
Cuando justos se casan con pecadores

De cómo el régimen de sociedad de gananciales perjudica el acceso al crédito bancario*

Mario Reggiardo Saavedra

Alumno de octavo ciclo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil *Ius et Veritas*.

Más allá de que la popularidad del segundo gobierno de Fujimori puede estar empezando a caer en las encuestas, principalmente por motivos políticos, nadie puede negar que en el plano económico se han dado ciertos avances, lo que se demuestra por ejemplo en un mercado del crédito que está mucho mejor que antes. En 12 meses los préstamos concedidos por entidades bancarias se incrementaron en 65.2%⁽¹⁾. Como si se tratara de ofrecer los servicios de televisión por cable o teléfonos celulares, ahora encontramos verdaderos vendedores de créditos.

No obstante, basta el sentido común para afirmar que la situación no es la ideal. El desastre económico ocasionado por el gobierno de Alan García dejó también un sistema financiero caracterizado por

operaciones de dimensiones artesanales. Es así que en todo este tiempo los bancos no han hecho sino recuperar el tiempo perdido.

Así las cosas, el presente trabajo busca proponer, básicamente a partir de la revisión de la regulación tradicional del régimen de sociedad de gananciales, alternativas que contribuyan a un acceso masivo al crédito bancario.

1. SOBRE LA LLAMADA NATURALEZA JURÍDICA.

En las Jornadas Internacionales de Derecho Procesal organizadas por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Revista Peruana de Derecho Procesal en setiembre último, el profesor Juan Monroy Gálvez expresó que una de las causas de que el Derecho

(*) El autor agradece por sus comentarios a los doctores Juan Monroy y Alfredo Bullard, ejemplares abogados y mejores maestros. Asimismo, al doctor Luis Alberto Liñan, jefe y amigo, por su confianza y tolerancia. Obviamente, cualquier error es propio de la terquedad del único responsable. El autor agradece también a Ximena Sierralta por la asidua franqueza con que rodeó los meses previos a esta publicación. El trabajo debe mucho a las continuas horas robadas a mi madre y a Joanna. Estas páginas en realidad son de ellas.

(1) Según la Superintendencia de Banca y Seguros, en adelante SBS, el total de préstamos al 15 de enero de 1996 era de 7 668 millones de soles. Un año después, el monto otorgado llegaba a S/.12 669 millones. En: *El Peruano*. Lima, 17 de febrero de 1997. p. B4.

Por otro lado, según el Banco Central de Reserva del Perú, las colocaciones totales del sistema bancario en el sector privado aumentaron 32.3% en términos reales, correspondiendo tasas de 18.5% a las colocaciones en moneda nacional y de 37.9% en moneda extranjera. Como consecuencia de esta evolución, el coeficiente del crédito total sobre el PBI pasó de 12.7 a 16.5 por ciento, que es el mayor nivel histórico alcanzado. Cfr. Banco Central de la Reserva del Perú. Memoria 1996. p.83.

sea una ciencia en crisis es el lenguaje del propio Derecho. Calificó al lenguaje jurídico como caótico por cuatro motivos: a) el desacuerdo generalizado en los términos empleados, b) las discusiones circulares originadas por utilizar proposiciones analíticas (donde el predicado es intrínseco al sujeto) y no proposiciones sintéticas (donde el predicado es sólo un rasgo del sujeto, propiciando por tanto juicios que pueden desarrollarse), c) la discusión sobre clasificaciones sin advertir que el punto controvertido es el criterio clasificatorio y d) la estéril recurrencia a encontrar la naturaleza jurídica de las instituciones, a partir del estudio de los requisitos básicos de otras instituciones.

Si bien nunca hemos podido desarrollar esta idea de manera tan lúcida como lo hizo Monroy Gálvez, desde que empezamos a estudiar Derecho en la universidad hemos sentido que estudiar las llamadas naturalezas jurídicas no son sino curiosas disertaciones que poco tienen que ver con la función social intrínseca a la ciencia jurídica.

No obstante lo anterior, y sólo con el fin de tomarlo como punto de partida de nuestro trabajo, pasamos a ver qué decimos cuando hablamos de crédito. Messineo, citando a Simonneto, nos dice que “se llaman operaciones de crédito aquellos contratos por efecto de los cuales, una parte concede a la otra la propiedad de una suma de dinero (o, en ciertas operaciones a largo término, de cosas fungibles, convertibles en dinero) -o ejecuta prestaciones, en favor de la contraparte, que indirectamente implican un desembolso de dinero, por un determinado tiempo- con obligación de restitución

(o, respectivamente de reembolso) del equivalente (*tantundem*) a tiempo diferido, a cargo de la otra parte, y siempre contra contraprestación⁽²⁾”.

Se dice también que el crédito tiene cuatro elementos: a) el tiempo, que es el desajuste temporal entre la entrega del dinero y su restitución; b) la confianza del acreedor de que el deudor le devolverá lo convenido, lo cual se comprueba en tanto la palabra “crédito” viene del latín *credere* que significa “creer”; c) el riesgo asumido por el acreedor de que el deudor no le pague, para lo cual puede exigir el otorgamiento de garantías; y d) el reembolso de lo prestado más una contraprestación⁽³⁾.

Por último, y como se desprende del título, cuando en el presente trabajo hablemos de crédito nos estamos refiriendo al otorgado por las instituciones bancarias.

2. ALGUNOS ASPECTOS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL CRÉDITO BANCARIO.

Aparte del análisis que realiza el sectorista con la información proporcionada por el cliente, en el plano legal un detalle importante para la obtención del crédito es la propiedad de inmuebles, autos u otros bienes de valor⁽⁴⁾.

Pero celebrar la hipoteca del inmueble o la prenda del vehículo o las maquinarias, si bien es lo ideal para un banco⁽⁵⁾, no lo es para el usuario. Los trámites registrales y notariales, el costo de oportunidad para ambas partes⁽⁶⁾, así como el fundado temor a que

(2) Citado por BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. *Operaciones bancarias. Activas, pasivas y complementarias*. 3a.ed. México: Porrúa, 1978. p.30. Sobre la llamada naturaleza jurídica existen diferencias entre los contratos de préstamo (mutuo) y crédito. Esta tradicional discusión, interesante por cierto, es irrelevante para las consecuencias de nuestro trabajo. Un excelente libro al respecto es el de KOCH, Arwed. *El crédito en el Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946. 292p.

(3) Cfr. BERMOND, Marie-Laure. *Droit du crédit*. Paris: Économica, 1989. p.2.

(4) La cantidad de bienes que debe tener el solicitante depende también de la magnitud del crédito solicitado. En el crédito de consumo, por ejemplo, los montos abonados no justifican acceder al servicio de justicia para rematar, en caso de incumplimiento, un inmueble como ejecución forzada de un embargo en forma de inscripción.

(5) El Código Procesal Civil peruano -en adelante CPC- regula de manera clara y sencilla la ejecución de las garantías reales. Las posibilidades de contradecir la ejecución se reducen a cinco causales predeterminadas, las cuales deben basarse sólo en pruebas documentales.

Previo traslado por tres días, con contradicción o sin ella, el Juez resuelve ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. Es decir, entre la presentación de la demanda y el remate del bien no hay más de ocho meses, y con segunda instancia no más de año y medio, en promedio.

(6) El costo de oportunidad es el valor de un recurso en su mejor uso alternativo. El concepto enfatiza que generalmente el valor económico de los recursos no es necesariamente igual a su valor o costo financiero. Cfr. TORREZ LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987. p.32.

Para los economistas el costo es la oportunidad que se pierde al dedicarse a una actividad y prescindir de otra. Por ejemplo, si el trabajo que alguien dedica a la producción de zapatos puede ser igual aplicado al cultivo de tomates o a trabajar como abogado, el costo de oportunidad es el valor del trabajo de esa persona en éstas dos últimas aplicaciones. Cfr. SAMUELSON, Paul A. *Curso de Economía Moderna*. 6a.ed. Madrid: Aguilar, 1974. pp.530-531.

rematen el bien por el menor incumplimiento, generan sin duda que muchos piensen varias veces antes de obligarse en esas condiciones.

Descartada la posibilidad de convenir con todos los usuarios garantías reales a su favor, y con la intención de atenuar el riesgo de algún incumplimiento, los bancos optan por la emisión de un título valor con mérito ejecutivo, el cual es uno de los documentos que se suscriben casi obligatoriamente cuando se celebra un contrato de crédito⁽⁷⁾.

Otro punto que se toma en cuenta, siempre desde el plano legal que es el que nos interesa, es si el solicitante es soltero o casado. Si es lo segundo, el banco pide que el cónyuge también celebre el contrato y firme todos los documentos para poder embargar, eventualmente, los bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales⁽⁸⁾. Para eso todos los bancos imprimen sus solicitudes de crédito y títulos valores con un espacio para la firma del solicitante y otro para la del cónyuge. Lo mismo sucede en el caso de los fiadores o avalistas.

¿Qué pasa si el solicitante o el avalista afirma ser soltero? No mucho, se pide la libreta electoral y si esta indica que la persona es soltera no hay mayor problema. Entonces se solicita la firma de un fiador solidario sin

beneficio de excusión para el crédito, o un avalista en el caso de los títulos valores. Si la libreta electoral de esta persona indica que también es soltera, entonces basta su sola firma.

Pasa el tiempo y el usuario del crédito se convierte en moroso. El banco plantea una demanda en la vía ejecutiva y decide, casi siempre a través de abogados externos, realizar una búsqueda en el registro de la propiedad inmueble de Lima. El resultado es positivo. Entonces sucede algo de todos los días, recién el banco se informa que el deudor estaba casado y que el inmueble pertenece a la sociedad de gananciales. Los abogados solicitan una medida cautelar sobre los derechos del deudor⁽⁹⁾. Se inscribe la medida en los Registros Públicos, pero una vez en ejecución de sentencia no se remata el bien porque la obligación, según los jueces, fue contraída a título personal, y el inmueble es de la sociedad de gananciales. Como esta última todavía subsiste, no hay liquidación y por tanto no se sabe el porcentaje del valor del bien que correspondería al deudor ejecutado.

¿Pudo el banco conocer si el deudor estaba casado? La regla general es que no. Pero si hubiese realizado antes la búsqueda en el registro de la propiedad inmueble tal vez hubiese conocido no sólo que el

(7) Cobrar un pagaré o una letra de cambio, a través de un proceso en la vía de ejecución de obligación de dar suma de dinero, es también muy sencillo con el CPC. Si el ejecutado no contradice en cinco días, se dicta sentencia inmediatamente. Si contradice, ésta sólo se puede fundar en cuatro causales taxativas. Se confiere traslado al ejecutado por tres días y se cita a una audiencia única donde al final se dictará sentencia.

Ya en ejecución de sentencia, de ser el caso se rematarán los bienes embargados o secuestrados. Incluso puede solicitarse primero una medida cautelar fuera del proceso para afectar algún bien antes de interponerse la demanda. Esto último tiene la ventaja de que se tramita, como todas las medidas cautelares en el CPC, *in audita pars*, es decir, el afectado con la medida no se entera sino hasta después de ejecutada ésta.

(8) En un estudio realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, se determinó que en 1994 optaron por el régimen de sociedad de gananciales el 90% de matrimonios. Cfr. CARREÓN ROMERO, Francisco. *Los problemas en la relación del Acreedor con la sociedad de gananciales*. En: *Themis-Revista de Derecho*, Lima, 1995, No.32. p.177.

(9) La jerga tradicional de jueces y abogados es el “embargo sobre los derechos y acciones”. No obstante cumple su finalidad, técnicamente dicha expresión está superada por la Teoría General del Proceso, la cual considera a la acción como el derecho subjetivo público, abstracto, y autónomo del que goza toda persona para solicitar el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

La expresión “derechos y acciones” viene desde el antiguo derecho romano. Según lo explica Monroy Gálvez “durante el procedimiento formulario, el derecho de acción pasa a ser el derecho material en camino a convertirse en una fórmula, a efectos de obtener una declaración judicial que lo reconozca. En aquella época, a cada derecho le correspondió una acción y una fórmula específica. Así, a una demanda sobre la propiedad de un bien, correspondía una acción reivindicatoria; para un conflicto sobre la posesión de un bien, correspondía una acción posesoria”. Cfr. MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Bogotá: Temis-De Belaunde & Monroy, Abogados, 1996. pp.252-253.

Cuando se dice que se embargan los “derechos y acciones” se está diciendo que no sólo se gravan los atributos emanados del derecho de propiedad, sino también las pretensiones que se derivan eventualmente a partir de ese derecho, como la pretensión posesoria, los interdictos, etc. Se confunde, entonces, pretensión con acción. Pero las pretensiones materiales, más allá de que sean declaradas fundadas o infundadas cuando se convierten en pretensiones procesales, no se embargan pues son independientes del derecho material del titular. La acción, por otro lado, es un derecho abstracto y subjetivo de toda persona, cuya esencia lo hace inembargable.

En otras palabras, decir que con el remate de los “derechos y acciones” se transfiere no sólo la propiedad del bien, sino también las “acciones” judiciales que derivan de dicho inmueble, es un desconocimiento terrible de las instituciones del proceso civil moderno.

usuario era propietario de un inmueble, sino también que éste era de la sociedad conyugal. ¿Pero si el usuario compraba el inmueble después de abonado el monto del crédito? Ahí es donde empiezan verdaderamente los problemas para el banco.

En realidad, conocer con certeza en el Perú si una persona está casada o no es casi imposible. Digamos mejor que no hay información imposible sino muy costosa de conseguir⁽¹⁰⁾. En efecto, el banco bien puede ir a cada municipalidad distrital del país y hurgar en sus registros para ver si el solicitante estaba o no casado. Pero eso sería lento y caro porque no existe un sistema centralizado que indique el estado civil de las personas.

Por otro lado, el registro electoral no cuenta con información actualizada. Una persona puede mantener estando casado una libreta electoral en la que figura como soltero. Peor aun es el caso del registro personal donde, según el Código Civil, se registran nulidades de matrimonios, divorcios, separaciones de cuerpos y hasta reconciliaciones, pero no el matrimonio en sí.

¿Qué otros métodos puede utilizar el banco? Llamadas telefónicas, visitas al domicilio o al trabajo y preguntas a los vecinos pueden ser algunas salidas. Sin embargo, es evidente que no estamos ante fuentes confiables. A esta falta de certeza hay que agregarle como costo el tiempo demandado en conseguir la información, así como el de una movilización considerable de personal. También están las centrales de información y riesgo, que son bancos de datos en los que figuran todos quienes tienen alguna deuda con bancos o casas comerciales. Brindan, en otras palabras, la historia crediticia y comercial de una persona o empresa. No obstante, un país que recién empieza a salir de una larga y profunda crisis económica apenas si tiene un muy reducido número de personas con antecedentes comerciales.

En conclusión, el que un banco cuente con información veraz acerca del estado civil de sus usuarios depende solamente de éstos. De ahí también que muchas veces, en parte por su mismo descuido, los bancos terminan celebrando contratos de préstamo con

usuarios a título personal, pero casados en régimen de sociedad de gananciales. Llegada la hora de la cobranza judicial, los bancos se encuentran con que no pueden rematar en ejecución forzada los bienes que son de la sociedad de gananciales, los cuales, casi siempre, son los únicos que pueden responder por las deudas.

3. CONSECUENCIAS PARA EL MERCADO DE CRÉDITOS.

3.1. Aumento de los costos de transacción: el costo del crédito.

El crédito bancario es un contrato donde las prestaciones no se van a cumplir simultáneamente. El banco desembolsa el dinero de una sola vez, mientras que el usuario tendrá que devolverle dicho monto a lo largo de varios meses, a lo que tendrá que sumarle los costos e intereses a favor del banco. Una prestación se cumplirá mucho después que la otra. A esto se le conoce como situación de ventaja estratégica⁽¹¹⁾.

Para recuperar la ventaja estratégica existe lo que se conoce como “prenda genérica”. Todos los bienes que forman parte del patrimonio del deudor garantizan el cumplimiento de la obligación asumida. No obstante, eso no significa que el acreedor, en este caso el banco, vaya a desatender todo lo relativo a la capacidad económica del usuario. Asumirá una serie de costos para informarse respecto de la historia crediticia del usuario, su capacidad de pago, los bienes de los que es propietario, etc. Toda esta búsqueda de información es parte del concepto “costos de transacción” formulado por el Premio Nobel de Economía Ronald Coase. De manera sencilla, Alfredo Bullard los define como los costos de celebrar un contrato, los cuales, en ciertas circunstancias, son tan altos que pueden evitar que se perfeccionen los acuerdos, o llevar a que éstos se ejecuten en términos ineficientes⁽¹²⁾.

(10) Cfr. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial*. En: *Themis-Revista de Derecho*. Lima, No.25, 1993. p.82. “Para los economistas nada es imprevisible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros. Aquello que comunmente es considerado imprevisible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión”.

(11) El problema del *contract opportunism* entraña que el que debe cumplir último se encuentra en una mejor situación por cuanto ya recibió el beneficio que le iba a reportar el contrato.

(12) BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *¿Al fondo hay sitio! ¿Puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?*. En: *Themis-Revista de Derecho*. No.21, Lima. p.96

Estimación de cargos sobre el costo del crédito estimado							
Banco	Condiciones generales del préstamo				Costo Crédito anual		
	Monto	Plazo	No.de cuotas	Cuota mensual	Anunciado (1)	Efectivo (2)	Cargos sobre costo del crédito =(2)-(1)
A	S/. 2000	2 años	24	S/.162.00	69.59%	105.36%	35.77%
B	S/. 2000	2 años	24	S/.167.80	75.52%	114.59%	39.07%
C	S/. 2000	2 años	24	S/.161.13	53.93%	103.97%	50.04%

(1) Costos de crédito anualizado

(2) Tasa de retorno para la banca estimada a partir de las condiciones (monto, plazo, cuota) publicitadas por cada entidad.

Fuente: *El Comercio*

Cuando el banco acepta otorgar un crédito -no hablamos de líneas de crédito abiertas a clientes habituales, normalmente en banca empresarial- ha realizado una serie de gastos para conocer si el solicitante puede o no cumplir con la prestación a la cual busca comprometerse. Ya explicamos que conocer de manera precisa si una persona está o no casada demanda un enorme gasto en tiempo y dinero que el banco no puede asumir. Esto repercute, en primer lugar, en los cargos y costos administrativos que asumirá el usuario fuera de intereses compensatorios.

Así también, cuando el costo del crédito -que es un costo de transacción- es demasiado alto, ello no sólo reduce la recuperación de las colocaciones por parte de los bancos, sino que limita la escasa capacidad de ahorro de nuestra población y deteriora la posibilidad de incrementar su riqueza en el tiempo⁽¹³⁾. Veamos por qué.

Si la intención es fomentar el acceso al crédito por parte de los sectores medio y bajo, nos encontramos con que el costo del crédito para consumo debe ser relativamente alto; esto se explica por el mayor costo operativo unitario que demanda su intermediación, los escasos niveles de competencia aún existentes en este mercado y los riesgos derivados de imperfectos canales de información, entre otros⁽¹⁴⁾. Es decir, en el caso del

crédito empresarial para personas naturales, los costos de transacción son más altos⁽¹⁵⁾.

Según J.J. Marthans, actualmente en el Perú se consume un crédito a un costo de deuda de 105%, cuando el que se anuncia es uno de 70% en promedio. Veamos el cuadro elaborado por él para estimar cargos sobre el costo del crédito anunciado en la banca especializada en crédito para consumo.

De nada le sirve al usuario que le bajen la tasa de costo de crédito anunciado en medios y le eleven, paralelamente, los cargos. Marthans cree, incluso, que a través de tal modalidad se encubren los altos costos existentes en tal mercado⁽¹⁶⁾. Para nosotros, el costo de hacer cumplir el contrato en la vía judicial, así como, por ejemplo, el recurrente problema de no poder rematar un bien de la sociedad de gananciales cuando la deuda ha sido contraída por uno solo de los cónyuges, es uno de los tantos componentes que generan los altos cargos al crédito. Puede que a la banca le sea inevitable, por ahora, trasladar estos costos al usuario. A este no le queda sino aceptar el crédito con dichos costos o no acceder a él. Lamentablemente, parte del *boom* del crédito de consumo incluye también que el usuario no suele conocer el verdadero importe que van a pagar como contraprestación al banco, hecho que se agudiza cuando los promotores no saben o, lo que es

(13) MARTHANS, J.J. *Costo del crédito para consumo*. En: *El Comercio*. Lima, 23 de marzo de 1997. p.E4.

(14) Loc.cit.

(15) En este punto el concepto de costos de transacción se disgrega, según el Nobel de Economía Douglass North, en a) el costo de medir, monitorear y apreciar qué se está produciendo, y b) el costo de hacer cumplir el contrato. Cfr. NORTH, Douglass C. *El Rol del Indecopi en la estructuración de mercados eficientes en el Perú*. En: *Instituciones en el Desarrollo de una economía de mercado*. Lima: Apoyo, 1995. p.23.

(16) MARTHANS, J.J. Op.cit.; p.65.

más grave, no informan apropiadamente al usuario acerca de la modalidad de cobro de cargos, ni la magnitud de ellos. La clase popular no sólo tiene menores posibilidades de acceder a dicha información, sino que casi no tiene acceso al crédito mismo.

3.2. Más sobre los costos de transacción: la exigencia de garantías.

Dadas las condiciones de ventaja estratégica del usuario del crédito sobre el banco, éste buscará eliminar dicha situación a través de las garantías. Aparece entonces la fianza⁽¹⁷⁾ y el aval⁽¹⁸⁾ como principales garantías personales. Sin embargo, al exigir el banco que un tercero le garantice el pago de la contraprestación del deudor, se está aumentando de manera directa e inmediata el costo de acceso al crédito. Son pocas las personas dispuestas a exponer todo su patrimonio ante un eventual incumplimiento de pago de alguien que no pertenece a su entorno familiar inmediato. Conseguir esa persona puede generar un costo de oportunidad pues se va a dedicar tiempo en encontrarla, lo que puede generar que el crédito se haga efectivo después de cuando se le necesitaba, con lo que se puede perder la oportunidad que configuraba la motivación de celebrar el contrato para el usuario.

La fianza o aval, como afectaciones genéricas del patrimonio del garante, no asegura al banco que exista un bien concreto que pueda rematarse para cobrar así la acreencia. Puede ser que el fiador tenga varios bienes que pertenecen a la sociedad conyugal. Estos no podrían ser rematados y al banco de nada le habría servido la fianza. O, lo que es peor, puede ser que el fiador no tenga dentro de su patrimonio los bienes suficientes que respondan por la obligación. Es por eso que, buscando reducir los costos que implica investigar el patrimonio del deudor o de terceros fiadores o avalistas, el banco

identificará un bien determinado al cual afectar para garantizar el pago de la obligación. Su intención, por tanto, es constituir una garantía real de prenda o, de ser posible, una hipoteca⁽¹⁹⁾.

Si bien para Douglas Baird 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 ciertos bienes y no de todo un patrimonio⁽²⁰⁾, para nosotros el costo de acceso al crédito sí aumenta de manera significativa. Constituir una hipoteca entraña pagar a un notario por elevar el contrato a escritura pública, así como pagar los derechos registrales para inscribir el contrato en los registros públicos. Ese gasto normalmente no lo asume el banco sino el propio usuario. A eso hay que sumarle el costo de oportunidad que podría generarse durante el tiempo que no se desembolse el crédito hasta que se inscriba la hipoteca.

Podemos pensar que la solución al problema es que los bancos celebren los contratos con mayor diligencia y exijan la firma del cónyuge del usuario del crédito. Con eso se acaba el problema, cierto. Sin embargo, eso puede funcionar en la banca de consumo pero no en la banca empresarial, donde la rapidez del tráfico mercantil obliga a que normalmente sea un director o un accionista quien afianze la obligación. En medio de una negociación mercantil, el hecho de que el cónyuge de un director o un accionista vaya a firmar también el documento donde conste el contrato significa agregar requisitos que pueden redundar en un costo de oportunidad significativo.

Si pudiera rematarse aunque sea la mitad de un bien propiedad de la llamada sociedad de gananciales, entonces los bancos reducirían en algo la exigencia de garantías. Así acceder a un crédito no sólo sería más rápido sino también más barato.

(17) Al tratarse de contratos de adhesión donde los documentos ya se encuentran preredactados, normalmente esta fianza es solidaria y con expresa renuncia al beneficio de excusión del artículo 1879 del Código Civil. En la práctica, entonces, estamos frente a un codeudor al cual el banco puede dirigir su pretensión directamente, junto con el deudor principal, a través de una acumulación subjetiva pasiva originaria en el proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero.

(18) Técnicamente, la denominación de aval se utiliza solamente cuando se trata de garantizar obligaciones contenidas en títulos valores, específicamente respecto de las letras de cambio.

(19) Para efectos de conocer las repercusiones de la ejecución de las garantías en el mercado de créditos, cfr. FLEISIG, Heywood W. y DE LA PEÑA, Nuria. *América Latina: cómo los problemas de ejecución de garantías limitan el acceso al crédito*. En: *Ius Et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No.14, Lima, 1997. pp.233-240.

(20) BAIRD, Douglas. *Notice Filing and the problem of Ostensible Ownership*. En: *The Journal of legal Studies*. Vol.12, 1983.p.57. Citado por CANTUARIAS, Fernando. *La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca*. En: BULLARD, Alfredo y otros. *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p.64.

3.3. La elevación de las tasas de interés.

En una economía de mercado como la peruana, la idea de la competencia implica que el consumidor opte por la mejor oferta, la cual, aparte de la calidad del bien o servicio, se basa en el precio. En el caso del crédito, esto se traduce en los intereses, que a grandes rasgos podemos definir como la ganancia de los bancos por la realización del préstamo⁽²¹⁾. Normalmente, el nivel de la tasa de interés debe reflejar el costo de captación del recurso, el costo administrativo del banco, el costo de la morosidad e incobrabilidad y el margen financiero que estime el propio banco. Para que éste ofrezca la menor tasa de interés posible debe bajar, principalmente, sus costos operativos. Sin embargo, los intereses pueden mantenerse muy altos debido al gasto incurrido en recuperar los créditos por la vía judicial, o, lo que es peor, cuando se traduce en la pérdida y el pase a castigo tributario de la deuda en caso ésta no pueda cobrarse.

Imaginemos que un banco cuenta con una sentencia consentida a su favor en un proceso. Igualmente cuenta con un embargo en forma de inscripción sobre los derechos que le corresponde a un deudor X sobre un inmueble de la sociedad de gananciales. El banco no podrá rematar el inmueble ya que la sociedad no se ha liquidado y por tanto no se sabe cuánto le corresponde a X.

Es muy probable que tanto X como su cónyuge se han beneficiado con el préstamo. No obstante, la ley permite que el bien, que en la realidad económica pertenece a ambos, no sea rematado porque jurídicamente pertenece a una ficción llamada sociedad de gananciales. No queda otra. Probablemente la deuda sea castigada y el banco pase a considerarla como pérdida.

¿Cómo recupera el banco ésta pérdida? Entre otras formas, subiendo los intereses de los créditos que otorga o bajando los que paga por ahorros. En ambos casos todos los consumidores se ven perjudicados porque asumen en parte, así sea en una cantidad ínfima,

el pago que un moroso dejó de cumplir. Se produce entonces lo que los economistas llaman una externalidad. El costo asociado a la producción, intercambio o consumo de bienes o servicios, derivados hacia otras personas no vinculadas en dicho proceso a través de una transacción de mercado, constituye una externalidad⁽²²⁾. En otras palabras, un gasto generado por una persona pero asumido por otra sin su consentimiento.

Si un banco castiga una deuda, esa pérdida la intenta recuperar subiendo los intereses de sus operaciones activas, los cuales serán asumidos por el resto de consumidores. Esta externalidad lleva entonces a que el precio de mercado del crédito no refleje el verdadero costo asociado con la realización de tal prestación. El efecto de esta divergencia entre los costos privados y los costos sociales de la actividad es una asignación ineficiente del dinero, aunque eficiente desde el punto de vista privado en el caso de X⁽²³⁾.

Para Sergio Salinas, el problema de las externalidades aparece cuando no existen derechos de propiedad -o mecanismos institucionales eficaces para hacerlos valer- claramente especificados⁽²⁴⁾. En nuestro caso, la regulación de la manera cómo responden los bienes de la sociedad de gananciales frente a deudas personales de los cónyuges distorsiona una asignación socialmente eficiente de los recursos, pues el banco no puede cobrar a quien debe pagar y cubre su pérdida subiendo los intereses para el resto de usuarios. El derecho de propiedad en el caso de la sociedad de gananciales no está claramente especificado. Así exista en la realidad el bien, la ficción jurídica distorsiona su función económica pues no entra a formar parte de lo que debería ser la garantía genérica de un deudor. Esto se debe a que la figura de la sociedad de gananciales crea un derecho de propiedad distorsionado, pues al considerar como titular a una ficción -la sociedad de gananciales- y no a las personas en sí mismas, imposibilita que el acreedor se cobre de manera efectiva

(21) La utilidad de los bancos sale de la diferencia entre los intereses que recibe por sus operaciones activas (préstamos, colocaciones, etc) y los que paga por sus operaciones pasivas (ahorros, depósitos bancarios, emisión de obligaciones, redescuentos, etc).

La misión fundamental de los bancos es actuar como intermediarios en el crédito, centralizando primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles y redistribuyéndolos luego en operaciones de crédito a favor de quienes necesitan del capital para producir o consumir. Cfr. BAUCHE GARCADIAGO, Mario. Op.cit.; p.34.

(22) SALINAS RIVAS, Sergio. *Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico*. En: *Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, No.14, 1997. p.221.

(23) Loc.cit.

(24) Ibid.; p.223.

	31/12/96	15/06/97	Variación porcentual
Colocaciones netas	25,672	29,543	15.1%
Cartera vigente	25,464	29,092	14.2%
Cartera atrasada	1,412	1,905	34.9%
Provisiones	(1,204)	(1,453)	20.7%
TOTAL ACTIVO	44,117	52,721	19.5%

Fuente: SBS

con los derechos -sobre un bien de dicha ficción- de los que es titular un cónyuge, cuando la deuda es personal. La situación descrita, incluso, conlleva a que el costo del crédito sea más caro para los casados sinceros que para los casados mentirosos que se hacen pasar por solteros. Si ambos pagan por el crédito el mismo costo financiero, en términos reales quien asume un gasto mayor es el casado sincero que introduce a su cónyuge en la relación contractual, pues éste debe contar como costo adicional -normalmente no asumido de manera conciente- el riesgo de que se dirijan contra los bienes de la sociedad de gananciales. El cónyuge mentiroso que contrajo la deuda como personal, en cambio, no asume este riesgo.

La regulación actual, entonces, incentiva a que los casados contraten como solteros, ya que éstos no asumen el costo originado por el riesgo de que el banco pueda cobrarse efectivamente con los bienes de la sociedad conyugal.

3.4. La elevación de las provisiones.

Las provisiones son la cuenta formada por la suma detraída de utilidades que los bancos deben inmovilizar con la finalidad de ser utilizadas para cubrir una pérdida eventual. La dificultad de recuperar créditos en cobranza judicial repercute en que los bancos inmovilicen un monto significativo para cubrir la pérdida que le ocasionan esas acreencias no

recuperadas. Cuanto mayor es el índice de créditos castigados, mayor es el monto detraído de utilidades para cubrir dicha pérdida. De rebajarse el número de créditos incobrables, el monto inmovilizado inicialmente en provisiones puede destinarse a otras inversiones o, en todo caso, a aumentar las colocaciones de créditos en los usuarios.

En el Perú el índice de aprovisionamiento o de cobertura de la cartera pesada del sistema bancario, al 31 de diciembre de 1996, fue aproximadamente del 86% sobre el total de colocaciones. Ello significa que aún se mantiene un 14% de la cartera con mayor riesgo crediticio que no se encuentra provisionada⁽²⁵⁾. Sin embargo, teniendo en cuenta que al 15 de junio de este año la cartera atrasada aumentó en 34.89% y las colocaciones sólo un 15.34% (lo que da un ratio de 6.15%), las provisiones de los préstamos, es decir el dinero inmovilizado, se incrementaron en 20.7% respecto de fines del año pasado⁽²⁶⁾.

Ese 20.7% de incremento en las provisiones está ligado al incremento de la cartera pesada y de los créditos irrecuperables, los cuales tienen como principal causa las dificultades que están atravesando nuestras empresas como consecuencia de las políticas de ajuste en el ámbito fiscal y monetario dispuestos por el gobierno -que agudizaron la recesión y afectaron sus ventas significativamente-. Ese incremento puede reducirse en algún punto porcentual si se elimina

(25) Ello no significa que aquellos bancos que no tienen su cartera pesada íntegramente cubierta con provisiones, reflejarán una pérdida que mermará la calidad de sus activos y su patrimonio.

Como parte de una política conservadora, las garantías no se consideran para efecto del cálculo de las provisiones a su valor contable o de registro. De acuerdo con la calidad y velocidad de su conversión en efectivo, éstas ajustan o disminuyen su valor según parámetros que los organismos de supervisión establecen, los cuales tienen como objetivo acercar la probabilidad de cobro a la certeza como un medio técnico-jurídico para cumplir con la reducción del riesgo inherente en todo crédito. Cfr. RIVERA, Silvio. *Riesgo crediticio en las operaciones contingentes*. En: *El Comercio*, Lima, 2 de marzo de 1997. p.E5.

(26) *Luz ambar para los créditos bancarios*. En: *El Comercio*, Lima, 13 de julio de 1997. p.E1.

algunas restricciones para la cobranza judicial, como es el caso de la imposibilidad de rematar bienes de la sociedad de gananciales cuando hay deudas de uno solo de los cónyuges.

Eliminándose esa ficción jurídica, se reducirían en algo las pérdidas y, consecuentemente, la suma detráida a provisiones podría utilizarse en producir nuevos servicios o efectuar mayores colocaciones.

4. ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Como en todo ejercicio teórico tradicional del Derecho, existen en la llamada doctrina dos regímenes patrimoniales contrapuestos en el matrimonio. Uno es el de comunidad universal de bienes y deudas, que consiste en que los patrimonios del marido y la mujer, independientes hasta el momento de contraer matrimonio, se fusionan a partir de este acto en uno solo. El otro es el régimen de separación de bienes y deudas, consistente en que las relaciones patrimoniales de que son sujeto el marido o la mujer, subsisten como se hallaban antes del matrimonio o existen después como si éste no se hubiera efectuado⁽²⁷⁾.

En el Perú el legislador optó por establecer el régimen intermedio de la sociedad de gananciales. La unión de los cónyuges sólo trasciende a algunos bienes, con lo que se evita el régimen de comunidad universal. En él cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía antes del matrimonio, y la comunidad se configura respecto de los bienes adquiridos dentro del matrimonio, salvo las excepciones previstas en el artículo 302 del Código Civil.

La comunidad de bienes es diferente de la copropiedad. Ésta recae sobre bienes singulares. Conocida como condominio romanista, cada copartícipe tiene derechos individuales sobre sus participaciones. Tiene un derecho real efectivo sobre su cuota y puede disponer de ella. Aquí el acreedor

puede embargar una cuota y rematarla⁽²⁸⁾. Después, incluso, podrá solicitar la división y partición del inmueble.

La comunidad de bienes, en cambio, recae sobre un patrimonio. A ella le corresponde un conjunto de derechos y obligaciones. Rige para el activo y el pasivo patrimonial⁽²⁹⁾. Proviene del condominio germánico o de propiedad en mano común, similar a las obligaciones conjuntas donde no hay propiedad por cuotas, sino sólo un derecho de liquidación final. Aquí, dicen algunos, el acreedor no puede embargar cuotas porque ellas no existen y tendrá que aguardar hasta la liquidación⁽³⁰⁾.

Salvo que los cónyuges opten por el régimen de separación de bienes, se aplica el de sociedad de gananciales, lo que significa que los bienes que se adquieren a partir del matrimonio pertenecen ya no al patrimonio personal de cada cónyuge, sino a un tercer sujeto de derechos llamado sociedad de gananciales. Así, para que un acreedor pueda rematar algún bien de la sociedad de gananciales, necesariamente ambos cónyuges han debido participar en la celebración del contrato de crédito, en nuestro caso.

Si sólo uno celebra el contrato, y luego lo incumple, el acreedor únicamente podrá dirigirse contra los bienes personales de ese cónyuge. No obstante lo anterior, el mismo código parece darse cuenta del problema cuando en su artículo 308 establece que los bienes propios de un cónyuge han de responder por las deudas del otro cuando éstas han beneficiado a la familia⁽³¹⁾. Sin embargo, desconocemos la razón por la cual se normó así este supuesto y no se permitió expresamente que los bienes de toda la sociedad de gananciales respondan por las deudas contraídas por uno de los cónyuges cuando éstas beneficiaron a la familia. El ponente del Libro de Familia del Código Civil de 1984 explica que las deudas contraídas por un solo cónyuge, que no hayan servido para atender las cargas del hogar, se pagan con los bienes propios de

(27) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 5a.ed. Lima: Studium, 1985. Tomo I. pp.278-279. Un excelente trabajo sobre los distintos regimenes patrimoniales en el matrimonio es el de DESCHENAUX, Henri y STEINAUER, Paul-Henri. *Le Nouveau Droit Matrimonial*. Berne: Staemplfi & CIA, 1987. 644p.

(28) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Los bienes en el matrimonio*. En: *La Familia en el Derecho peruano. Libro Homenaje a Héctor Cornejo Chávez*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Univesridad Católica del Perú, 1990. p.255.

(29) CARREÓN ROMERO, Francisco. Op.cit.; p.181.

(30) Loc.cit.

(31) Artículo 308.- Los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

ese deudor. En cambio, las deudas contraídas por uno solo para atender las aludidas cargas del hogar se pagan con los bienes de la sociedad de gananciales, incluso con los propios del cónyuge no contratante⁽³²⁾. Son de cargo de la sociedad los supuestos del artículo 316 del Código.

La explicación de Cornejo Chávez lleva a plantearnos algunas preguntas. ¿Deudas contraídas en provecho de la familia son lo mismo que las asumidas como cargo de la sociedad? Para el ponente del Libro de Familia del código, parece que son lo mismo. Eso quiere decir que, respecto del artículo 308 del Código Civil, los bienes propios de uno de los cónyuges no responden por una deuda personal del otro, así ésta se haya contraído para abrir, por ejemplo, un negocio cuyas utilidades hubieran beneficiado directamente a la familia. Realizar un negocio, así beneficie a la familia, no es un cargo de la sociedad según Cornejo Chávez.

Por otro lado, de la interpretación del mismo autor se desprende que cuando la deuda contraída por un solo cónyuge no se destinó a las cargas del hogar, responden únicamente los bienes propios de éste. No responden, en esa línea, los derechos que sobre los gananciales corresponden al cónyuge deudor. Teniendo derechos sobre ciertos bienes, éstos no responden por sus deudas personales. Eso, a nuestro juicio, es poco coherente.

Sí se justifica, en cambio, el supuesto del artículo 309, por el que en caso de responsabilidad extracontractual sólo responden los bienes personales⁽³³⁾. En este caso, la generación de un daño por uno de los cónyuges y la obligación de indemnizar jamás beneficia a la familia; por el contrario, la perjudica en tanto hay una disminución patrimonial que no tiene la contraparte de un potencial beneficio económico para toda la familia, como sí se da normalmente cuando un cónyuge recibe dinero a raíz de un crédito y está obligado a devolverlo posteriormente. Más allá de la validez de los argumentos que justifican la unidad de la responsabilidad civil, bajo un esquema tradicional, en

la responsabilidad contractual normalmente hay un beneficio originado en la contraprestación. En la responsabilidad extracontractual suele no darse esa contraprestación que beneficie al agente causante del daño.

Volviendo al tema de que los bienes de la sociedad de gananciales respondan por la deuda personal de un cónyuge, Carreón Romero indica que se puede recurrir a la analogía para aplicar el artículo 308 del Código Civil al presente caso⁽³⁴⁾. Nosotros no estamos de acuerdo, por más que creemos necesario llegar a la misma conclusión, con que la analogía solucione el problema.

La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma se aplica a un hecho distinto de aquel que es el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia⁽³⁵⁾. Si bien el análisis cumple con los requisitos de semejanza esencial (los bienes propios de un cónyuge responden por las deudas del otro es semejante a decir que los bienes de la sociedad responden por las deudas de uno, en tanto en ambos casos se trata de patrimonios distintos al del cónyuge deudor pero estrechamente ligados a él) y *ratio legis* (la intención de la norma es que los bienes de un cónyuge respondan cuando la deuda del otro se contrajo para beneficiar a la familia), no podemos llegar a aplicar la analogía pues ésta tiene un límite normativo, cual es que no se aplica para establecer excepciones⁽³⁶⁾.

Si la regla general es que el bien propio de un cónyuge no responde por la deuda personal del otro, la excepción no puede ser aplicada por analogía pues, según las reglas propias del Derecho, esta excepción perjudica a una persona, por lo que el supuesto no debe ser aplicado ya que se le estaría causando un detrimento patrimonial más allá del que la ley permite. Con esto sólo queremos mostrar el razonamiento jurídico sobre el caso según las leyes peruanas, lo que no significa que estemos de acuerdo con las consecuencias que acarrea aplicar rigurosamente esa metodología.

Ya en el capítulo anterior explicamos las

(32) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op.cit.; pp.301-302.

(33) Artículo 309.- La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación.

(34) CARREÓN ROMERO, Francisco. Op.cit.; p.179.

(35) RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. 6a.ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p.283.

(36) Código Civil.- Título Preliminar.- Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

consecuencias en el mercado de créditos de la regulación peruana del régimen de sociedad de gananciales. Más allá de este punto, que a muchos les parecerá un forzado detalle, está el apreciar la necesidad de mantener regulado en esa forma el régimen de sociedad de gananciales.

La doctrina consultada coincide, aunque sin cuestionarlo, en que este régimen se mantiene actualmente regulado por razones históricas. Se dice que su antecedente más remoto lo encontramos en el Código Hamurabi, hallado en Susa y que data del año 2100 a.C.⁽³⁷⁾. Sin embargo, mucho influyó la Iglesia quien, desde fines del siglo XII, por disposición pontificia de Urbano II impuso al marido la obligación de dividir con la mujer los gananciales que hubiere. Al Perú la institución llegó a través de la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805) durante el Virreynato.

Más adelante se justificó su regulación porque “contribuye a la unidad de los esposos, no contraría los derechos de la mujer y, por el contrario, convoca a ambos el mismo interés solidario en las actividades económicas de la familia”. El mismo Echecopar agrega que “sin duda alguna la intención de los que se unen en matrimonio es constituir una comunidad moral y material y desde este punto de vista la presunción legal de la sociedad de gananciales es inherente a la índole misma de la institución del matrimonio⁽³⁸⁾”. Por ahí va la llamada doctrina.

Interesa más a nuestro trabajo la razón que da Cornejo Chávez, para quien un régimen convencional “podría traer el inconveniente de introducir incertidumbres en las relaciones con terceros si para contratar con una persona casada tuvieran éstos que averiguar previamente a qué régimen están acogidos aquéllos, o si, para obviar esta comprobación, se estableciera que para terceros se presumirá la vigencia de un determinado régimen, de modo que el elegido tuviera valor sólo entre los cónyuges; amén de que la propia administración de justicia podría complicarse si el juez tuviera que pronunciarse en cada caso según

las normas de un régimen diferente⁽³⁹⁾”.

Augusto César Belluscio dice que las ventajas de la comunidad de gestión conjunta, asimilable en gran medida al régimen peruano en tanto así asume deudas la sociedad de gananciales, son:

a) virtud simplificadora, pues supone la distinción entre bienes comunes ordinarios y reservados, a la par que elimina la diferenciación entre actos de administración y de disposición;

b) hace inútiles ciertas precauciones necesarias para prevenir el fraude entre cónyuges, ya que si uno solo obra en exceso de sus poderes, se puede obtener la anulación del acto;

c) todo acto de gestión de los bienes comunes que no sea meramente comunitario supone la obligación solidaria de ambos esposos, por lo que se elimina dificultades en cuanto al pasivo común; y

d) refuerza considerablemente el crédito de los cónyuges, ya que los terceros pueden contratar con ellos con la seguridad de que en todos los casos ambos responden solidariamente⁽⁴⁰⁾.

El mismo autor, sin embargo, reconoce el inconveniente de que este sistema hace excesivamente pesado el funcionamiento del régimen matrimonial, ya que requiere el concurso de la voluntad de los dos esposos para todo acto jurídico patrimonial⁽⁴¹⁾.

En una conversación sostenida al respecto, el profesor Bullard nos comentó que, a su juicio, la sociedad de gananciales se justifica porque reduce costos de transacción. Esto es, evita que para definir a quién deben pertenecer los bienes que se adquieran en el futuro se deba celebrar antes un contrato marco o, en todo caso, que se tenga que especificar expresamente la propiedad de un bien cada vez que ingresa por intermedio de uno de los cónyuges.

Asimismo, en el supuesto que existan mecanismos de publicidad seguros y baratos, rebaja costos de transacción a los acreedores que busquen celebrar contratos con uno de los cónyuges. Bajo estas condiciones el acreedor puede exigir que el otro cónyuge también participe en el contrato, evitando así

(37) Hamurabi fue un monarca de la primera dinastía Babilónica que reinó entre los años 2,125 a 2,081 a.C. El Código fue descubierto por Morgan en Susa, una ciudad en el Elam (Mesopotamia). Cfr. ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Régimen legal de bienes en el matrimonio*. Lima, 1952. p.19.

(38) *Ibid.*; pp.19-22.

(39) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Op.cit.*; Tomo I. p.284.

(40) BELLUSCIO, Augusto César. *La comunidad de gestión conjunta*. En: *Estudios de Derecho Civil*. Buenos Aires: Universidad, 1980. p.174.

(41) *Ibid.*; pp.174-175.

tener que averiguar la propiedad de cada bien de los cónyuges para constituir una garantía específica sobre alguno a fin de respaldar la deuda. En otras palabras, la existencia de un eficiente mecanismo de publicidad de los matrimonios constituidos bajo el régimen de sociedad de gananciales, permite a los acreedores que les baste una garantía genérica efectiva sobre todos los bienes para celebrar el contrato.

Las consecuencias del régimen de gananciales respecto del acceso al crédito bancario ya las explicamos en el capítulo 3 del presente trabajo. Sin duda, desde una rigurosidad metodológica, lo mejor no es empezar por explicar las consecuencias. Si lo hicimos así fue por una cuestión de interés. Tal vez si empezábamos explicando la situación del régimen de la sociedad de gananciales desde el punto de vista jurídico, pocos se hubieran visto atraídos por terminar de leer este trabajo.

Nuestros reparos contra la regulación de los gananciales no son muchos. Sin embargo no queríamos dejar de anotar que su existencia en nuestro ordenamiento se debe a consideraciones históricas, morales y religiosas. Esto llevó a que la ficción se regule de manera que ni siquiera se consideró que sobre los gananciales se tiene un derecho de copropiedad sino uno de liquidación, a la manera de una sociedad anónima, por decirlo de algún modo. Ahí el problema. Para ejecutar la parte correspondiente a un cónyuge no se rematan los derechos sobre un bien determinado (la alícuota). Hay que esperar a liquidar la sociedad y esto complica más el cobro para el acreedor.

La situación actual nos parece económicamente ineficiente porque trae como consecuencia el aumento del costo del crédito y la reducción de la oferta del crédito bancario; injusta, porque un acreedor se ve impedido de cobrar pudiendo hacerlo y; absurda porque, en la realidad, el deudor sí tiene bienes pero el acreedor no puede dirigirse directamente contra ellos porque el Derecho dice que en ese momento no son propiedad del deudor, sino de una ficción llamada sociedad de gananciales. Propio, diríamos, de Vladimir y Estragón esperando a Godot⁽⁴²⁾.

5. HACIA UNA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA.

5.1. Mecanismos actuales.

La tendencia de regular mecanismos que faciliten a los bancos la recuperación de sus colocaciones tiene una razón válida. Los bancos realizan sus operaciones activas con el dinero que captan de sus operaciones pasivas. Buena parte de dicha suma proviene del dinero depositado por los ahorristas, de ahí que si el banco no recupera lo que coloca como créditos, la anomalía puede desembocar en la falencia económica de éste y la imposibilidad de devolver a los ahorristas sus depósitos. Claro que para evitar esta situación existen cuentas en el balance que intentan responder por dichas eventualidades. El encaje, las reservas y las provisiones cumplen en líneas generales dicha función.

La lógica de hacer más eficaces los mecanismos de cobro de los bancos ha venido siendo implementada en el Perú con el presente gobierno. La Ley No.26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, ley de bancos), tiene como principio declarativo, entre otros, la atenuación del riesgo para el ahorrista. El artículo 132.6 dispone, por ejemplo, la recuperación en forma expeditiva de los activos de las empresas del sistema financiero.

Una innovación muy cuestionada de la ley de bancos es el artículo 132.7 que otorga mérito ejecutivo a las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas del sistema financiero y de seguros. Como sabemos, los títulos ejecutivos son aquellas categorías de actos que la ley reconoce como necesarios y suficientes para legitimar la demanda con la cual se promueve ejecución⁽⁴³⁾. La rapidez del procedimiento y la limitación del contradictorio hacen del proceso ejecutivo la manera más eficaz de recuperar los créditos. Es por esto que la ley sólo otorga mérito ejecutivo a ciertos documentos o títulos que cumplen insubsanablemente con determinados requisitos. Al respecto, dice Liñán Arana:

“Al causar la ejecución forzada grandes

(42) En 1953 el irlandés Samuel Beckett estrenó en París *Esperando a Godot*, la obra más importante del teatro del absurdo. En ella, Vladimir y Estragón mantienen a lo largo de la puesta en escena un diálogo escalofriantemente cómico, en el que se llega a la angustiada situación límite de dos personas cuya grotesca solidaridad se basa en la vana espera de alguien -o algo- llamado Godot, a quien nadie conoce ni sabe qué es.

(43) LIÑAN ARANA, Luis Alberto. *Algunos aspectos sobre el Proceso Ejecutivo*. En: *Themis-Revista de Derecho*. Lima, No.25, 1993. p.142.

consecuencias sobre el patrimonio del deudor, las legislaciones buscan otorgar la calidad de títulos ejecutivos a pretensiones que traen consigo cierta presunción sobre la existencia de un crédito, esto además porque el proceso debe ser rápido y el órgano jurisdiccional no puede indagar en cada ejecución la legitimidad del derecho, por ésto se subordina a la ejecución de rigurosas condiciones de admisibilidad, los mismos que buscan constituir garantías de la existencia del derecho del acreedor⁽⁴⁴⁾.”

La liquidación del saldo deudor es la expresión de la situación del capital y los intereses de cualquier deuda en una fecha determinada. Si se considera que título ejecutivo es el título convencional originado en la voluntad de las partes, y título de ejecución el que resulta de una declaración judicial, vemos que la referida liquidación del saldo deudor no se ajusta en ambos supuestos. Se critica entonces cómo un documento emitido unilateralmente por el acreedor puede tener las prerrogativas del mérito ejecutivo. La situación no es análoga, por ejemplo, a la del cheque, donde si bien la emisión es unilateral, ésta corre a cargo del deudor. De ahí que la ley determina la presunción de que la declaración del deudor es cierta. ¿Pero se puede hacer lo mismo con una declaración del propio acreedor? Podemos pensar que puede prestarse a arbitrariedades. Pero desde ya las letras giradas a la vista por los bancos tras el cierre de una cuenta corriente son títulos emitidos unilateralmente por el acreedor a los cuales la ley otorga mérito ejecutivo. Ahora, hay que tomar en cuenta que para girar dichas letras a la vista la misma ley fija un procedimiento, cual es el comunicar el estado de cuenta al deudor para que lo observe en un plazo de 15 días. Sólo si el cliente no observa el estado de cuenta, el banco está facultado para girar la letra a la vista (artículo 228 de la ley de bancos).

Las liquidaciones del saldo deudor del artículo 132.7 de la misma ley, en cambio, no siguen para su emisión procedimiento alguno que cautele los intereses del usuario. Y si consideramos que el concepto de saldo deudor no es exclusivo de las cuentas corrientes, dicho mecanismo puede servir para cobrar en la vía ejecutiva cualquier deuda como, por ejemplo, pagarés perjudicados, cuotas impagas de un *leasing* no

celebrado por escritura pública⁽⁴⁵⁾, cartas fianzas o cualquier otra pretensión que no derive de un título valor o una cuenta corriente.

Lo más criticable de este sistema tal vez sea la dificultad en la cuestión probatoria cuando se necesite contradecir el mandato ejecutivo. Imaginemos que X no tiene relación alguna con el Banco Z, pero un funcionario de este banco, vaya uno a saber el motivo, emite la liquidación del saldo deudor de una deuda inexistente. Para que declaren fundada la pretensión del banco, como si se tratara de una letra a la vista, basta el ofrecimiento como medio probatorio de la referida liquidación. ¿Qué puede hacer X para probar que no tiene relación contractual alguna con el Banco Z? ¿Cómo prueba algo que no existe? El CPC sólo admite como medios probatorios en una ejecución de obligación de dar suma de dinero la declaración de parte, la pericia y los documentos (artículo 700). No se puede lograr mucho con las dos primeras formas. A lo más se puede ofrecer como medio probatorio la exhibición por parte del banco de cualquier documento donde conste la voluntad del supuesto deudor de celebrar un contrato o mantener una relación contractual con el banco. No más. A nuestro juicio, esto es lo único que se puede intentar para que declaren fundada la contradicción ante una pretensión que es posible formular de manera tan malévola.

Una manera de atenuar este peligro es reglamentando el artículo 132.7 de la ley de bancos. La opción sería mantener el mérito ejecutivo de las liquidaciones del saldo deudor, pero exigir adicionalmente que se acompañe cualquier documento que acredite que el supuesto deudor tiene una relación contractual con el banco, como la solicitud de crédito, el documento donde consta el contrato de cuenta corriente, etc.

Otros mecanismos que la ley establece para facilitar la recuperación de las colocaciones es que los bienes dados en garantía en favor de los bancos, respalden todas las deudas directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ellos por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo pacto en contrario (artículo 172). Al respecto, el artículo 175 de la ley establece una serie de causales

(44) Loc.cit.

(45) Recordemos que las prestaciones incumplidas en un arrendamiento financiero pueden ejecutarse en la vía ejecutiva siempre que el contrato se haya celebrado por escritura pública (artículo 10 del D.Leg. No.299). Caso contrario, la ejecución se sigue en la vía de conocimiento como la de un contrato cualquiera.

para vender los bienes gravados⁽⁴⁶⁾, las mismas que son adicionales a las del derecho civil. Así, por ejemplo, el artículo 175.1 dispone que la venta procede si el deudor dejara de pagar una o más cuotas en los plazos establecidos. Esta disposición es más flexible que la norma genérica del artículo 1323 del Código Civil, la cual establece que el incumplimiento de tres cuotas concede al acreedor el derecho a exigir el pago del saldo.

La norma que salva en parte el problema de trabar medidas cautelares sobre los bienes de la sociedad de gananciales, es el artículo 227 de la ley de bancos que establece la presunción de pleno derecho del consentimiento del cónyuge en la apertura de una cuenta corriente por persona natural. No obstante salva las consecuencias económicas explicadas en el capítulo 3 del presente trabajo, la norma nos parece criticable por las siguientes razones:

a) Es una clara violación a la autonomía de la voluntad, pues introduce un tercero a la relación contractual en la misma posición que el deudor original. Lo grave está en que obliga a una persona a cumplir una prestación sin que ésta haya prestado su consentimiento.

b) La expresión de pleno derecho puede llevar a que se asuma que la presunción es *iure et de iure* y no *iuris tantum*. Resulta obvio que si el cónyuge se opone a la apertura de la cuenta corriente, no tiene por qué verse obligado a cumplir prestación alguna ni responder, en caso de incumplimiento del cónyuge, con sus bienes propios y su parte en la sociedad de gananciales.

c) No establece un plazo para que el cónyuge comunique al banco su oposición a formar parte del contrato de cuenta corriente. Ni siquiera dispone que la apertura debe ser comunicada al cónyuge, así que éste suele verse obligado sin siquiera conocer la existencia de ese contrato, la existencia de la presunción

ni la oportunidad para comunicar su oposición.

d) La presunción origina que los bienes propios del cónyuge que no celebró el contrato respondan por el saldo deudor, así los débitos no hayan favorecido a la familia ni los sobregiros destinados a pagar cargos de la sociedad. El cónyuge puede sobregirar la cuenta corriente y disponer del dinero en gastos que no favorecen a la familia; entonces por dicha deuda también responden los bienes propios del cónyuge y sus derechos sobre los gananciales. Esta conclusión afecta largamente la protección al cónyuge no deudor prevista en el artículo 308 del Código Civil.

Por último, la referida presunción sólo se da respecto de la apertura de cuentas corrientes. Si bien los bancos cuando otorgan un préstamo ahora suelen abrir cuentas corrientes para que por ese medio se realicen los pagos, no toda operación de crédito sigue ese camino. Esto se utiliza mayormente en banca personal o de consumo, pero en menor medida en banca empresarial⁽⁴⁷⁾ que es donde se transan los montos más altos.

Cuando no hay cuenta corriente de por medio, ante un incumplimiento el acreedor sólo puede dirigirse contra el deudor según lo dispuesto por el artículo 308 del Código Civil. Puede trabar medidas cautelares contra los bienes propios y los derechos que sobre los gananciales tenga el cónyuge deudor. Los bienes propios pueden llevarse a ejecución forzada, no así los derechos sobre gananciales. Las medidas cautelares trabadas sobre estos derechos se pueden ejecutar recién a partir del feneamiento de la sociedad de gananciales. Sin embargo, el Código Civil no establece como causal de feneamiento la inexistencia de bienes propios que respondan por la deuda personal de un cónyuge⁽⁴⁸⁾. El acreedor, entonces, tendrá que esperar quién sabe hasta cuándo para ejecutar la sentencia.

(46) Nosotros entendemos que esta venta se realiza a través del proceso de ejecución de garantías, de conformidad con el artículo 720 del CPC.

(47) En banca empresarial, la situación de ventaja estratégica a favor del usuario, el banco la maneja de distintas maneras. Puede utilizar garantías reales genéricas, la fianza de algún accionista o director, o puede basarse simplemente en la buena fe mercantil y no adoptar garantía alguna.

El segundo supuesto, muy utilizado en los pagarés, se da generalmente sin la participación del cónyuge del fiador. En la ejecución judicial nos encontramos, entonces, con la tratada imposibilidad de cobro. Cfr. supra. 3.2.

(48) Artículo 318.- Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

- 1.- Por invalidación del matrimonio.
- 2.- Por separación de cuerpos.
- 3.- Por divorcio.
- 4.- Por declaración de ausencia.
- 5.- Por muerte de uno de los cónyuges.
- 6.- Por cambio de régimen patrimonial.

5.2. Hacia una modificación del Código Civil.

Como están las leyes en el Perú, cuando nos encontramos ante una cuenta corriente donde el cónyuge comunicó su oposición a ser parte en la relación contractual, el acreedor bancario debe dirigirse contra los bienes propios del cónyuge deudor⁽⁴⁹⁾. Trabar medidas cautelares sobre los derechos del deudor en bienes de la sociedad de gananciales es inútil, pues para proceder a la ejecución forzada tendría primero que liquidarse la sociedad de gananciales.

Nuestra sugerencia de modificación normativa para corregir esta situación parte de dos supuestos:

5.2.1. La obligatoriedad de inscribir los matrimonios civiles en el registro personal.

Actualmente se presume *iure et de iure* que todos tienen conocimiento del contenido de lo inscrito en los registros públicos. La razón de ser de esta presunción es que todos tienen la posibilidad de acceder a la información contenida en registros. Si se dispone la obligatoriedad de inscribir los matrimonios civiles en el registro personal, el banco al evaluar si otorga o no el crédito se verá obligado a sacar la ficha registral del cliente. Si está casado, entonces se incentiva a exigir que el contrato también lo celebre el cónyuge. De no proceder de esta manera, entonces, ante un caso de incumplimiento el acreedor no podrá dirigirse contra los bienes del cónyuge que no celebró el contrato. Lo contrario sería incentivar la negligencia del banco.

De alguna manera, esta situación se tiene que alcanzar una vez que se implemente el Registro del Estado Civil. La Ley de creación del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), Ley No. 26497,

dispone en su artículo 44.b, que será obligatoria la inscripción de los matrimonios. Este registro, según la ley, será de acceso libre y su información pública. Sin embargo, la dificultad del trabajo y los recurrentes problemas presupuestarios inciden en que este sistema centralizado no se vaya a implementar todavía por tiempo considerable.

Ahora, si la búsqueda en este registro personal arroja que el cliente no está casado, entonces no se exige firma de cónyuge alguno. Pero si después de un incumplimiento el banco descubre que a la celebración del contrato el deudor estaba realmente casado, entonces procede en la forma descrita en los siguientes párrafos.

5.2.2. Cuando las deudas se han contraído en beneficio de la familia.

La realidad nos demuestra que normalmente las deudas personales de un cónyuge redundan en beneficio de la familia. Son pocos los casos donde un cónyuge destina el dinero a fines que no repercuten de manera directa o indirecta en el ámbito familiar. En ese sentido, debe quedar claro que deudas en beneficio de la familia no son lo mismo que deudas de cargo de la sociedad. El primero es más amplio que el segundo. Así, por ejemplo, si un cónyuge solicita un crédito para ser destinado a instalar un negocio, es claro que este caso no es un cargo de la sociedad pero sí una deuda asumida en beneficio de la familia.

Sugerimos que se establezca la presunción de que en el caso de deudas asumidas con instituciones bancarias, éstas se han contraído en provecho de la familia. En el proceso judicial se invierte entonces la carga de la prueba y corresponde al deudor o a su cónyuge probar que la deuda no se contrajo en provecho de la familia⁽⁵⁰⁾.

(49) En el derecho español, por ejemplo, cuando estamos frente a deudas personales responden los bienes gananciales sólo en los siguientes casos: a) cuando el acreedor está provisto de título ejecutivo (¿?); b) cuando son insuficientes los bienes propios del cónyuge deudor; aquí la carga de la prueba corresponde al deudor; c) cuando se embarga bienes gananciales concretos y se notifica al cónyuge del deudor (¿?) y; d) cuando el cónyuge del deudor consiente la traba sobre los bienes gananciales.

De todos los casos descritos, sólo el supuesto d) nos parece válido. No obstante ¿existen cónyuges que acepten que sus bienes respondan por deudas que no son suyas, cuando tienen la posibilidad de oponerse al embargo? A nuestro juicio, lo mismo que nada. Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis. *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Madrid: Civitas, 1995. 198p. Este trabajo se limita a un análisis de las posibilidades de cobro actuales según la legislación española.

(50) Aquí surge la interrogante sobre la legitimidad para obrar pasiva. Como sabemos, la *legitimatío ad causam* es la adecuación correcta de los sujetos que conforman la relación jurídica sustancial a la relación jurídica procesal.

En el presente caso, el demandante sería el banco y el demandado el cónyuge que contrajo la deuda, porque ellos celebraron el contrato de crédito del que se origina el conflicto de intereses. ¿Es correcto que el cónyuge que no celebró el contrato no participe en el proceso, pero vea afectado su patrimonio por medidas cautelares? Nos parece que no.

Una primera idea sería que se cite con la demanda al cónyuge no deudor, a fin de que tenga la posibilidad de probar que la deuda no se contrajo en beneficio de la familia. Por ejemplo, puede ser que el cónyuge deudor no viva con la familia y tenga a ésta en abandono, lo cual es un claro indicador de que el crédito no pudo beneficiar a la familia.

Si no se citara con la demanda al cónyuge no deudor, entonces no podrían trabarse medidas cautelares sobre sus bienes propios o sus derechos en la sociedad de gananciales. Al no citarlo se estaría mermando su patrimonio a la par que se le niega el derecho de defensa en tanto oportunidad para que destruya o no la presunción.

Si no se prueba una situación contraria a la establecida en la presunción, el banco puede dirigirse contra:

- a) los bienes propios del cónyuge deudor,
- b) los bienes que conforman los gananciales de ambos cónyuges y,
- c) los bienes propios del cónyuge no deudor.

En otras palabras, el banco podría cobrarse con todos los bienes, propios y por gananciales, de ambos cónyuges. Este supuesto puede parecer exagerado. Sin embargo ya está previsto en el actual artículo 308 del Código Civil.

El cambio, entonces, estaría en presumir que toda deuda personal se contrajo en provecho de la familia, permitir que el banco se dirija contra los bienes de ambos cónyuges e invertir la carga de la prueba para que sea el demandado o su cónyuge quien acredite que la deuda no se contrajo en provecho de la familia. Sólo de probarse tal condición se levantarían las medidas cautelares trabadas sobre los bienes del cónyuge no deudor.

5.2.3. Cuando las deudas no se han contraído en beneficio de la familia.

Cuando en el proceso se probó que la deuda no se contrajo en beneficio de la familia, se levantan las medidas cautelares trabadas sobre los bienes del cónyuge no deudor. Sólo entonces aquí responden los bienes propios del deudor, así como los derechos que le corresponden por gananciales. En éste último caso, debe permitirse que el acreedor solicite el fenecimiento de la sociedad de gananciales a fin de que ésta se liquide y pueda ejecutarse las medidas cautelares trabadas sobre los derechos en gananciales.

Incluso más práctica es la posibilidad de presumir que la liquidación arroja un 50% por cónyuge y surja un régimen de copropiedad sobre el bien gravado. Así puede rematarse la alícuota y solicitarse la división y partición del bien.

5.2.4. La presunción de que toda deuda personal se contrae en beneficio de la familia sólo debe aplicarse cuando el acreedor es un banco.

Quien desarrolla actividades económicamente eficientes suele ser aquel que utiliza la información de

manera inteligente⁽⁵¹⁾. El Estado no debe fomentar actividades económicamente eficientes corrigiendo los malos resultados alcanzados por aquellos que, contando con la información suficiente, la utilizan de manera inadecuada. La función del Estado, en ese sentido, es conseguir que todos se encuentren en igual oportunidad de acceder a información suficiente para desenvolverse en cualquier actividad. Los resultados alcanzados por el manejo de dicha información ya son responsabilidad de cada persona. Si el Estado corrigiera todo mal resultado estaría fomentando conductas ineficientes, ya que no existirían incentivos para utilizar la información de manera inteligente. En otras palabras, nadie se va a esforzar por comportarse de manera que maximice su información, ya que si no lo hace el Estado va a corregir los malos resultados obtenidos por su conducta negligente.

La realidad nos demuestra que normalmente las deudas personales de un cónyuge redundan en beneficio de la familia. Son pocos los casos donde un cónyuge destina el dinero a fines que no repercuten de manera directa o indirecta en el ámbito familiar

Con relación a nuestro trabajo, el problema se presenta cuando la información se convierte en un recurso costoso. Ya hemos visto que conocer si alguien está o no casado es muy caro pues no existe un mecanismo centralizado que brinde dicha información. Más allá de que sería bueno que los matrimonios civiles se inscriban en el registro personal, la situación actual acarrea que los bancos otorguen créditos sin tener la posibilidad de conocer el estado civil del deudor de manera fehaciente por los altos costos que dicha búsqueda implica.

En obligaciones asumidas entre personas

(51) Un comportamiento inteligente es aquel que soluciona un problema en el menor tiempo posible. La habilidad para solucionar el problema se relaciona sin embargo con la información que se maneja sobre casos análogos. Los resultados de un comportamiento inteligente, entonces, no se evalúan por la cantidad de información con se cuenta, sino por la manera cómo se maneja la información frente a un caso concreto.

naturales, como en un contrato de mutuo, por ejemplo, la situación no es la misma que la de los bancos. Generalmente en el mutuo las partes tienen una relación previa que los lleva a conocerse mucho mejor de lo que un banco puede conocer a su cliente. Si la negociación con un banco suele ser impersonal y no se sabe del cliente más allá de los documentos presentados, entre personas naturales las partes están en mejor situación para saber si el deudor está o no casado. La relación previa o las referencias brindadas por personas de confianza son la causa de que las personas naturales suelen estar en mejor posibilidad de conocer el estado civil de su contraparte; por lo tanto pueden exigir la participación del cónyuge en la celebración del contrato.

Por la cantidad de operaciones que realiza diariamente un banco, éste no tiene esa relación tan cercana con los primeros usuarios, por lo que les es más caro conseguir información sobre el estado civil de aquellos. Esta desigualdad natural en la posibilidad de acceder a dicha información es la razón por la cual la presunción de que las deudas personales se contraen en beneficio de la familia, no debe alcanzar a las operaciones realizadas entre personas naturales. Lo contrario puede prestarse al abuso de usureros y prestamistas. Éstos, al aprovecharse normalmente del estado de necesidad de algunas personas o del grado de desinformación de otras, así como por el hecho de no estar controlados por la Superintendencia de Banca y Seguros, no deben tener el mismo trato que los bancos y empresas del sistema financiero.

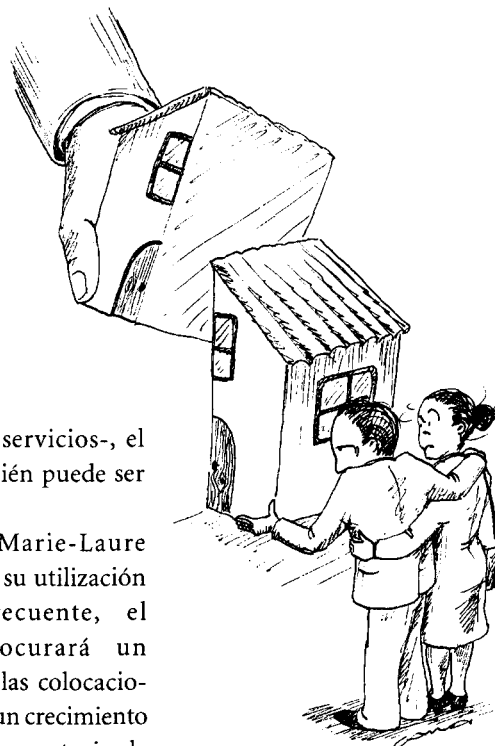
6. LOS BANCOS: ¿COCODRILOS O ELEFANTES?

El crédito es un factor importante del desarrollo económico. La consecuencia es la aceleración de la circulación de bienes y el desarrollo de las inversiones. Pero si permite el desarrollo de un país, de una rama de actividad o de una empresa -su reducción voluntaria u obligatoria acarrea la disminución de la producción

de bienes y servicios-, el crédito también puede ser nefasto⁽⁵²⁾.

Según Marie-Laure Bermond “si su utilización deviene frecuente, el crédito procurará un aumento de las colocaciones, es decir, un crecimiento de la masa monetaria; la variación de ésta última, susceptible de acarrear un desequilibrio entre la oferta y la demanda global de bienes y servicios, genera el riesgo de provocar crisis inflacionarias. Y este peligro de inflación será incluso más importante si el crédito financia la emisión de una capacidad de compra que no encontrará su contraparte inmediata en la producción de bienes de consumo⁽⁵³⁾”.

El riesgo inflacionario expresado por Bermond es cierto. Pero según algunos economistas el aumento del consumo no necesariamente genera inflación. El ciclo, según Jorge Fernández-Baca, director del Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, es mayor consumo, mayor producción, mayor inversión y por tanto mayor actividad económica⁽⁵⁴⁾. En situaciones como la peruana el aumento del crédito bancario es necesario. El mismo Fernández-Baca, por ejemplo, sugiere bajar el encaje a los depósitos en



(52) BERMOND, Marie-Laure. Op.cit.; p.1.

(53) Nota del autor: en el original “Si son utilisation devient trop frequente, le crédit provoquera une augmentation des dépôts, c’est-à-dire un accroissement de la masse monétaire; la variation de cette dernière, susceptible d’entraîner un déséquilibre entre l’offre et la demande globale de biens et de services, risque de provoquer des crises inflationnistes. Et ce danger d’inflation sera encore plus important si le crédit finance des investissements, c’est-à-dire s’il a pour objet l’émission d’un pouvoir d’achat qui ne trouvera pas sa contrepartie quasi-immédiate dans la production de biens de consommation”. Cfr. Ibid.; p.2. La traducción libre corresponde al autor.

(54) Entrevista a Jorge Fernández-Baca. En: *El Comercio*. Lima, 9 de marzo de 1997. p.E6.

dólares de los bancos del 45%, porcentaje fijado por el Banco Central de la Reserva, al 9% que es el nivel en soles. Con un encaje alto en dólares lo único que se logra es restringir la oferta de créditos. Si el encaje fuera menor, la oferta aumentaría y la tasa de interés en dólares bajaría. Incluso podría empujar a que baje la tasa de interés en soles. Eso tendría un efecto reactivador importante en la economía⁽⁵⁵⁾.

Obviamente, las propuestas para aumentar los créditos las manejan mejor los economistas que los abogados. Pero el Derecho no es ajeno a este problema, de ahí que pensemos que la regulación actual del régimen de la sociedad de gananciales, por ejemplo, sea una razón de las tantas por las cuales no se maximiza el funcionamiento del mercado del crédito en el Perú.

La idea es ser duros con el deudor moroso, pues de lo contrario, como hemos visto sucede actualmente, se termina perjudicando al resto de los usuarios ante el aumento de los intereses y la reducción de la oferta de créditos. En otras palabras, buscamos que justos no paguen por pecadores.

Cuando proponemos optar por la presunción de que las deudas personales de un cónyuge con los

bancos se contraen en provecho de la familia, no nos convertimos en portavoces de los intereses de los bancos, agentes económicos vistos por la población como cocodrilos por la supuesta voracidad con que realizan sus operaciones. Tal vez esta percepción se deba más a la infame conducta de muchos abogados en los procesos judiciales de recuperación de créditos, que a la política integral de los propios bancos.

Sin perjuicio de corregir y sancionar los excesos que se están cometiendo en el crédito de consumo, los bancos, antes que cocodrilos, no son sino voluminosos elefantes, vastas organizaciones con altos costos administrativos cuyo tamaño los puede poner en determinados supuestos de desventaja para acceder a cierta información. Como estos elefantes, que le vamos a hacer, son probadamente necesarios, a veces habrá que empujarlos para que cumplan una función básica en toda economía social de mercado: ser el medio por el cual se canaliza el crédito como un presupuesto del desarrollo económico.

La disfunción de los elefantes, entonces, termina limitando el acceso al crédito a cualquier ciudadano. Esa no es la idea. ☞