

Las garantías mobiliarias y el sistema registral que requiere para operar eficientemente

Dr. Fernando Cantuarias S., Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Las garantías se han creado con la finalidad de eliminar, o al menos reducir dramáticamente, la “ventaja estratégica” (o, en inglés, “the problem of contract opportunism”, Richard Posner), que se genera al momento en el que se pactan contratos, en los que, una de las partes debe cumplir sus prestaciones antes que la otra (caso típico un crédito bancario, préstamos de proveedores, etc.), ya que el último en cumplir se encuentra en mejor situación, por cuánto ya ha recibido el beneficio que le reportaba el contrato.

Para recomponer esta situación, la cual podría llevar a decisiones ineficientes como: 1) A contratar con prestaciones simultáneas (en los ejemplos, implicaría eliminar la posibilidad de los préstamos); o 2) A contratar, pero en condiciones mucho más onerosas¹; el sistema legal interviene regulando la institución de las garantías.

a) Primer tipo de garantía: encontramos facultad de perseguir el patrimonio del deudor (“prenda genérica”). Sus costos incluyen: identificación de la capacidad económica del deudor, de las deudas existentes, de su

patrimonio. Luego estos generan importantes costos de monitoreo (insolvencia).

b) Segundo tipo de garantía: Se basa en terceros que obligan su patrimonio como garantía del deudor (aval/fianza). Esta determina mayor seguridad pero tiene costos similares.

c) Tercer tipo de garantía: Ciertos bienes del deudor o de un tercero garantizan preferentemente el pago de la deuda (prenda e hipoteca)².

Pero, ¿cómo saber que los bienes que se afectan en garantía, no han sido ya afectados a favor de un tercero o de terceros? ¿cómo garantizo que mi acreencia es preferente?

Esta información requerida no es proveída por el mercado o lo es a costos muy elevados (costos de transacción).

I. ALTERNATIVAS ANTE LA CARENCIA DE INFORMACIÓN:

I.1. ¿Qué alternativas existen?:

¹ Posner, Richard, Op. Cit., p. 80, refiere a que la búsqueda de eliminar esta ineficiencia ha permitido que las sociedades modernas desarrollen sus normas de contratación, las mismas que no tienen paralelo alguno con las que rigieron en sociedades primitivas, en las que el cumplimiento de las prestaciones generadas de los reducidos intercambios de bienes tendían a ser simultáneas, razón por la cual las normas legales solían ser sumamente rudimentarias.

² Las figuras de prenda e hipoteca son reguladas por el Derecho Moderno porque cumplen una función de reducción de “costos de transacción” y compensan la “ventaja estratégica” del deudor, posibilitando la realización de transacciones eficientes. Como bien explica Baird, Douglas G. Notice Filing and the problem of Ostensible Ownership. The Journal of Legal Studies, Vol. 12, 1983, p. 57, los “costos de transacción” se reducen significativamente por cuanto el acreedor sólo tiene que investigar y controlar la información respecto a la situación jurídica de uno o más bienes y no de todo un patrimonio.

a) Obligar a que, en cada transacción privada (contrato), las partes identifiquen alguna “señal” que pueda permitir que los demás se enteren de la existencia de un derecho preferente (ejemplo, unos decidirán izar la bandera nacional en la casa, otros romperán unos vasos, etc.). Problema: El problema que este sistema de publicidad acarrea es que no disemina información al mercado.

b) Establecer legalmente “señales” que todos los participantes del mercado estén en la obligación de conocer: ¿Cualquier tipo de señal? En Roma, por ejemplo, comprador y vendedor daban tres veces la vuelta alrededor del predio y esa era la forma legal de dar señal de la existencia de un derecho preferente. Problema: La limitación de este sistema es que no basta que estén obligados a conocer, sino que además, esta “señal” debe ser fácil de acceder al menor costo posible.

I.2. El mecanismo que tradicionalmente ha cumplido con éxito este rol: la posesión. Sin embargo, modernamente genera graves costos indirectos:

a) Impide la constitución de varios derechos concurrentes. Sólo el primer acreedor podrá acceder a la posesión física del bien, mientras que el segundo y subsecuentes acreedores no lo harán. Sólo la primera acreencia será pública, mientras que las demás serán clandestinas, siendo por tanto impredecible su orden de prioridad.

b) Genera altos costos por la necesidad de la entrega del bien (no explotación).

c) Sólo puede estar referido a bienes actuales, existentes.

d) Poco idónea para grandes transacciones (por ejemplo, para carteras de clientes).

e) No aplicable para bienes incorpóreos³.

I.3. Ante la existencia de estos costos, se crea el Registro, el cual elimina los costos indirectos generados por la posesión (permite la constitución de varios derechos compatibles, todos ellos a ser publicitados vía su inscripción; no es necesario que el deudor se desprenda físicamente del bien; y, genera información precisa respecto de la verdadera situación legal de los bienes).

De esta manera tenemos que: REGISTRO = INFORMACIÓN.

II. PROBLEMAS EN LAS LEYES SOBRE GARANTIAS EXISTENTES:

II.1. La función de información propia del Registro, ha sido desnaturalizada por las leyes sobre garantías:

a) Leyes que imponen quienes pueden ser acreedores/deudores (prendas agrícolas, industriales, mineras, etc.).

b) Leyes que imponen qué tipo de bienes pueden ser dados en garantía y en qué condiciones (impidiendo el libre acuerdo de las partes).

c) Leyes que imponen requisitos, condiciones y formalidades ajenas al interés de información (por ejemplo, la identificación precisa de los bienes).

d) Leyes que imponen la intervención del Estado para “decidir” si tal o cual contrato privado de garantía es “apto” (calificación legal).

El caso peruano es dramático: Decenas de tipos de garantías, cada una con su propio registro, con requisitos, condiciones y formalidades particulares.

II.2. Consecuencias:

Estos problemas determinan varias consecuencias:

³ Baird, Douglas G. y Jackson, Thomas H. Possession and Ownership: An examination of the

scope of Article 9, Stanford Law Review, Vol. 35, Stanford University, 1983, p. 181.

a) Incumplimiento de la función de información (gravísimos costos de transacción)

b) Graves limitaciones a la autonomía de la voluntad privada

c) Graves riesgos y mucha inseguridad en la acción de “calificación” de los acuerdos privados por parte del Estado.

III. PROPUESTA DE SOLUCION:

III.1. Premisa: Una propuesta de solución debe partir de la premisa que el Registro existe únicamente para proveer de información valiosa al mercado. Por tanto hay que:

a) Darle pleno reconocimiento a la autonomía de la voluntad: Son los agentes privados los que deben decidir libremente su régimen de garantías (moldearlo libremente a las particularidades de cada transacción).

b) A efectos de permitir la toma de decisiones privadas eficientes, debe desarrollarse un registro que proporcione información rápida, segura y poco costosa, acerca de las transacciones privadas anteriores, que son preferentes frente a las nuevas que, con dicha información, se constituirán.

III.2. ¿Qué tipo de Registro se requiere?

a) Necesariamente uno sólo (información centralizada) al que pueda acceder todo aquél que quiere garantizar su preferencia.

b) Siendo que la preferencia se logra gracias a la información que se da al resto del mercado: debe eliminarse el sistema actual de “registro de contratos” por uno más efectivo y eficiente que de “aviso” al resto del mercado acerca de la existencia de derechos preferentes. Por tanto, la información a ser registrada debe restringirse a aquella requerida para que el agente interesado la encuentre en el propio mercado.

c) El análisis de legalidad deberá restringirse al campo de información que el mercado requiere, que estará reflejado en el formulario a ser ingresado por el interesado.

d) El Registro necesariamente deberá proveer información rápida, ágil y previsible al mercado, al menor costo posible.

III.3. ¿Cómo debe organizarse?

a) Al tratarse de bienes muebles, el Registro debe ser de ámbito nacional, para minimizar el riesgo del movimiento de los bienes. Sin embargo, debe estar estructurado por una sola base de datos, con muchos puntos de ingreso de información.

b) ¿Monopólico o con varios proveedores (mercado competitivo)? El monopolio tienden necesariamente a obtener mayores ganancias cobrando un precio más alto (caso peruano el costo del registro se fija en porcentaje de la Unidad Impositiva Tributaria y no en razón del costo real del servicio).

Alternativa más eficiente y conveniente para el mercado es la competencia (calidad/precio). Además, se condice con la característica técnica del Registro que se propone (una sola base de datos centralizada, pero con diferentes líneas de acceso de la información). También resulta conveniente como mecanismo de protección contra la corrupción.

c) ¿Público o privado?

- Si se entiende que “registro” es sinónimo de “información” y que, por tanto, el control de la legalidad debe reducirse a este tema, la intervención de los órganos estatales en la prestación de este servicio registral no es necesaria (Estado no asume responsabilidades significativas), más allá de la importante labor de establecer el marco legal, los estándares de competencia y las condiciones técnicas del nuevo Registro.

- ¿Sin embargo, es conveniente que el Estado provea registros estatales competitivos?

Económicamente no se trata de un bien público (es decir, aquél que no se pueda excluir a cambio de un precio). Por tanto, puede ser brindado eficientemente por el sector privado. De esta manera, el Estado puede utilizar sus escasos recursos en proveer bienes públicos a la población.

Aún así, ¿debe estar en manos del Estado? Para nadie es un secreto y quien habla ha trabajado por muchos años en el sector público, que las decisiones estatales acerca de quién, cómo, cuánto, donde y a qué precio deben proveerse los bienes y servicios públicos, son complejas, si las comparamos con la forma de tomar decisiones privadas, al tener que optarse por una serie de alternativas, manejando escasos recursos: Por ejemplo, ¿quién en el Estado es el responsable de proveer el cierre de huecos en las calles? ¿cómo hacerlo? ¿cuánto debe taparse? ¿dónde deben taparse los huecos? ¿en qué orden? ¿qué tan bien tapados? ¿cuál es el precio por ese servicio?

En cambio, los proveedores privados, por lo general son más eficientes, en especial cuando actúan en competencia, ya que, tomada la decisión de proveer un bien o servicio, fundamentalmente se concentran en ofrecer mejor calidad y reducir costos y precios, aumentando el volumen de la actividad comercial.

Adicionalmente, en cuanto al personal, los incentivos entre el funcionario público y el privado son significativamente diferentes: El funcionario público generalmente no recibe mayor compensación por mejorar la calidad del servicio y, su mejor o peor performance no está en relación con su permanencia en el trabajo, a diferencia de los que sucede en la actividad privada. Esto lleva a que, además, el perfil del profesional privado sea, generalmente, superior al público.