

“XV Congreso Internacional de Derecho Registral – CINDER”

RESUMEN EJECUTIVO

Una adecuada combinación entre solvencia y garantía, y sobre todo garantía con registro, permite un acceso fluido a una diversidad de fuentes de financiamiento. Mientras más eficiente sea la garantía otorgada, el riesgo inherente a toda operación de crédito será menor y la capacidad de pago del deudor, si bien siempre tendrá que acreditarse, podría incluso pasar a un segundo plano.

En este sentido, si se logra implementar un sistema de garantías eficiente que permita hacerlas líquidas con facilidad, se habrá dado un gran paso en la incorporación al mercado financiero de un sector de la población hasta ahora excluido, toda vez que lo determinante para que accedan a un crédito será la calidad de su garantía y no tanto su capacidad de pago.

De los diversos tipos de garantías o contratos que aseguran un financiamiento, son preferibles aquéllos que no requieren para su constitución o preferencia, según el caso, la afectación física del bien con desposesión sino tan sólo la afectación jurídica mediante su inscripción registral. Asimismo, de este último tipo de garantía son preferibles aquéllas que recaen sobre bienes registrados frente a las que se refieren a bienes no registrados, toda vez que las primeras no sólo permiten al deudor seguir usando y explotando el bien durante la vigencia de la garantía, sino que además aseguran una persecutoriedad ilimitada, coadyuvando decisivamente al otorgamiento de créditos y minimizando los riesgos inherentes a dicha operación.

Asimismo, es fundamental implementar un sistema de garantías eficiente, basado en un modelo de Registro de Derechos o Fe Pública. El propósito de un sistema con estas características será evitar que los usuarios del Registro se vean en la necesidad de recurrir a mecanismos complementarios o alternativos que ofrece el mercado para obtener seguridad jurídica, o por lo menos, seguridad económica. En realidad estos mecanismos, lejos de abaratar los costos de transacción, los aumenta exponencialmente. Por el contrario, el sistema registral de derechos procura reducir dichos costos al contener toda la información que dichos usuarios requieren para contratar, o si se prefiere, que el mercado requiere para funcionar adecuadamente.

Además, dicho sistema registral deberá estar bien gestionado y organizado, a fin de garantizar que sus efectos no sólo se encuentren reconocidos legalmente sino que además sean eficaces, es decir, cumplan en la práctica con su finalidad.

Finalmente, estas características deben complementarse con un marco adecuado y razonable de control de legalidad, de modo tal que se facilite el acceso al Registro y se propicien las inscripciones. El sistema no debe ser ni tan abierto que deje sin fundamento los beneficiosos efectos que dispensa a los titulares y terceros registrales por el efecto de fe pública, ni tan cerrado que los deje fuera y por tanto sin protección

En suma, cualquier modelo de registro para inscribir las garantías o contratos, con independencia si recaen sobre bienes registrados o no registrados, debe tener en cuenta tres aspectos fundamentales: garantizar la protección registral, procurar una gestión eficiente y facilitar de las inscripciones registrales.

“XV Congreso Internacional de Derecho Registral – CINDER”

**IMPORTANCIA ECONOMICA DE LAS GARANTIAS Y
DE UN MODELO REGISTRAL EFICIENTE**

*Alvaro Delgado Scheelje
PERU*

Esta breve ponencia busca proponer las líneas matrices de un modelo registral eficiente que comprenda a todas las garantías y demás contratos que cumplen dicha función, para favorecer el otorgamiento y acceso al crédito a través de las diversas fuentes de financiamiento. En consecuencia, no nos limitaremos a tratar el tema puntual de la hipoteca y del crédito inmobiliario, sino que en el marco general de las garantías y, en particular, de las garantías mobiliarias, intentaremos perfilar un modelo aplicable a todas ellas.

Asimismo, se pretende que dicho modelo sea útil, sobre todo, a los países en vía de desarrollo, donde los mecanismos jurídicos existentes en buena medida no cumplen su cometido de otorgar seguridad jurídica a fin de minimizar los riesgos propios de las operaciones de crédito.

1. *IMPORTANCIA ECONOMICA DE LAS GARANTIAS REALES PARA OBTENER FINANCIAMIENTO*

El financiamiento en sus diversas modalidades así como un fluido y generalizado acceso de la población a sus variadas fuentes constituye indudablemente un importante mecanismo generador de riquezas para la sociedad, contribuyendo decisivamente a su desarrollo económico y, como no, al bienestar individual.

Normalmente se requiere contar con un financiamiento adicional al propio patrimonio y a los ingresos que se generan, o en todo caso, adquirir bienes y servicios sin un desembolso efectivo, con el objeto de realizar muchas de las operaciones económicas de la vida cotidiana o emprender una actividad empresarial. Este último punto es particularmente importante para el desarrollo económico que apuntábamos. En efecto, al igual que ocurre con las personas particulares, el patrimonio de la empresa no alcanza para cubrir sus necesidades económicas y de desarrollo empresarial, por lo que deberá recurrir a fuentes de financiamiento externo.

Como es sabido por todos, el otorgamiento de créditos está en función al nivel en que su receptor (deudor) pueda asegurar al otorgante (acreedor) la recuperación del monto financiado o, en otras palabras, minimizar al máximo el riesgo de no recuperar dicho monto. Mientras mayor sea el aseguramiento y menor riesgo, las tasas de interés serán más bajas. Por el contrario, mientras menor sea el aseguramiento y mayor el riesgo, las tasas de interés serán más altas. En este último supuesto, los intereses trascienden su vocación civil

de ser una contraprestación por el uso del dinero, para convertirse en una herramienta financiera que cubre el riesgo cuando los otros mecanismos no funcionan eficientemente. La consecuencia, cuando ello ocurre, son créditos onerosos, y si el riesgo es tan elevado que ni siquiera una alta tasa de interés puede cubrir, la imposibilidad de acceder al mismo financiamiento.

Por esta razón, la posibilidad de endeudamiento pasa por un estricto examen de los ingresos del deudor y su permanencia en el tiempo, así como de su patrimonio. Los ingresos o solvencia del deudor, aseguran la capacidad de pago respecto al compromiso que asume con su acreedor, pero en caso de incumplimiento adquiere importancia el patrimonio, que constituye la garantía con la que cuenta el acreedor de la oportuna recuperación del monto financiado. Sin embargo, esta garantía genérica que se sustenta en la responsabilidad obligacional que tiene todo deudor respecto de su acreedor resulta insuficiente, pues no asegura una adecuada y oportuna persecutoriedad ni ejecución de los bienes integrantes del patrimonio del deudor, que serían necesarios para devolver al acreedor el monto financiado. Hasta aquí, aun cuando se acredite una adecuada capacidad de pago, el riesgo es demasiado alto, y salvo créditos menores y a muy corto plazo, no es posible acceder a financiamientos importantes.

En esto radica la importancia del otorgamiento de garantías de todo tipo¹, dentro de las cuales destacan aquéllas que no se limitan a la garantía genérica constituida por el patrimonio del deudor sino que afectan física o jurídicamente algunos bienes específicos de dicho patrimonio, sea de manera particular o global. Tampoco resulta totalmente eficiente la afectación física del bien o bienes otorgados en garantía, pues ello supone la desposesión del constituyente, con el evidente perjuicio económico cuando se trata de bienes de capital o en todo caso, bienes útiles para la actividad productiva o profesional del constituyente. Es más, la necesidad de entregar físicamente el bien para constituir la garantía puede convertirse en un impedimento para otorgar la garantía misma y, a su vez, para acceder al crédito y al financiamiento, pues el constituyente no estará en aptitud de desprenderse físicamente del bien. Es decir, el costo de la desposesión puede ser mayor al beneficio que se obtendría con la garantía. En este contexto, las garantías basadas en la afectación jurídica y no física de los bienes adquieren una vital importancia; y por tanto el Registro, pues la manera de efectuar jurídicamente un bien es mediante su inscripción registral.

En conclusión, una adecuada combinación entre solvencia y garantía, y sobre todo garantía con registro, permite un acceso fluido a una diversidad de fuentes de financiamiento. Mientras más eficiente sea la garantía otorgada², el riesgo inherente a toda operación de crédito será menor y la capacidad de pago del deudor, si bien siempre tendrá que acreditarse, podría incluso pasar a un segundo plano. Sabido es que cuando se otorgan garantías líquidas, esto es, garantía sobre un suma dineraria en depósito o cuenta, por ejemplo, la solvencia del deudor prácticamente no se acredita y la tasa de interés es mucho

¹ Las garantías pueden ser reales o personales, a través de estas últimas de un fiador o aval, dependiendo del tipo de instrumento donde el garante participa. Para efectos de esta ponencia nos concentraremos en las primeras, sin desconocer la importancia que las segundas tienen para ciertas operaciones, a pesar del defecto de ser también de una garantía genérica sustentada en el patrimonio del garante.

² Una garantía será eficiente si puede perseguirse y oponerse frente a todos los posibles adquirentes o cesionarios y tiene certidumbre de su existencia y es de fácil y rápida ejecución.

más baja que respecto a cualquier otro crédito. La explicación es sencilla, con este tipo de garantía el acreedor siempre podrá hacerse cobro ante un incumplimiento sin mayores costos y de manera inmediata.

Por tanto, si se logra implementar un sistema de garantías eficiente que permita hacerlas líquidas con facilidad, se habrá dado un gran paso en la incorporación al mercado financiero de un sector de la población hasta ahora excluido, toda vez que lo determinante para que accedan a un crédito será la calidad de su garantía y no su capacidad de pago.

Ahora bien, la pregunta que surge de inmediato es ¿por qué si todos los sistemas jurídicos modernos contemplan en mayor o menor grado, con pocas diferencias y a veces sólo matices, este tipo de garantías con registro, el acceso y las fuentes de financiamiento no es igual en todos ellos? ¿Por qué en los países llamados desarrollados el total de colocaciones del sistema bancario supera o está muy cerca de su Producto Bruto Interno (PBI) o el crédito directo de los proveedores es la mayor fuente de financiamiento, contribuyendo con ambos temas a una real generación de riqueza, y por el contrario, en los países no tan desarrollados la situación es la opuesta? ¿Por qué en estos países las tasas de interés son muy bajas y en los nuestros son muy altas?

Las respuestas a estas preguntas pueden ser diversas pero una primera salta a la vista, a saber: El sistema de garantías esta fallando porque no es capaz de asegurar eficazmente a los agentes económicos proveedores de financiamiento ni de minimizar el riesgo ante un posible incumplimiento. No basta entonces con recoger las figuras jurídicas más modernas si es que estas no llegan a toda la población y no se implementa un sistema registral eficiente y bien gestionado.

2. LOS REGISTROS DE SEGURIDAD JURÍDICA

Como es sabido, un sistema registral eficiente y bien gestionado, en particular los sistemas de fe pública o también denominados Registros de Derechos, favorece la contratación y el tráfico jurídico de bienes y servicios, lo que coadyuva decisivamente al abaratamiento de los costos de transacción y al desarrollo económico de las sociedades³.

Ello se explica en el hecho que la inscripción registral otorga una especial fuerza y eficacia a los actos y contratos realizados por los particulares, en tanto define y asigna los derechos que de estos emanan, transformándolos en bienes de capital con plena aptitud circulatoria. En este sentido se ha pronunciado Hernando de Soto cuando sostiene que el sistema de propiedad en Occidente, representado en títulos formales y en su registro, "*transforma*" los activos en capital⁴. A nuestro juicio, este fenómeno incluye a todos los derechos que acceden al Registro, cualquiera sea su naturaleza.

³ Así se ha reconocido en el numeral I de la *Declaración de La Antigua*, documento redactado por los participantes en el *I Encuentro Iberoamericano de Sistemas Registrales* celebrado del 17 al 21 de febrero del 2003, en la ciudad de La Antigua, Guatemala.

⁴ DE SOTO, Hernando. *El Misterio del Capital*. Lima: Empresa Editora El Comercio, 2000. pág. 76. Más adelante señala De Soto que "*el capital nace de representar por escrito (...) las cualidades económicas y*

2.1. Protección y calificación registral

En efecto, como protección mínima que debe otorgar todo Registro de seguridad jurídica está la oponibilidad respecto de terceros que el acto o derecho adquiere con su inscripción, cuando no su nacimiento y constitución. Con ello, el registro asegura, por lo menos, una adecuada asignación de derechos, en cuanto a su titularidad y extensión, estableciendo con claridad un orden de prelación entre derechos concurrentes, en función a su fecha de ingreso. Tal orden de prelación se manifiesta en el denominado principio de prioridad registral, en virtud del cual el Registro ordenará los derechos concurrentes compatibles y excluirá los incompatibles.

El Registro, sin embargo, puede producir mayores efectos al de oponibilidad e incluso al efecto constitutivo. Así tenemos las presunciones de exactitud, que aseguran tanto la titularidad registrada como su transmisibilidad. En el primer caso opera como una presunción relativa, según la cual el titular registral puede actuar conforme la propia inscripción determina y, salvo su previo consentimiento o mandato judicial, no podrá ser privado de dicha titularidad⁵. En el segundo caso, estamos ante una presunción absoluta, mediante la cual se garantiza el pleno ejercicio de la facultad de disposición del titular de los derechos registrados a su favor, generando adquisiciones inatacables en los terceros que las hayan realizado confiando en su inscripción y cumpliendo con los requisitos establecidos para ello⁶. Este último efecto es el que caracteriza a los llamados Registros de Derechos o de Fe Pública a los que hacíamos referencia anteriormente.

El tercero adquirente, luego de inscrito su derecho, se convierte en titular registral. En tanto tercero en fase de adquisición, estará protegido por la presunción de exactitud absoluta que emana del Registro. Puede no saber si está adquiriendo del verdadero propietario - sobre todo en los sistemas donde el Registro no es constitutivo de los derechos reales - o si el derecho que está adquiriendo es válido, pero es suficiente que adquiera de quien en el Registro figura como propietario (es la "verdad oficial" que emana de las inscripciones, en palabras de Antonio Pau⁷). En tanto titular registral que ha consolidado una adquisición inatacable, podrá no sólo oponer su derecho a todos los que pretendan detentarlo, lo que le asegura un uso y disfrute exclusivo y excluyente, sino que además podrá transmitirlo con estas mismas cualidades, lo que le garantiza su valor de intercambio

Siendo tal la fuerza de la publicidad registral en un Registro de Derechos o de Fe Pública, se hace imperativo que el sistema implemente mecanismos de control, a fin de evitar la errónea asignación de derechos, pues dicha asignación, por las razones antes

socialmente más útiles acerca del activo, en oposición a los aspectos visualmente más saltantes del activo mismo. Es aquí donde el valor potencial es inicialmente inscrito y registrado”, pag. 79.

⁵ Esta presunción relativa se recoge en el sistema peruano en el artículo 2013 del Código Civil (principio de legitimación), según el cual se presume cierto el contenido de las inscripciones y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

⁶ Esta presunción también se recoge en el Perú a través del artículo 2014 (principio de fe pública registral), donde se establecen los requisitos exigidos para la protección del tercero (título oneroso, buena fe, inscripción registral, entre otros). Este artículo tiene su fuente directa en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española.

⁷ PAU PEDRON, Antonio. *Curso de Practica Registral*. Madrid: Universidad Comillas. pag. 18.

explicadas, resultará irrevocable e irreversible respecto del particular en su condición de tercero que se benefició con ella. Este necesario y riguroso control se realiza a través de la calificación registral.

De esta manera, el Registro resulta autosuficiente, porque la protección que dispensa a los particulares (tanto titular como tercero) y agentes económicos en general no depende de la confirmación o certeza de las situaciones jurídicas que publica, ni siquiera de su conocimiento efectivo⁸, sino tan sólo que tales situaciones consten efectivamente en el Registro y que los particulares reúnan ciertas condiciones básicas normalmente exigidas.

El propósito del sistema es, entonces, evitar que los usuarios del Registro se vean en la necesidad de recurrir a mecanismos complementarios o alternativos que ofrece el mercado para obtener seguridad jurídica, o por lo menos, seguridad económica⁹. En realidad estos mecanismos, lejos de abaratar los costos de transacción, los aumenta exponencialmente. Por el contrario, el sistema registral de derechos procura reducir dichos costos al contener toda la información que dichos usuarios requieren para contratar, o si se prefiere, que el mercado requiere para funcionar adecuadamente.

De allí la importancia de recoger legislativamente los principios registrales que otorguen una verdadera protección a los agentes económicos, adquirentes y terceros en general, satisfaciendo el nivel de seguridad que requieren y asegurando la plena transmisibilidad y circulación de sus derechos, dentro de los cuales, por supuesto, están las garantía reales.

2.2. Gestión y organización eficiente

Sin perjuicio de lo antes indicado, es fundamental que un sistema registral con estos efectos, esté adecuadamente gestionado y organizado, a fin de garantizar que dichos efectos no sólo se encuentren reconocidos legalmente sino que además sean eficaces, es decir, cumplan en la práctica con su finalidad.

En este punto cabe destacar la autonomía económica y financiera de la entidad registral, cualquiera que esta sea, así como la independencia, imparcialidad, responsabilidad, especialización y permanente capacitación de los profesionales dedicados a la calificación registral. La autonomía económica y financiera permitirá aplicar los propios recursos que el Registro genera en implementar y asegurar un servicio y atención eficiente. Se podrá invertir por ejemplo en su propia infraestructura, utilización de últimas tecnologías y permanente capacitación de su personal, sobre todo de los llamados a efectuar la calificación registral. Las calidades del profesional calificador o

⁸ Recuérdese que la publicidad registral produce *cognoscibilidad general* y no conocimiento efectivo. Es decir, el Registro únicamente hace cognoscibles o posibles de conocer los derechos en él publicados.

⁹ Ver nota a pie de página 12.

registrador para la mayoría de sistemas determinarán que el control que realiza sea exhaustivo y riguroso, sin estar influenciado por intereses particulares de ningún tipo¹⁰.

Sin este tipo de lineamientos de gestión y organización, probablemente un Registro, por más que recoja todos los principios registrales en su legislación, no podrá cumplir eficazmente su función¹¹.

2.3. Acceso al Registro

Finalmente, consideramos que el marco de un adecuado y razonable control, debe facilitarse el acceso al Registro y propiciarse las inscripciones. El sistema no debe ser ni tan abierto que deje sin fundamento los beneficiosos efectos que dispensa a los titulares y terceros registrales, ni tan cerrado que los deje fuera y por tanto sin protección¹².

El riesgo de la calificación rigurosa y exhaustiva, a pesar de todos sus beneficios como sustento del efecto de fe pública, es instaurar normativa o funcionalmente, o ambas conjuntamente, un control excesivo o exagerado que se convierta en una barrera inaccesible o muy difícil de sobrepasar para acceder al Registro, con los costos que ello supone. Si esto fuera así, los beneficios de la inscripción quedarían en mera fantasía, pues ésta nunca o casi nunca llegaría a realizarse.

En esta línea de ideas debe procurarse uniformizar los criterios de calificación y hacerlos predecibles, estandarizar los documentos que darán mérito a la inscripción así como los requisitos de validez del acto contenido en ellos, atenuar la calificación a los aspectos relevantes para terceros y que atañen estrictamente a la validez del acto, entre otros aspectos a considerar.

Es decir, los sistemas y las legislaciones deben tender a regular una calificación suficientemente rigurosa que sustente el efecto de fe pública, pero al mismo tiempo razonablemente promotora de inscripciones.

3. MODELOS DE REGISTRO DE GARANTIAS

3.1. Tipos de Garantías.

Ya señalamos que las garantías basadas en la afectación jurídica y no física de los bienes adquieren una especial importancia. Así tenemos las garantías reales de hipoteca mobiliaria e inmobiliaria y las prendas sin desplazamiento o con registro, entre otros

¹⁰ Ver numeral VII de la *Declaración de La Antigua* donde propone un catálogo de principios organizativos y gestores necesarios para el funcionamiento de un sistema registral de fe pública.

¹¹ Cfr. numeral II de la *Declaración de La Antigua* donde se señala que un Registro de Derecho o de Fe Público “*si está bien gestionado, es autosuficiente, en el sentido que para cubrir el nivel de seguridad requerido por el mercado, no es necesario acudir a mecanismos complementarios de seguridad económica – con sus correspondientes costes – lo que reviste una importancia capital*”.

¹² Cabe señalar que esta línea de ideas se adscriben las recientes modificaciones realizadas al Reglamento General de los Registros Públicos del Perú.

mecanismos jurídicos que garantizan el financiamiento, como el arrendamiento financiero, la cesión de derechos o el fideicomiso, sin necesidad que el constituyente tenga que despojarse del bien objeto de garantía. En estos casos bastará la inscripción de la garantía o contrato en un Registro Jurídico para obtener, sino su nacimiento y constitución, su prelación y oponibilidad a terceros. Este tipo de garantía parece ser el mecanismo que ofrece el derecho que contribuye de manera más eficiente a asegurar al acreedor y minimizar el riesgo de no recuperar oportunamente el monto financiado.

Dentro de las garantías con registro que no requieren el desplazamiento del bien, cabe distinguir aquellas que recaen sobre bienes registrados de las que recaen sobre bienes no registrados:

- En el primer grupo se encuentra la hipoteca, tanto inmobiliaria como mobiliaria (en algunos países como en el Perú se denomina prenda con entrega jurídica), y cualquier otro contrato referido a bienes registrados. En estos casos, la afectación jurídica que emana de la garantía o contrato se inscribe en la partida registral del bien, conforme a la técnica de folio real y al principio de especialidad registral, asegurando una ilimitada persecutoriedad del bien afectado, pues ningún adquirente o acreedor posterior podrá desconocerlo por el efecto de la cognoscibilidad que produce la publicidad registral.
- En el segundo grupo se encuentran las prendas sin desplazamiento, donde se incluyen las históricas prendas agrarias e industriales, entre otras, y más recientemente las prendas globales y flotantes sobre mercaderías y bienes fungibles en general. Si bien, como ya apuntamos, la posibilidad de entregar en garantía este tipo de bienes sin necesidad que el deudor o constituyente tenga que desprenderse de ellos resulta muy eficiente, la debilidad está en que únicamente otorga un persecutoriedad limitada. En efecto, en estos casos lo que es objeto de inscripción, se dice, es el contrato y no el bien mismo. En realidad lo que se inscribe, como en el caso anterior, es la afectación jurídica sobre el bien basado en una técnica de folio causal (se abre una partida por contrato y no por bien) y con un índice personal, en cabeza del deudor o constituyente. J

Justamente el hecho de que el bien no se encuentre registrado es el que limita su persecutoriedad pues los adquirientes tendrán conocimiento de la afectación por vinculación con el constituyente o deudor. Es decir, la posibilidad de conocimiento o cognoscibilidad gira en torno a la persona y no al bien, con lo cual sólo estará perjudicado el primer adquirente de mala fe y nunca los adquirentes sucesivos. Las normas legales podrían invertir la regla. Esto es, disponer que la garantía así otorgada sea oponible a cualquier adquirente posterior. Sin embargo, no se consigue gran cosa, pues por proteger al acreedor se genera una inseguridad absoluta para los terceros que no tenían como saber que sobre el bien que adquirirían pesaba una afectación jurídica.

Todo esto nos lleva a concluir que de los diversos tipos de garantías o contratos con esa finalidad son preferibles aquellos que no requieren para su constitución o preferencia, según el caso, la afectación física del bien con desposesión sino tan sólo la afectación

jurídica mediante su inscripción registral. Asimismo, de este último tipo de garantía son preferibles aquéllas que recaen sobre bienes registrados frente a las que se refieren a bienes no registrados, toda vez que las primeras no sólo permiten al deudor seguir usando y explotando el bien durante la vigencia de la garantía, sino que además aseguran una persecutoriedad ilimitada, coadyuvando decisivamente al otorgamiento de créditos y minimizando los riesgos inherentes a dicha operación.

3.2. Modelo Registral

Cualquier Registro donde se inscriba la afectación jurídica de un bien para obtener un financiamiento, independientemente si la información se organiza en función a la persona o al bien, o si se basa en un sistema de folio real o causal, debe fijar la prelación de dicha afectación respecto de otras garantías, privilegios o contratos en función a su fecha de ingreso, generando plena oponibilidad desde dicha fecha. En los sistemas constitutivos¹³, además, este momento coincidirá con el nacimiento de la garantía, en la medida que los efectos de la inscripción se retrotraigan a la fecha de presentación del correspondiente título.

Sin perjuicio de ello, como ocurre con los sistemas registrales en general, la eficacia del Registro puede ir más allá. Así, además de establecer la preferencia y oponibilidad, también podrá otorgar certeza a la garantía o contrato publicado, generando el efecto de fe pública registral por cuya virtud cualquier adquirente o cesionario de la garantía o contrato registrado consolidará una titularidad inatacable.

Una vista actual de los sistemas y derecho comparado nos presenta dos modelos principales en cuanto a Registros de Garantías se refiere:

- Los propulsores del primer modelo planteado hablan de un **Registro de Archivo de Avisos**, donde únicamente se toma razón de los datos más importantes de la garantía o contrato necesarios para avisar al público que existe un gravamen o afectación que recae sobre el bien. En este modelo no se incorporan al Registro los datos completos del contrato o acto constitutivo de la garantía, ni se controla su autenticidad ni legalidad, menos aún su adecuación con los antecedentes registrales (tracto sucesivo y compatibilidad) cuando la garantía recaiga sobre bienes registrados. Se propugna, además, un sistema de publicidad organizado en función a la persona del constituyente. Nos hace recordar a los sistemas latinos de mera oponibilidad basados en una técnica de folio personal, en cuanto a que los sistemas no se fundamentan en la inmatriculación de los bienes y no separan el derecho o afectación jurídica objeto de publicidad con el título causal. Si bien en estos sistemas, como ocurre en Francia o Venezuela, en acto inscriptorio consiste en la incorporación completa del título o documento inscribible – por ello se les conoce también como *Registros de Documentos* -, en el modelo que nos ocupa el hecho de publicar un mero aviso llevará necesariamente al tercero que quiere contratar a

¹³ También en algunos sistemas en donde se hace depender la validez de la garantía de su inscripción, a pesar de no ser constitutivos por regla general, el momento de ingreso al Registro será determinante para su nacimiento y oponibilidad.

recurrir a los títulos constitutivos de la garantía o al contrato mismo. En ambos casos, en consecuencia, derecho y documento se confunden, lo que no permite sustentar un efecto mayor de la publicidad como sería el de fe pública registral.

- A diferencia de este modelo, el segundo de ellos tiene como acto inscriptorio la incorporación del derecho o afectación jurídica del bien, y de cualquier circunstancia adicional que pueda afectar a terceros, de modo tal que sólo lo incorporado al Registro perjudicará a los terceros y nada más. Ello permite la independencia entre el título causal y la inscripción, y en caso de contradicción entre ambos siempre prevalecerá la segunda. Conviene aclarar que esta independencia a la que nos referimos no supone que estemos en un sistema abstracto. La inscripción siempre arrastra su causa pues se encuentra estrechamente vinculada una con otra. Si al acto causal es nulo la inscripción también lo será. Lo que ocurre es que una vez que el gravamen o crédito sale de la esfera del acreedor, ésta se independiza de su título causal, por lo que las vicisitudes emanadas de dicho título que pudieran afectar a las partes (deudor y acreedor) nunca alcanzarán al tercero adquirente o cesionario. Este es el efecto de fe pública registral, al que nos hemos referido antes, que garantiza la plena circulación y valor de intercambio de los derechos y titularidades registrales.

Cualquiera de los mencionados modelos puede recaer sobre bienes registrados o no registrados. La diferencia radica en el efecto de fe pública registral y en el grado de persecutoriedad que cada uno puede ofrecer. En el modelo de **Registro de Archivo de Avisos**, no hay efecto de fe pública y tampoco persecutoriedad alguna. Por el contrario, el modelo de **Registro de Derechos** produce siempre el efecto de fe pública y cuando el bien está registrado otorga una persecutoriedad ilimitada.

Finalmente y más allá de discusiones teóricas, pues cada modelo tiene su propia lógica, al momento de optar por uno u otro habrá de tenerse en cuenta cuál de ellos se adapta más a la realidad de cada país y a la cultura de sus ciudadanos y empresarios, sin descuidar la gestión y organización eficiente del modelo implantado.

4. PROBLEMÁTICA DEL ACCESO AL CRÉDITO EN LOS PAISES EN VIA DE DESARROLLO Y MODELOS DE REGISTROS DE GARANTIAS – EL CASO PERUANO

Dice Hernando de Soto en su obra *El misterio del capital* lo siguiente:

“Un paseo por las calles del Medio Oriente, de la ex Unión Soviética o de América Latina le mostrará muchas cosas: casas que proporcionan techo; parcelas de tierra en labranza, siembra o cosecha; compra y venta de mercadería. En los países en vías de desarrollo y en los que salen del comunismo los activos sirven sobre todo para estos propósitos físicos inmediatos. En cambio en occidente, esos mismos activos llevan además una vida paralela, como capital externo al mundo físico. Pueden ser usados para aumentar la producción, agenciándose los intereses de

*otras partes como “garantía” para una hipoteca, por ejemplo, o asegurando la obtención de otras formas de crédito, así como de servicios públicos”.*¹⁴

4.1. Diagnóstico

La realidad muestra que uno de los mayores obstáculos para desarrollar actividad empresarial en los países en vías de desarrollo es el escaso acceso a fuentes de financiamiento. En efecto, el crédito es costoso y difícil de obtener, especialmente para las pequeñas y medianas empresas. La gran mayoría de las empresas 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.

Estos y otros problemas han sido advertidos con agudeza y detalle en el Documento de Trabajo ***“Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema de garantías reales”***, aprobado por Ministerio de Economía y Finanzas del Perú mediante Resolución Ministerial N° 235-2001-EF-10 del 13 de julio de 2001. Si bien en dicho documento se efectuó un exhaustivo diagnóstico sobre la materia en el caso peruano, creemos que dicho diagnóstico no dista demasiado de gran parte de la realidad Latinoamericana, del Medio Oriente o de la ex Unión Soviética.

Así, por ejemplo, se establece que uno de los principales obstáculos que limita el acceso al crédito en el Perú, e indudablemente en muchos de los países mencionados es el propio sistema jurídico de créditos y garantías reales, en la medida que no contribuye eficazmente a reducir el riesgo de incumplimiento de pago en las operaciones de financiamiento y en consecuencia encarece el crédito; sin perjuicio que existan otros factores que inciden en el costo del financiamiento que también dependen del marco legal, como son la eficacia de las garantías que respaldan los créditos, el tiempo de duración de los procedimientos judiciales de cobranza, el riesgo de incumplimiento en el pago del crédito, entre otros.

En los países con este tipo de problemas, por lo general, el crédito está prácticamente limitado al valor de los predios que se entregan en garantía inmobiliaria o hipoteca. Ningún crédito adicional se otorga a compañías que aumentan sus cuentas por cobrar con mayores ventas o que duplican su inventario de bienes a consecuencia de una gestión más eficiente.

Esto significa que los bienes muebles, que son en muchos casos el mayor capital de las empresas, sobre todo de las micro, pequeñas y medianas empresas, no sirven como garantía al momento de gestionar un crédito. Esta situación se agrava considerablemente si se tiene en cuenta que gran parte de los predios de estos países no se encuentran debidamente saneados y registrados, y por tanto aptos para ser otorgados en hipoteca.

¹⁴ DE SOTO, Op. cit.,p. 69.

En muchos casos también, como ocurre en el Perú, los tipos de garantías con registros existentes sólo benefician a determinados sectores (prenda industrial y agraria, por ejm.) Y además cada una está sujeta a sus propias reglas acerca de las formalidades que deben observarse al momento de constituirse, con lo que resulta un régimen discriminatorio, disperso y heterogéneo.

4.2. Propuesta

El citado documento de trabajo no sólo se limitó a realizar un exhaustivo diagnóstico, sino que además formuló diversas recomendaciones para la creación de un nuevo marco legal e institucional para las garantías reales en el país, sobre la base de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA y tomando la experiencia de algunos estados USA, Canadá y Rumania.

La premisa del *Documento de Trabajo* parte de un supuesto obvio ya señalado en la primera parte de esta ponencia, a saber, la imperiosa necesidad que las garantías constituidas, para tener prioridad frente a otras, no deberán requerir la entrega física del bien sino su entrega jurídica (inscripción registral), por las razones ya conocidas. En este escenario plantea lo siguiente como marco legal general:

- Permitir que se pueden constituir garantía reales sobre cualquier de bien o derecho que acreedor y deudor consideren con relevancia económica.
- Uniformizar los distintos tipos de garantía real y estandarizar los requisitos para su constitución.
- Establecer normas que permitan a cualquier operador económico utilizar los mecanismos de garantía para otorgar financiamiento, incluso aquellas más beneficiosas reservadas para ciertos sectores, buscando incentivar el crédito directo a través de proveedores.
- 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, en función al principio de prioridad registral, que establecerá el orden de prelación.

Luego de plantear este marco general, que reforma radicalmente el sistema de garantía en el Perú y con el cual coincidimos plenamente, concluye en la necesidad de establecer un sistema de garantía uniforme, estandarizado y simplificado, para lo cual propone crear un Registro único de garantía basado en un sistema de inscripción mediante *archivo de avisos*, con las siguientes características:

- 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. Incluso, no podrá calificarse la propiedad del constituyente de la garantía, ni siquiera cuando se trata de bienes registrados.
- 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 deberá posibilitar 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.

4.3. Anteproyecto de Ley de Garantía Mobiliaria

Posteriormente, teniendo en cuenta el diagnóstico y propuestas planteadas en el *Documento de Trabajo*, se publicó el 14 de mayo de 2003 el *Anteproyecto de Ley de la Garantía Mobiliaria*, cuyas principales características desarrollaremos a continuación:

- Se crea la denominada **Central Pública de Contratos** administrada por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos del Perú (SUNARP). En la Central deberán inscribirse, para luego ser oponibles frente a terceros, las garantías mobiliarias, así como otros actos que graven o afecten jurídicamente toda clase bienes muebles, cualquiera sea su naturaleza o denominación, incluso cuando estas recaigan sobre bienes muebles registrados.

Esta Central no es otra cosa sino el Registro de Archivo de Avisos, con al organización y, efectos antes vistos.

- Se establecen normas comunes para la constitución e inscripción de las garantías mediante formulario registral.
- Se establece que el acceso al Registro sea de carácter público y gratuito, permitiendo además que los usuarios puedan obtener la publicidad certificada correspondiente a través de la SUNARP.
- Se elimina cualquier control de legalidad o calificación para la inscripción de la garantía o contrato. Conforme al Anteproyecto el formulario de inscripción será certificado por un notario público o un operador privado debidamente acreditado, para luego ser inscrito inmediatamente mediante la transmisión electrónica de su contenido a la Central.

5. PROPUESTA ALTERNATIVA EN EL MARCO DE UN REGISTRO DE DERECHOS CON EFECTO DE FE PÚBLICA – EL CASO PERUANO

5.1. Consideraciones acerca del Diagnóstico y Propuestas del *Documento de Trabajo* así como del Anteproyecto de Ley de Garantía Mobiliaria

En cuanto al diagnóstico nada tenemos que objetar pues la realidad empírica no admite contradicciones. Sobre la propuesta modificatoria del marco legal general tampoco, como ya adelantamos.

Sin embargo, respecto al modelo registral adoptado sí debemos realizar algunas precisiones. Como habrá podido apreciarse se opta claramente por el primer modelo ya explicado, con el cual discrepamos abiertamente. No porque creamos que dicho modelo no funciona. De hecho, este modelo, al menos en materia de garantías mobiliarias, se está aplicando en algunos de los países desarrollados y seguramente con mucho éxito. La razón estriba en que consideramos que el segundo modelo, sin dejar de lado las virtudes del primero, tiene una mayor solidez por los efectos que produce, en la lógica de un Registro que pretende generar seguridad jurídica transaccional, y está más cercano a nuestra realidad, no por tradición o historia, sino por simple constatación fáctica.

Por ello, consideramos que la Central propuesta limita considerablemente los efectos protectores que emanan del Registro. Los sistemas de fe pública, como ya se indicó, sobre la base de los principios que los inspiran, otorgan protección especial a los derechos que acceden al Registro, y al publicitar información cierta y confiable, coadyuva a la seguridad y agilidad del tráfico negocial. Por el contrario, en el modelo propuesto en el Anteproyecto, se prescinde de estos principios.

De esta forma, la Central propuesta no garantiza una plena seguridad jurídica, pues, al prescindirse de la calificación, podrían acceder a dicha Central inclusive títulos nulos (con objetos física o jurídicamente imposibles, por ejemplo) y, en consecuencia, se publicitaria información inexacta, en perjuicio de los derechos de quienes contratan sobre la base de la información que en ella consta. Esto la haría sumamente débil y vulnerable, pudiendo convertirse fácilmente en una herramienta generadora de conflictos, lo que desvirtúa completamente la función preventiva de un registro de seguridad jurídica.

En suma, ante la incertidumbre e inseguridad que generaría esta Central, los usuarios se verían obligados a recurrir los mecanismos complementarios o alternativos a los que nos referimos antes, para cubrir la diferencia entre el nivel de seguridad jurídica ofrecido por el sistema y el que demanda el mercado.

Además, el modelo registral propuesto en el Anteproyecto establece la existencia de dos sistemas de publicidad jurídica distintos y contrapuestos, que afectarían la unidad y coherencia de la función registral que debe primar en cualquier sistema eficiente. Por un

lado, la Central, con efectos jurídicos limitados y que, por tanto, otorga menor seguridad jurídica, donde se inscribirían las garantías sobre bienes muebles registrados y no registrados; por su parte, los Registros Jurídicos de Bienes Muebles, con efectos mayores y que, por tanto, proporcionan mayor seguridad jurídica, donde se inscribirían las transferencias de propiedad sobre dichos bienes muebles registrados. Podrá apreciarse entonces que respecto de bienes muebles registrados, los derechos referidos a un mismo bien se encontrarían dispersos en dos Registros distintos

5.2. Proyecto de Ley de Garantía Mobiliaria

En el mes de diciembre de 2003 el Poder Ejecutivo del Perú presentó al Congreso de la República el *Proyecto de Ley de Garantía Mobiliaria*, que representa una solución frente a la problemática expuesta y cuyas principales características son lo siguientes:

- a) Incorpora al Mercado de Garantías Mobiliarias todo tipo de bienes muebles, cualquiera sea su condición o clase (registrados o no registrados, fungibles, futuros, incorporales, entre otros), independientemente de los sujetos que constituyan o acepten la garantía ¹⁵.
- b) Crea el **Registro Mobiliario de Garantías y Contratos** donde se registrarán las garantías y contratos (arrendamiento, arrendamiento financiero, cesión de derechos, etc.) que recaigan sobre bienes muebles no registrados. Es decir, se instituye un sistema de folio causal pero utilizando la técnica de inscripción (resumen – extracto).

En cuanto a los bienes muebles registrados, las garantías y actos relativos a estos seguirán inscribiéndose en los diferentes **Registros Jurídicos de Bienes** ya existentes o por crearse, como es el caso del Registro de Propiedad Vehicular, Registro de Aeronaves, Registro de Embarcaciones Pesqueras, entre otros. En este caso, se mantiene el sistema de folio real.

- c) Crea un **Sistema Integrado de Garantías y Contratos**, el cual vinculará la información existente en **Registro Mobiliario de Garantías y Contratos** con los demás **Registros Jurídicos de Bienes**. Esto permitirá la realización de búsquedas vía Internet en función al constituyente, independientemente de dónde se encuentre inscrita la garantía o el contrato. Es decir, se establece un índice personal.
- d) Simplifica el acceso al Registro mediante el uso de **Formularios Registrales** como único documento que da mérito a la inscripción. Dichos formularios deberán estar certificados por notario público. Esta certificación podrá realizarse incluso por medios electrónicos y remitirse al Registro a través de dichos medios, agilizando de

¹⁵ El actual régimen, sólo admite que ciertos bienes muebles no registrados pertenecientes a determinadas personas puedan acceder al mercado de garantía mobiliaria, por ejemplo: bienes vinculados a la actividad agrícola o industrial (Prenda Agrícola, y Prenda industrial), o bienes fungibles cuando el acreedor es una entidad del sistema bancario o financiero (Prenda Global o Flotante).

esta forma el trámite de inscripción sin perjudicar la seguridad jurídica que brinda el sistema registral.

Sin embargo, se separa con claridad la función de certificar y eventualmente asesorar a las partes, de la función calificadora que determinará el acceso del documento al Registro, por tratarse de funciones que responden a distintos intereses y fines ⁽¹⁶⁾.

- e) Establece un mecanismo simplificado de inscripción, atenuando la calificación registral, inclusive respecto a la propiedad del bien cuando se trata de bienes muebles no registrados.

En efecto, con el objeto de facilitar la inscripción, la calificación de legalidad así como la validez del acto inscribible y la capacidad de los otorgantes por parte del registrador público se limitará únicamente a lo que se desprenda del contenido del **Formulario Registral** y su certificación. Cuando se trate de bienes muebles registrados, el registrador deberá verificar, además, la adecuación con los antecedentes registrales y el tracto sucesivo.

Por tanto, la alternativa planteada por el Proyecto permitirá aprovechar el valor que tienen una gran variedad de bienes que no podían intervenir en el mercado financiero. Evidentemente, esto beneficiará, entre otros, a los pequeños y medianos empresarios que, en la mayoría de casos no cuentan con acceso al crédito por no ser propietarios de inmuebles que puedan otorgar en garantía. Sin perjuicio de ello, sería necesario evaluar en qué medida sería posible extender las propuestas realizadas al caso de la garantía inmobiliaria o hipoteca.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los sistemas legales y los modelos registrales de garantías que se implementen deben tener las siguientes características:

1. Establecer reglas claras y simples para que las garantías y contratos que se otorguen sean oponibles frente a todos, que los posibles adquirentes o cesionarios tengan certidumbre de su existencia y que sean de fácil y rápida ejecución.

¹⁶ Tal como se ha señalado en **La Declaración de la Antigua** la *“pauta universal en presencia de sistemas registrales de fe pública es la absoluta separación orgánica y funcional entre los encargados de redactar o formalizar los documentos susceptibles de inscripción y los encargados del registro”*.

Dicha pauta universal ha sido ratificada en el **II Encuentro Iberoamericano sobre relaciones entre el Registro de la Propiedad y los Tribunales de Justicia** celebrado en la ciudad de Cartagena de Indias los días 1 a 3 de marzo del 2004, afirmando en la segunda conclusión que no cabe *“confundir el procedimiento registral con el que es utilizado para la documentación de los actos y contratos. Mientras que, en éste, el interés de las partes que los otorgan es el prevalente, en el primero son los de todos los que resultan efectuados por su pronunciamientos. Por ello atribuir a quiénes autorizan dichos documentos su calificación o la de la eficacia de los Derechos que resultan de ellos puede dañar la seguridad del tráfico jurídico”*.

2. Favorecer la posibilidad de afectar jurídicamente los bienes en general, sean estos registrados o no, a través de cualquier tipo de garantía o contrato que permita acceder a financiamiento o crédito. Dicha garantía o contrato deberá poder ser otorgada y recibida por cualquier operador económico, cualquiera sea su condición.
3. La afectación física debe quedar prácticamente descartada, salvo para operaciones domésticas y particulares de poca envergadura. Por su parte, la garantías con registros referidas a bienes no registrados deben quedar reservadas únicamente para bienes que, por su naturaleza, no pueden ser registrados. Es decir, todos aquellos bienes por naturaleza registrables pero no registrados deberían acceder al Registro con ocasión del otorgamiento de la garantía o contrato correspondiente, y proceder a inscribirse la afectación jurídica en la partida registral recién abierta.
4. Recoger el efecto de Fe Pública, de modo tal que el grado de información y seguridad jurídica que otorga el Registro respecto de la garantía o contratos en él inscritas, sea suficiente para satisfacer las necesidades del mercado y de los ciudadanos en general. Este efecto será aplicable a cualquier garantía o contrato al margen que recaiga sobre bienes registrados o no registrados.
5. Implementar los lineamientos de gestión y organización que permitan cumplir eficazmente su función económica.
6. Establecer un marco adecuado de calificación que propicie y facilite las inscripciones dentro de un riguroso, pero razonable, control de legalidad.

Todas estas consideraciones buscan establecer las pautas para un sistema de garantías capaz de asegurar eficazmente a los agentes económicos proveedores de financiamiento, minimizando sus riesgos de recuperación oportuna del monto financiado, a fin de facilitar el acceso a todo tipo de créditos de la población y empresarios en general, basado en un modelo abierto, no discriminatorio, estandarizado y simplificado.