

Estrategias legales para expandir el crédito mobiliario

Nuria de la Peña, CEAL

Diseñar un marco legal para que los bienes muebles puedan gravarse en garantía de prestamos no es una tarea fácil. Los bienes muebles se desplazan, rotan, cambian de valor, caminan, crecen, se transforman, o se extinguen. Muchos se preguntarán cómo pueden garantizar nada. Sin embargo, no es una tarea imposible.

A pesar de que construir un sistema para garantizar créditos con bienes muebles es una tarea ardua y difícil, algunos sistemas finalmente lo lograron. Actualmente, estos sistemas respaldan trillones de dólares de crédito en los Estados Unidos, y otro tanto en Canadá. ¿Por qué? Porque los bienes muebles constituyen cerca de un tercio del capital de un país y la mitad de la inversión. A Argentina, Bolivia y Nicaragua, países diferentes a El Salvador, pero muy parecidos a este en sus sistema legal, el no contar con un sistema eficiente para el crédito mobiliario, les cuesta entre el 5 y el 10 por ciento de su producto bruto interno por año.

Una reforma del marco de garantías reales muebles necesita atender los problemas en las tres etapas de una garantía real: su constitución debe ser relativamente barata, su rango de prioridad público e incuestionable, su ejecución barata y sumamente expedita. Cualquiera sea la estrategia legal, y al margen de las teorías legales, en definitiva, el único parámetro de éxito es que se realicen préstamos garantizados solamente por bienes muebles.

Diferentes Estrategias

Las empresas, los bancos, las cámaras de comercio e industria, los mineros y los agricultores de muchos países han tomado

iniciativas de reforma de los sistemas de garantías a efectos de expandir el crédito. Se enumeran aquí algunos ejemplos, y las razones de su éxito o fracaso.

Algunos Bienes Muebles

Muchos países concentraron sus esfuerzos en leyes de prenda para conseguir financiamiento garantizado por ciertos bienes muebles. Este es el caso de las leyes de prenda civil, prenda comercial, prenda agraria, prenda ganadera, o prenda de bosques (Bolivia, Honduras, Uruguay, Perú). Sin embargo, la principal restricción de estas leyes fue su limitado campo de aplicación. En general, estas leyes de prenda enumeran cierto tipo de bienes muebles, como: “productos agrícolas”, “ganado”, o “madera”. Sin embargo, es infinita la cantidad de bienes muebles, tanto como es infinito enumerar todos los números entre 1 y 2. Con leyes que enumeran los bienes muebles, muchos bienes muebles se encontraron sin un marco legal para que garanticen préstamos. La madera se transforma, el ganado pronto es carne en frigoríficos. En Uruguay la prenda ganadera se usó para garantizar pescado. Frente a incumplimientos, los acreedores no pudieron prevalecer contra el pescado. “La ley de prenda ganadera dice ganado, no pescado” dijeron los tribunales. En contraste, las leyes comprensivas de “todo bien mueble” tuvieron mayor éxito, tanto como es posible decir: “cualquier número entre 1 y 2”.

Asimismo, estas leyes de prenda se edificaron sobre los conceptos básicos de la hipoteca inmueble, trataron de identificar el bien en garantía tanto como fuera posible. Pero tan precisa identificación perjudicó la

recuperación de la deuda en el financiamiento de inventario. Ante un incumplimiento los acreedores perdieron su gravamen contra las utilidades, frutos, y productos de los bienes originariamente prendados y contra las utilidades de estos, porque los nuevos bienes del inventario no correspondían a los originariamente identificados en el contrato de prenda.

Por otro lado, las leyes de prenda se edificaron sobre conceptos limitados de "accesoriedad" y marco de excepción. Bajo tales concepciones, las sumas garantizadas por prenda tuvieron prioridad sólo desde su desembolso, no desde el momento en que se había registrado la prenda: Los tribunales hicieron prevalecer la teoría de la "accesoriedad" – la prenda es accesorio a una obligación principal, y la obligación no existió hasta el desembolso – frente a las normas de rango de prioridad - el primero que registra, el primero que prevalece -. Asimismo, estos conceptos limitaron el financiamiento de inventario, principalmente en empresas productivas. Las sumas garantizadas con prenda no pudieron gravar el inventario futuro del deudor, en teoría, el deudor no era "dueño" del bien en garantía al momento de constituirse la prenda. Ya que los bienes no existían, el deudor no podía ser su dueño, y sólo puede darse en prenda un bien propio. Como consecuencia de este concepto, los acreedores perdieron su rango de prioridad hasta el momento más tardío en que se consideró al deudor "dueño" del bien en garantía.

Finalmente, estas leyes obviaron cubrir las necesidades en las tres etapas de una garantía real: su constitución debe ser relativamente barata, su rango de prioridad público e incuestionable, su ejecución barata y sumamente expedita. Estas leyes de prenda muchas veces no atendieron los costos de constitución, para bienes relativamente baratos fue mejor no constituir garantías

reales porque los costos no se justificaron. Los registros no funcionaron adecuadamente, e incrementaron los costos. Las leyes de prenda dejaron el problema de ejecución dentro de las leyes de procedimiento aplicables a otras ejecuciones de deudas. Estas normas procesales no establecían procedimientos suficientemente expeditos y baratos. En Argentina y en Bolivia demora cerca de 2 años el secuestro y la venta de bienes muebles. En el Salvador, las personas entrevistadas citaron desde 6 meses hasta años. Muchos bienes muebles se depreciaron substancialmente en su valor antes de su posible liquidación. Otros desaparecieron.

Actualmente, y como consecuencia de estos sistemas de prenda, en estos países es prácticamente imposible obtener financiamiento sin ser propietario de bienes inmuebles. Y aún para los propietarios, es prácticamente imposible conseguir crédito más allá del valor de sus activos en bienes inmuebles.

Sólo los Registros

Muchos países, como Bolivia, Guatemala y varios países de Europa del Este, enfocaron sus esfuerzos solamente en mejorar el funcionamiento de los registros. Sin embargo, garantizar un préstamo con bienes muebles necesita también los elementos claves de constitución y ejecución. En Bolivia y Guatemala de nada sirvió el mejoramiento del registro de propiedades inmuebles (donde se registra la prenda agraria), mientras la recuperación y venta de, por ejemplo ganado o maquinaria prendada, continuó demorando dos años, y los costos de notario para la constitución de la prenda representó el 10% de préstamos de 400 dólares.

En Guatemala y Perú, el problema fue aún peor. No existía una ley clara e incuestionable que estableciera que "el que primero registra, el primero que cobra". Los acreedores no tuvieron ningún incentivo en registrar, ni en

usar el marco de garantía real de prenda, ya que el propósito principal - que es: poder afectar con privilegio de cobro parte del patrimonio del deudor, y prevalecer con rango de prelación frente a otros - quedó totalmente desvirtuado.

En muchos países latinoamericanos, las leyes de inembargabilidad de bienes determinaron que gran parte de la maquinaria de prestatarios pequeños fuera exenta de ejecución. Por consiguiente, estos bienes no tuvieron valor en garantía. No importa cuán bien o mal funcionara el registro, esos bienes, considerados inembargables, no pudieron aceptarse en garantía. Esta situación continúa en muchos países hasta hoy.

Sólo la Ejecución

En los últimos años México y Argentina, y la mayoría de los países europeos introdujeron leyes de ventas condicionales, leasing (arrendamiento) financiero, y fideicomiso financiero. Estas leyes afectan bienes al pago de una deuda de forma muy peculiar: reteniendo la propiedad de los bienes en el acreedor o un tercero.

Estas leyes apuntaron a resolver uno de los problemas de garantías muebles: el de la ejecución. Bajo estas leyes, el deudor no es dueño de los bienes que garantizan el crédito. Ante un incumplimiento el acreedor o un tercero nombrado por éste es el dueño. Por consiguiente, el acreedor puede por sí hacer vender los bienes sin necesidad de demanda judicial.

Pero la ejecución tiene dos etapas: la toma de posesión de los bienes y su venta. En Argentina y en México la ley de leasing no resolvió un secuestro rápido para la toma de posesión. Por otra parte, se limitó el uso de estas figuras a acreedores o fideicomisarios que eran entidades supervisadas por la superintendencia de bancos. Esto impidió financiamiento por otros prestamistas no

bancarios, como los distribuidores de maquinaria o las compañías importadoras.

En Europa estas leyes tuvieron un poco más de éxito porque las recuperaciones fueron más expeditas que en América Latina. Sin embargo, estos sistemas no permiten mayor competencia entre los prestamistas. Los acreedores toman una posición de dueños de parte del patrimonio de los deudores, y los deudores encuentran dificultades en refinanciarse con otros prestamistas.

Finalmente, en algunos países estas leyes introdujeron un mayor riesgo en la recuperación del crédito. Estos países adoptaron estas leyes sin requerir el registro de la transacción, o sin un sistema de registros que funcione. Este es el caso de México, donde el fideicomiso y el leasing financiero no requieren publicidad registral. Otros acreedores no pueden conocer si una maquinaria está libre para ser usada en garantía o no, ya que puede estar ya afectada bajo un contrato de leasing o fideicomiso.

Procedimientos Criminales

En Bolivia y Nicaragua también se trataron de resolver las dificultades de ejecución de créditos con contratos de depósito, o con cheques en garantía que conllevan la responsabilidad criminal del deudor. Estos sistemas tampoco lograron una mayor expansión del crédito. Por un lado, ante un problema, estos prestatarios enfrentaron el riesgo de prisión, no un riesgo comercial, por cuanto fue menor la cantidad de prestatarios que desearon tomar estos créditos. Por otro lado, muchos prestamistas que cuidan su reputación, como los bancos, prefirieron no emplear sistemas de coerción criminal. En consecuencia, también fue menor la cantidad de prestamistas que quisieron prestar bajo estos sistemas. En fin, no hubo expansión del crédito a través de los sistemas de responsabilidad criminal.

Sólo Algunas Operaciones

Otras leyes se enfocaron en algunas transacciones de garantía. Como la reciente ley de factoraje de Argentina para el descuento de facturas. Sin embargo, estas leyes tampoco lograron una mayor expansión del crédito, precisamente por su limitado campo de aplicación.

El capital mobiliario de una empresa cambia permanentemente. El financiamiento de inventario precisa de un gravamen de garantía que grave el inventario rotativo y que continúe en las facturas, y que el gravamen de las facturas continúe en el dinero de saldo acreedor en la cuenta bancaria, y que de este continúe contra la materia prima que adquiera nuevamente el deudor, y que de ésta continúe a los productos, y que de la venta de los productos continúe nuevamente contra las facturas. Si bien la ley de factoraje permite descontar las facturas, los costos de transacción son muy altos, las facturas no pueden quedar con el deudor y no pueden rotar, y, lo más importante, todas las otras etapas del negocio quedan sin financiamiento.

Sin Garantías Reales

Finalmente, muchos países diseñaron sistemas sin tomar garantías reales, pero minimizando el riesgo de recuperación con fiadores o codeudores en grupos solidarios. Estos sistemas fueron y son muy exitosos en Bolivia, o Bangladesh. Sin embargo, el crecimiento de estos sistemas depende de la habilidad de estos mismos prestamistas de emplear su cartera de pequeños créditos como garantía de préstamos mayores.

Desdichadamente, tal sistema necesita de normas de garantías reales muebles que graven en garantía carteras de créditos con publicidad registral, y las normas de cesión de créditos, que son las aplicables en estos países, no sólo no prevén esto, sino que introducen costos de transacción prohibitivos, como la certificación por notario de la cesión de cada uno de los créditos de la cartera. En

consecuencia, estos sistemas exitosos encuentran limitada sus posibilidades de expansión, ya sea empleando sus carteras como garantía de créditos o emitiendo títulos de deuda garantizados por garantías reales muebles flotantes contra la cartera. El marco legal no prevé tales operaciones.

Los Proyectos Exitosos

El primer esfuerzo que logró expandir el financiamiento mobiliario, principalmente de inventario, no logró su aprobación por primera vez hasta 1953 en los Estados Unidos y recién más tarde de 1976 en Canadá incluyendo jurisdicciones de Código Civil francés. Hoy es el modelo que respalda el financiamiento mobiliario en Canadá y los Estados Unidos y que sirve como modelo para la redacción de dos convenciones internacionales una de UNIDROIT y otra de UNCITRAL sobre garantías reales contra maquinaria y contra carteras de créditos, respectivamente.

La característica principal de esta estrategia fue introducir un concepto único y funcional sobre garantías reales muebles. Es decir, establecer un marco que no importa cómo se llame a la transacción, o quién es el dueño de los bienes, siempre que se afecten bienes al pago de una deuda este marco legal se aplica en forma imperativa. Asimismo, otra principal características fue definir conceptos nuevos, en vez de emplear los existentes, a efectos de poder darle características distintas a las contempladas por las leyes de prenda anteriores. Por ejemplo, para poder introducir el concepto de que la garantía real es flotante, o puede gravar bienes que se describen en forma general – elementos claves para el financiamiento de inventario - se normó el concepto general de “garantía real mueble”, en vez del concepto específico de “un tipo de garantía real”, como la prenda.

Otras características de estos sistemas incluyen:

Constitución: documentos privados, con expansión de los bienes que pueden garantizar préstamos, para incluir bienes futuros, utilidades, bienes intangibles como patentes y marcas, derechos, cuentas por cobrar, o créditos.

Perfeccionamiento: sistema de publicidad registral barato y público, rango de prioridad de acreedores claro y con mínimas excepciones, preconstitución del rango de prioridad anterior a la propiedad de bienes en garantía, o anterior al desembolso del préstamo.

Ejecución: procedimientos de secuestro y venta de los bienes en garantía controlados por el acreedor, penalidades de responsabilidad por abusos al acreedor, o leyes de protección al consumidor que exigen revelación de información al deudor.