

Las Garantías de Crédito, Balance y Perspectivas

Hernán Figueroa Bustamante

Docente de Derecho Bancario, Financiero y
Mercado de Valores de la UNMSM., SAN MARTÍN y UNIFE

Entre los diversos temas que el moderno Derecho Bancario abarca, constituye una especial preocupación y desafío conceptual el estudio de las garantías de crédito, por los graves problemas que con el transcurso del tiempo se han suscitado, por su insuficiente constitución que les resta eficacia y la crisis que han experimentado sus modalidades tradicionales en el negocio bancario.

En ese contexto, el desconocimiento de los aspectos legales esenciales de las garantías utilizadas en la actividad bancaria, genera procedimientos equivocados, que aumentan el riesgo crediticio¹, agravados por el incremento de la vulnerabilidad legal o judicial de las mismas, lo que constituye una llamada de atención al mito formulado alrededor de las garantías reales.

Garantías Bancarias Tradicionales

El Perú no es un país que se caracteriza por el permanente y definido estudio doctrinal del Derecho Bancario, aspecto agravado por la ausencia de una jurisprudencia uniforme y especializada en la materia.

En tal virtud, los abogados vinculados a los bancos deben cuidar y precautelar dentro de lo máximo posible la vigencia y seguridades que otorgan las garantías bancarias tradicionales como la hipoteca, la prenda y la fianza.

Por ello, se justifica proceder al análisis de las garantías bancarias tradicionales, para así poder ingresar en los nuevos tipos de garantías que se van perfilando y concluir finalmente en nuevas alternativas y perspectivas.

Garantías Reales:

La garantía supone un refuerzo de la que por sí representa el activo patrimonial del deudor, pero insuficiente al ser común para todos los acreedores del

¹ Villegas, Carlos Gilberto: Las garantías de crédito, Buenos Aires, Primera Edición. 1996

mismo obligado. Dicha limitación tiende a salvar las garantías, que dan al acreedor una posición de preferencia o una mayor seguridad de cobro, en la eventualidad crítica de producirse la insolvencia patrimonial del deudor y de comprometer la satisfacción del crédito.

La confianza en el cumplimiento espontáneo del obligado es siempre el fundamento de la operación de crédito, las garantías constituyen su complemento principal, ya que asumen la importante función de limitar el riesgo que le es inherente, pues su real conocimiento y valoración debe presidir la gestión crediticia.

Por eso, a fin de evitar la situación de una garantía general constituida para el patrimonio, se ha recurrido a formas especiales de garantía, buscando sustraer al acreedor de la regla de la igualdad, para lograr el cobro oportuno y total del crédito.

Al afectarse directamente determinados y específicos bienes muebles o inmuebles, sean de propiedad del deudor o de un tercero, se garantiza en forma real el cobro del crédito dándose un derecho real de garantía prendaria o hipotecaria, afectándose los bienes al cumplimiento de la obligación.

Garantía Hipotecaria:

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, las características esenciales del Derecho real de hipoteca son²: La publicidad, la accesoriedad, la indivisibilidad y la especialidad y origen convencional o legal. El derecho de hipoteca confiere al acreedor el derecho de preferencia, persecución y venta judicial del bien hipotecado.

El principio de la especialidad tiene relevancia para el Derecho Bancario, en cuanto al bien objeto del derecho real y en cuanto al crédito al cual accede la hipoteca que requiere en primer lugar la expresa mención en el acto constitutivo a la obligación garantizada, expresada en una suma cierta y determinada de dinero. Asimismo la constitución de hipoteca para garantizar operaciones eventuales no modifica el concepto de especialidad: al tiempo de la constitución de la hipoteca debe existir la causa de la obligación y estimada la suma determinada de dinero.

² Castañeda, Jorge Eugenio: Los Derechos Reales de Garantía, Lima, Primera Edición. 1960

En cuanto a las hipotecas tipo sábana, que se constituyen para garantizar créditos emergentes de operaciones bancarias, además de la expresión del monto máximo de las facilidades crediticias, en el acto constitutivo debe constar cual o cuales son las operaciones acordadas por la institución, que una vez efectivizadas y hasta alcanzar el monto máximo conveniente garantiza la hipoteca.

El principio de publicidad protege la garantía hipotecaria de los terceros acreedores o de los adquirentes del inmueble, al exigir la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para que adquiera validez frente a terceros.

La accesoriedad es un principio que supone la existencia de un crédito al que garantiza y del cual depende. Sin embargo, en la actualidad adquieren autonomía y naturaleza jurídica propia.

La indivisibilidad por la cual la hipoteca subsiste hasta la completa satisfacción del crédito y extinción total de la deuda.

Si bien el instituto de la hipoteca se encuentra legislado en nuestro ordenamiento positivo, en la práctica tropieza con una serie de obstáculos que alejan la posibilidad de certeza de cobrar lo adeudado, por los vicios en los que incurre generalmente en forma voluntaria el deudor, la aparición de un acreedor de diferente naturaleza quien sin haber cumplido con las formalidades legales pretende hacer prevalecer su derecho por encima de una hipoteca legítimamente constituida; la negativa o evidente demora del deudor y propietario del bien inmueble en entregar el bien; la búsqueda de una compensación económica por el arrendatario; las inscripciones y anotaciones anteriores que aparecen en Registros Públicos con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

Estas situaciones envilecen la garantía hipotecaria.

Garantía Prendaria:

El acreedor prendario tiene un conjunto de derechos respecto al bien, dado en garantía. El primero en retenerlo en tanto no sea satisfecha la obligación, los accesorios y los gastos en que haya incurrido el acreedor para una adecuada conservación de la cosa recibida en prenda y luego ante el incumplimiento de la obligación principal proceder por la vía judicial para que el bien se remate y con su producto se atienda el pago de dichas sumas o se le adjudique en pago de su deuda.

La prenda como derecho real confiere al acreedor los derechos de persecución y preferencia, o sea, perseguir el bien en manos de quien se encuentre y ser pagado con el producto del remate con preferencia a los demás acreedores.

Generalmente se reciben en prenda bienes vinculados a una explotación económica, agrícola, industrial o comercial, cuyo retiro y entrega al acreedor causarían transtornos severos al deudor, comprometiendo en capacidad de pago³.

Se contemplan los mecanismos de seguridad como las pólizas de seguros constituidas sobre los bienes gravados y endosados en su favor, así como las inspecciones de los bienes prendados. Muchas veces, el acreedor se encuentra con la desaparición del bien gravado, la enajenación anterior del mismo o el deterioro del bien.

Garantía Personal

Siendo el patrimonio del deudor prenda común de los acreedores, los créditos bancarios pueden no necesitar o por lo menos el riesgo crediticio no exige, la afectación de un bien específico en garantía, como una hipoteca o prenda, pero sí requiere el refuerzo de una garantía de otro patrimonio, dándose las garantías personales.

Fianza

La clásica garantía personal es la fianza, otorgada por un tercero, quien se obliga con todo su patrimonio a pagar si no lo hace el deudor, sin poder invocar el beneficio de excusión. La fianza exigida y aceptada en el campo bancario, generalmente es solidaria, además de que el fiador se constituye en codeudor, circunstancia de suma importancia porque se requiere la intervención del fiador co-deudor al concretar los refinanciamientos o las renovaciones de los créditos.

Evidentemente las diversas garantías utilizadas en el ámbito bancario giran alrededor de las anteriormente citadas, con algunas variantes o buscando en algunos casos una actualización y modernización difícil, por cuanto en este tipo de garantías la evolución ha sido y sigue siendo muy lenta, en relación a la dinámica de los nuevos y modernos negocios bancarios.

³ Rodríguez Agüero, Sergio. *Contratos Bancarios*, Ed. Temis, Bogotá, 1996, Tercera Edición.

Crisis de las garantías

La preocupación respecto a las garantías de crédito no reside en el marco legal, sino cuando se recurre al Poder Judicial, lo que conlleva un trámite que tiende a prolongarse y complicarse, por lo que es ineludible considerar un aspecto principal y fundamental que es la práctica y experiencia cotidiana y la realidad del medio en que nos desenvolvemos.

Una gran hipoteca que finalmente para el acreedor, debe como señala Peña Castrillón⁴ “acercar la probabilidad de cobro a la certeza” y convertirse en dinero para el pago de la obligación, por razones ajenas, casos fortuitos, la alteración en la cotización de esos bienes y por modificaciones que destruyen las previsiones inicialmente hechas por el banquero, tasaciones que pierden actualidad, inundaciones que hacen desaparecer la propiedad de un bien inmueble, dejando al propietario con su derecho a buscar el reconocimiento judicial del mismo sin ningún efecto positivo y al acreedor sin garantía.

Frente a ésta situación, se deben buscar nuevas soluciones jurídicas, como sustituir a una garantía tradicional, al dar un crédito a alguien que no cuenta con ella, para ofrecerlo con la consideración de la “fuente de pago”, perspectiva sumamente importante, porque de ésta manera “el cliente le ofrece una fuente clara de recurso para atender la obligación”. Así tenemos el caso de una planta industrial bien concebida, con serios estudios de mercado, provisión de materias primas, cuya fuente de pago no se encuentra en la garantía tradicional de hipotecar la planta industrial, sino en la vida comercial e industrial misma de esa planta, cuyos productos elaborados bien comercializados, constituyen la fuente de cumplimiento de la obligación asumida, especialmente cuando se trata de mercados externos.

Entre las dificultades judiciales, el proceso ejecutivo puede tardar excesivamente por los vicios, malicia, mala fe de los litigantes, errores voluntarios o involuntarios, subsanables o no de los administradores de justicia, la obsoleta organización judicial, su lentitud y burocracia, que desvirtúan la ejecutividad del proceso, dificultando seriamente la recuperación de la obligaciones impagas.

Ante esta difícil situación, se deben diseñar y perfeccionar sucedáneos del proceso judicial en los que se conserve el derecho de defensa, en los que se

⁴ Peña Castrillón, Gilberto: Las Garantías de Crédito, Bogotá, 1980

hagan efectivas las garantías y en donde se neutralice la normal potestad del abuso que siempre ha tenido la parte dominante de una relación jurídica.

Nuevos tipos de garantías bancarias

Lettres de Patronage (Cartas de Intención): Son cartas de intención o de cobertura siendo común actualmente la actuación de sociedades comerciales vinculadas, ya sea por relaciones de colaboración como las empresas de colaboración empresarial, joint ventures, asociaciones accidentales o de dominación como las holdings con sus respectivas subsidiarias. La participación accionaria de una sociedad en otra y muchos otros tipos de ayuda, colaboración o dominio empresarial, han dado lugar a la aparición de las cartas de intención dirigidas generalmente a un banco, que da o promete dar un crédito a una sociedad en cuyo capital tiene interés mayoritario la sociedad firmante, en posición tal que le confiere su poder de gestión y así lo expresa en la carta tomando a la vez información del crédito aludido o aprobándolo y asumiendo el compromiso de preavisar al banco todo eventual cambio en dicha participación de capital.

Este compromiso puede variar de alcance y puede consistir en:

- a) La firmante toma conocimiento o aprueba la operación crediticia a realizar por el banco con su subsidiaria y menciona su participación accionaria comprometiéndose a no variarla. De esta manera, asegura la conservación de la solvencia patrimonial de la subsidiaria por el control que ejerce la firmante.
- b) La firmante también se compromete a controlar el manejo de la subsidiaria, la adecuada gestión de su administración. No constituye fianza porque no existe obligación de pago ni solidaridad con la subsidiaria.
- c) La firmante se compromete a mantener la solvencia de la sociedad deudora hasta el momento de hacerse exigible el crédito, pero no se garantiza el pago del crédito.
- d) La firmante promete y asegura al banco que la sociedad deudora controlada pagará el crédito recibido al vencimiento.

Este tipo de garantías atípicas nace de las vinculaciones de orden societario, con la finalidad de evitar la formalización de garantías típicas como la fianza, la voluntad que no figure en un balance el compromiso de una garantía, aspectos

de orden fiscal y tributario, límites de endeudamiento, norma expedida por las autoridades de control.

Los bancos a su vez asumen compromisos de menor precisión legal pero más amplios.

Son garantías atípicas creadas por la práctica comercial bancaria, cuya real significación jurídica habrá de producirse cuando resulten valoradas por la jurisprudencia de los distintos países. Son productos de nuevas necesidades que surgen e la operatividad crediticia y a la interconexión de los entes societarios que hallan respuesta en la amplia fuente de relaciones jurídicas generadas por el ejercicio de la libertad contractual, que respalda el principio de la autonomía de la voluntad, con vigencia también dentro del ámbito de las garantías personales, entendidas en sentido amplio como medios puestos por la técnica jurídica para reforzar y aumentar las posibilidades de cobro de un crédito, mediante las cuales el titular beneficiario adquiere el poder de agresión sobre otro patrimonio que el de su deudor directo, a los efectos de evidenciar el daño que el incumplimiento irroga.

Cartas de crédito Stand By

La preocupación de los acreedores, deudores y banqueros por encontrar nuevas formas de garantía ha dado lugar a un uso atípico del crédito documentario o carta de crédito que nace en los Estados Unidos de Norteamérica, donde las leyes bancarias no permiten a los bancos dentro de sus operaciones las de emitir garantías personales, pero sí se encuentran facultadas a emitir cartas de crédito.

Para obviar esa limitación legal, los bancos empezaron a emitir cartas de crédito Stand By, llamadas así porque se espera que el beneficiario sólo las utilice en caso de incumplimiento de la otra parte, que sean pagaderas a simple solicitud.

A nivel de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) se están promoviendo las cartas de crédito stand by letters y garantías independientes tienden a consolidarse y el tema principal a corto plazo consideramos serán las garantías independientes o autónomas, incluyendo dentro de ellas la carta de crédito contingente.

La carta de crédito stand by, adopta la misma forma y goza de las mismas características legales del crédito documentario tradicional. El único documento que se requiere es una solicitud de pago por parte del beneficiario acompañada de una letra de cambio sobre el banco pagador.

La publicación No. 500 de la Cámara de Comercio Internacional que contiene las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios en sus artículos 1º y 2º mencionan expresamente a las cartas de crédito stand by, permitiendo que el crédito documentario típico tenga nuevas aplicaciones que ya no tienen la regulación inicial de una compra venta, porque son pagaderas a simple solicitud.

Contrato Autónomo de garantías

Es permanente la preocupación que existe en la industria financiera, especialmente bancaria, de disponer de un contrato autónomo de garantía, mediante el cual utilizando trámites sencillos, rápidos, tal vez informales, dentro de un ordenamiento jurídico práctico, se puedan perseguir y liquidar las garantías.

Se debe señalar adicionalmente a la existencia de contratos accesorios de garantía, accesorios precisamente respecto a una obligación principal, la existencia de contratos de garantía pactados por las partes en modo tal que se les considere independientes del contrato o relación jurídica principal. En este último caso se constituye o nace una obligación autónoma a cargo del garante. A éstas garantías independientes, en el Derecho Civil, se les denomina contratos autónomos de garantía o GARANTLEVERTRAGE.

Esta garantía autónoma, ésta conceptuada como un contrato obligatorio por el cual se garantiza la prestación de un tercero, a favor del acreedor beneficiario, asegurándole su cobro, no sólo en caso de incumplimiento, sino también de imposibilidad de pago y aún de invalidez o ineficacia del negocio jurídico frente a dicha prestación. La obligación del garante es autónoma y complementa otra relación, de la que puede resultar subsidiaria – no accesoria.

Se trata en síntesis de un contrato atípico con finalidad de garantía, no accesoria.

En realidad, debemos señalar que quienes sostienen tradicionalmente que el contrato de garantía en cuanto accesorio, depende de la situación y características del contrato principal olvidan, simultáneamente, que aquel contrato ac-

cesorio carece de un valor jurídico preciso y que en realidad venimos repitiendo por simple efecto de la inercia, una postulación sobre el contrato accesorio que frente a la realidad comercial actual –especialmente bancaria– resulta obsoleto.

Adicionalmente, un argumento jurídico de respaldo para la existencia de un contrato autónomo de garantía, estaría en la incorporación del principio de equidad como elemento importante en la institución, ejecución e interpretación del negocio jurídico, teniendo en cuenta que permite flexibilizar la fuente formal del derecho y limitar el rigor de lo estrictamente legal.

De esta manera, el contrato de garantía se coloca en un mismo nivel frente al contrato principal, con nexos de vinculación más que de dependencia entre ellos y cuyas prestaciones resulten ser verdaderos deberes de colaboración y expresión de buena fe de todas las partes implicadas en ambos contratos.

Fideicomiso de garantía

Para referirnos a la necesidad de implementar progresivamente ésta figura recogida en la legislación bancaria nacional, debemos aproximarnos a su naturaleza jurídica.

Los fideicomisos de garantía son aquellos por los cuales se transfiere en fideicomiso un bien, con el encargo de que – en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar – el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga.

En realidad, constituye una de las posibilidades más interesantes de los negocios de fideicomiso, ya que presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca por cuanto el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales tendientes a subastar los bienes. Este régimen resulta similar al aplicable al título de crédito hipotecario negociable.

Tales ventajas además, no benefician exclusivamente al acreedor, sino que también el deudor resulta favorecido al lograr generalmente mejores condiciones de venta que en los remates judiciales.

En realidad existe una gran preocupación entre los banqueros, asesores, abogados, litigantes y todas las persona vinculadas a la recuperación de las acreencias y especialmente cuando tenemos que acudir al Poder Judicial. Establecer alguna garantía que pudiera perseguirse y liquidarse fácilmente, es un objeto y una preocupación, excluyendo en lo posible la vía judicial.

El fideicomiso de garantía funciona adecuadamente y con gran eficacia en países como México, Colombia, al permitir al banco acreedor beneficiario, tener un bien en garantía que sale del patrimonio del deudor – fideicomitente o beneficiario evitando su futura agresión por otros acreedores y se entrega a otro banco fiduciario, pasa que éste lo administre y posteriormente enajene entregando el producto obtenido por el monto de la acreencia al banco acreedor beneficiario. En realidad, un fideicomiso irrevocable de garantía debe ser asimilable a los créditos otorgados con garantía real.

En cuanto a una eventual privación del ejercicio del legítimo derecho de defensa, no se presenta controversia que deba juzgar el fiduciario. Se da únicamente la circunstancia de hecho que en una fecha cierta, no se haya producido el pago, además de que el deudor – fideicomisario en forma voluntaria, deliberada y consciente ha transferido al fiduciario un bien, encomendándole una gestión de venta del mismo para que pague al acreedor – beneficiario.

Considerando que el fiduciario se encuentra expresamente prohibido de ser beneficiario de un fideicomiso, desaparecen los temores que en otras legislaciones se presentan, respecto a la eventual apropiación por parte del fiduciario, de los bienes recibidos en fideicomiso de garantía.

Finalmente, consideramos que se debería introducir una modificación en nuestra legislación bancaria para conferir la calidad de garantía preferida a los derechos intelectuales, que como intangibles de gran valor patrimonial podrían asegurar debidamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de crédito.

Debemos formular con creatividad nuevas formas de aprovechar al máximo éstas versátiles y completas figuras jurídicas, difundiendo sus bondades y beneficios en la forma más sencilla y natural posible, a fin de optimizar la realidad de las garantías.