábrica); bienes intangibles (carteras de créditos, cuentas por cobrar, carteras de cuentas pendientes de cobro por mercadería vendida o servicios prestados, etc.); bienes fungibles y no fungibles, que sean materia de rotación o transformación; y la integridad del patrimonio de un deudor o de un tercero determinado, incluyendo los bienes que adquiera en el futuro.²⁹

2. Un primer capítulo que regule los requisitos de forma y de fondo para la constitución de los contratos de garantía; y que establezca, en el fondo, reglas simples y, en lo posible, supletorias a la voluntad, y, en la forma, requerimientos mínimos que reduzcan dramáticamente los actuales costos de transacción.
3. Un capítulo siguiente que regule de manera sistemática la oponibilidad entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes y otros que pudieran tener algún interés en los bienes otorgados en garantía, mediante el mecanismo de publicidad más eficiente, como es el registro (salvo excepciones puntuales, como, por ejemplo, los títulos valores).

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».

²⁷ GARRO, Alejandro M. *Op. cit.*, 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».

²⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 38.

²⁹ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA; y Fernando CANTUARAS. *Op. cit.*, p. 59.

Ello obligará a eliminar los actuales privilegios en materia de preferencias y prelaciones en razón de las personas.

4. Seguidamente, deberá disponerse la creación de un solo registro que provea la información que el mercado requiere para la toma eficiente de decisiones.

Este nuevo registro deberá ser similar al Notice Filing System que existe en países como los Estados Unidos, Canadá, Puerto Rico y Rumania,³⁰ 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.³¹

5. Por último, deberán establecerse reglas ágiles, simples y poco costosas para la toma de posesión y la ejecución de las garantías, y eso reconocerá, con las debidas seguridades, la posibilidad de la captura extrajudicial de los bienes en posesión del deudor o de terceros, la ejecución extrajudicial de las garantías y el pacto comisorio, entre otros.³² Solo así se protegerá a todos los buenos deudores que hoy pagan intereses prohibitivos debi-

³⁰ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, pp. 39-40; y HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA; y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, pp. 101-106.

³¹ *Ibid.*, pp. 107-110.

³² *Ibid.*, p. 28: «Aquellos que participan en los mercados crediticios cuentan con información asimétrica; es decir, el deudor conoce su situación verdadera y el destino del crédito, mientras que el prestamista tiene que adivinarlos».

do a la inconveniente protección que la legislación otorga a los malos deudores.

Creemos que solo con un marco legal, como el que se propone, se logrará reducir dramáticamente la asimetría informativa³³ y la ventaja estratégica del deudor,³⁴ hecho que hará posible el desarrollo masivo del crédito.

Ello, a su vez, generará impactos económicos positivos, como son³⁵ el crecimiento de las empresas y su competitividad frente a empresas extranjeras que hoy acceden a fuentes de financiamiento más baratas, tasas de interés más bajas y a mayor plazo, más volúmenes de crédito y un crecimiento económico de más del 20% del PBI.³⁶

Por último, esta reforma posibilitará el acceso al crédito de las pequeñas y microempresas peruanas.³⁷

³³ El término ventaja estratégica o *the problem of contract opportunism* está referido a aquellas transacciones (como los préstamos), en las que las prestaciones asumidas por una de las partes del contrato se ejecutarán con posterioridad a las que corresponde a la otra. De esta manera, el que debe cumplir en segundo lugar se encuentra en mejor situación, por cuanto ya recibió el beneficio que le iba a reportar el contrato. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3.^a ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986, pp. 79 y ss.

³⁴ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, pp. 81-89.

³⁵ El beneficio económico de esta propuesta para el Perú no ha contado con un trabajo de campo. Sin embargo, HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 24, afirman que «[e]n legislaciones comparadas, el beneficio económico de reformar el marco de garantías reales mobiliarias alcanza más del 20% del PBI del país».

³⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 8: «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». HEYWOOD, Fleisig y Nuria DE LA PEÑA. «Microenterprises and Collateral». Documento presentado en el V Foro Interamericano de la Microempresa: «Un Entorno Favorable para las Micro y Pequeñas Empresas», Río de Janeiro, Brasil, Banco Interamericano de Desarrollo, 11 de setiembre del 2002, p. 1: «In Latin America, microenterprises get credit at worse terms than do large firms. They pay higher interests rates, get smaller loans relative to cash flow or income, and must repay more quickly».

³⁷ CISCOMANI FREANER, Francisco. *Op. cit.*, p. 3, identifica que se presentó el mismo problema en México, cuando se intentó introducir ante el Parlamento federal una propuesta similar a la contenida en este trabajo: «La iniciativa presidencial no tuvo el eco esperado, debido a la opinión pública negativa que prevalecía sobre las instituciones bancarias. La posición de los partidos políticos dominantes [...] también coadyuvó a detener el referido anteproyecto».

4. Grupos de interés que podrían bloquear la reforma

En el Perú, existen varios grupos de interés que, por diferentes razones, podrían bloquear una propuesta como la aquí descrita. Los que destacan por su importancia son los que se presentan a continuación.

4.1. Los políticos

Una reforma institucional como la propuesta no siempre es atractiva para algunos políticos, ya que afectará de manera directa a los malos deudores que tienen incentivos suficientes para organizarse, a diferencia de los actuales y futuros buenos clientes, que, si bien son la gran mayoría, son indeterminados en términos políticos.

Además, en un mercado (el crediticio) prácticamente monopolizado por los bancos, este tipo de propuesta podría ser considerada como pro-banqueros,³⁸ aunque en el fondo no sea así, ya que pretende abrir el mercado a una más amplia y sana competencia.

También, se debe considerar que, en términos políticos, es, a veces, más conveniente proponer soluciones populistas a la escasez y onerosidad del crédito, como son la creación de bancos estatales³⁹ o la fijación de tasas de interés por decreto, en vez de generar condiciones de libertad y competencia.

4.2. Los bancos

Algunos bancos, sobre todo locales, no consideran necesariamente positivo este tipo de propuesta, porque implica modificar el *statu quo* que les ha permitido monopolizar el 90% del mercado del crédito. Sin

³⁸ Esta ha sido justamente la salida facilista del actual gobierno, que ha creado un banco estatal para los agricultores (Agrobanco). Con un régimen legal sobre garantías como el que tiene actualmente el Perú, ¿cómo pretende este banco estatal garantizar la recuperación de su cartera de créditos?

³⁹ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, pp. 119-120: «Los bancos perderían relativamente, pero ganarían en absoluto. Mientras los bancos representan el 40% del crédito de EE.UU., tal crédito asciende al 220% del PBI. En los países que poseen un marco legal no reformado para los derechos reales de garantía, los bancos pueden representar hasta el 95% del crédito, pero el crédito total asciende solo entre el 20% y 30% del PBI. Como resultado de una reforma al marco legal, el crédito bancario con relación al PBI crecería de, aproximadamente, 25% al 80%, casi triplicando el negocio bancario».

embargo, para muchas entidades bancarias, propuestas como la aquí descrita, implican una promisorio oportunidad de negocios.⁴⁰

4.3. Los notarios

Los notarios son un grupo poderoso que monopoliza el mercado de la fe pública y encarece el libre intercambio. Son los intermediarios necesarios entre los agentes económicos y el registro, mediante las costosas escrituras públicas.

Una reforma integral de la legislación sobre garantías necesariamente requiere eliminar estos costos de transacción, los mismos que afectarían de alguna manera sus intereses. Sin embargo, con el aumento significativo del crédito y de las transacciones comerciales, los notarios podrían prestar a satisfacción nuevos servicios.

4.4. Los funcionarios de la SUNARP ⁴¹

Un registro público, por definición, debe incentivar la inscripción de las transacciones y proveer al mercado la información que posee en tiempo real y a muy bajo costo. En el Perú, sin embargo, sucede todo lo contrario, ya que el ingreso al registro es costoso y lleno de formalismos⁴² y el acceso a la información que posee es por demás problemática e insegura.⁴³

⁴⁰ La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) es una entidad estatal que tiene bajo su control y supervisión a todos los registros públicos del país.

⁴¹ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 101. Nosotros proponemos, en cambio, un «[...] sistema de archivo de avisos de garantía. Este es menos costoso y precisa un mínimo control por parte de funcionarios, a diferencia del sistema de registro, que requiere revisión legal. En los sistemas reformados vigentes en algunas jurisdicciones, la revisión legal previa a la inscripción consiste solo en controlar que todos los campos del formulario hayan sido completados».

⁴² Véase supra punto III y cita 13.

⁴³ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 60: «[...] el Perú presenta una estructura institucional de monopolio del Estado para la administración de registros. Esta estructura institucional conlleva problemas administrativos en el funcionamiento de los registros que determinan costos altos y riesgos en el rango de propiedad de acreedores».

⁴⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 35: «De acuerdo a información proporcionada por la SBS, los procesos judiciales de ejecución duran entre 18 y 36 meses en promedio. 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.

Se requiere, por tanto, de un nuevo registro que corrija estas imperfecciones y que promueva la competencia en un sector que tradicionalmente ha sido un monopolio del Estado.⁴⁴

Los funcionarios de la SUNARP, y en especial los registradores públicos, pueden considerar la reforma del régimen de garantías como una amenaza. Sin embargo, la creación de un nuevo y único registro con muchos puntos de ingreso de la información en competencia significará importantes oportunidades de negocio.

4.5. Los jueces

En la actualidad, el poder judicial prácticamente monopoliza el mercado de la ejecución de bienes, y eso genera impactos negativos significativos en el mercado del crédito.⁴⁵ Además, el actual procedimiento de ejecución judicial de las garantías «genera corruptelas que distorsionan el valor de los bienes».⁴⁶ Se requiere generar, por tanto, un mercado privado competitivo, que podría ser considerado, por algunos jueces, como un atentando a su cuota de poder. Sin embargo, considerada la propuesta en su real dimensión, permitirá reducir la carga procesal y dejará en los jueces el rol subsidiario, pero significativo, de proteger a los deudores frente a posibles malos acreedores.

4.6. Los abogados

Por desgracia, en el Perú, muchas universidades consideran que el Derecho se reduce al aprendizaje de la ley. Por esta razón, un gran número de abogados es sensible a cambios significativos en el ordenamiento legal, porque para ellos implica la necesidad de aprender de nuevo. Sin embargo, al tratarse de una propuesta que contará con el

[...]

Es importante mencionar que el cálculo [...] no incluye los gastos en que debe incurrir el acreedor para iniciar y seguir un proceso judicial (abogados, tasas judiciales, honorarios del tasador y del martillero, etc.), los mismos que también pueden impactar en la tasa de interés».

⁴⁶ *Ibid.*, p. 36. Así, por ejemplo, EYZAGUIRRE, Hugo; Pierina POLLAROLO, y Raúl ANDRADE. *Op. cit.*, p. 32, explican que uno de los problemas principales «[...] es el referido a la posibilidad de que alguna de las partes realice un acuerdo extralegal para beneficiarse de la tasación. El mecanismo para esto es tener control sobre el nombramiento del perito». Además, es un secreto a voces, que existen mafias que intervienen en los remates judiciales.

significativo apoyo de los gremios empresariales, cualquier organización que agrupe a este tipo abogados difícilmente podrá impedir la reforma.