

GARANTÍAS DEL CRÉDITO BANCARIO: ¿SÁBANA O PAÑUELO?

Martín Mejorada C.*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

¿Qué es la garantía Sábana? ¿Cuáles son sus características y propósitos? ¿Existe realmente un problema al garantizar una deuda con una cobertura amplia y global? ¿Por qué se afirma que la Garantía Sábana es parte de un régimen de protección del sistema financiero?

En las páginas que siguen, el autor responde a las preguntas enunciadas, explicando las características principales de esta garantía comprensiva y analizando críticamente los efectos de las recientes modificaciones introducidas por el legislador, las cuales, en su opinión, marcan la defunción de este tipo de garantía y dan nacimiento a una nueva categoría: la Garantía Pañuelo.

Hace 13 años fui Director de THEMIS-Revista de Derecho. En esos días sufríamos por las demoras de nuestros proveedores, en particular por los retrasos de la imprenta cuyo propietario solía desaparecer el día fijado para la entrega del número. Pese a la perseverancia del equipo y al asedio que ejercíamos, siempre había pequeñas demoras imputables al escurririzo deudor. No teníamos garantías. Nuestra preocupación era cumplir con las empresas que anunciaban en la Revista, con los suscriptores y con la Facultad de Derecho que nos alojaba física y espiritualmente. Estaba en juego nuestra palabra y el prestigio de la Institución. Ciertamente temíamos fallar. Las personas que confiaban en nosotros, acreedores y patrocinadores, no nos pedían ninguna garantía. Confiaban en los chicos de la Universidad Católica que producían y editaban una revista de Derecho. Creían en nosotros, como creen hoy en los jóvenes que publican estas líneas, como creían hace 40 años que comenzó THEMIS.

La confianza en THEMIS fue y es una cuestión institucional. Sin embargo, no siempre las relaciones operan institucionalmente o no siempre las instituciones generan confianza. Por ello son necesarias las garantías. Me ocuparé de una modalidad de garantía que estuvo en nuestro sistema jurídico desde 1931 y que se conoció como "Garantía Sábana". También conocida como "Garantía Global" o "Garantía de Máximo"¹, más que una modalidad de garantía es un sistema de cobertura regulado como fórmula típica, casi siempre vinculada a operaciones del sistema financiero. A través de esta garantía quedan comprendidas en la prenda o hipoteca constituidas, a favor de una empresa del sistema financiero, todas las obligaciones que se tuvieron con ella, sin tener que identificar el detalle de cada obligación garantizada. El adjetivo "Sábana" revela su cobertura singular, por encima de la que exhiben las garantías de operaciones ordinarias.

Pues bien, cierta campaña política y mediática logró en marzo de 2002 convertir a la "Sábana" en un costoso "Pañuelo". Ante el aplauso de morosos y periodistas redentores, surgió una nueva cobertura para la garantía bancaria a la que llamaré sarcásticamente "Pañuelo". Menos comprensiva, pretende resolver situaciones de supuesta injusticia, obligando a hacer expreso lo que antes era regla legal (la cobertura de la garantía), y recortando la libertad de los terceros que desean garantizar deudas ajenas (los terceros ya no pueden asegurar cualquier obligación ajena).

La cobertura "Pañuelo" ni siquiera está al nivel instrumental del siempre útil moquero, de ahí que la referencia al "Pañuelo" sólo sea para contrastar en dimensiones a la "Sábana", no para ofender al noble receptor de lágrimas y otras sustancias.

I. LA GARANTÍA SÁBANA

La primera parte del artículo 172 de la Ley 26702 (Ley de las Entidades del Sistema Financiero y de Seguros) describe la cobertura de las garantías a favor de las empresas del sistema financiero. Antes de las modificaciones introducidas por las Leyes 27682 y 27851 contábamos con una verdadera Garantía Sábana. Después de los cambios surgió la cobertura "Pañuelo".

El texto original de la primera parte del artículo 172 (Garantía Sábana) era el siguiente:

"Con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario".

El primer cambio fue introducido por la Ley 27682 del 9 de marzo de 2002 (origen de la cobertura "Pañuelo"), con el siguiente texto:

"Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, solo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario". Subrayado agregado.

Con la Ley 27851 vino el segundo cambio, sólo siete meses después de la primera modificación. Este es el texto actual del artículo 172 de la Ley 26702 (se mantiene la cobertura "Pañuelo"):

"Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato.

Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta del deudor, éstas solo respaldan las deudas y

¹ Las denominaciones y características de detalle varían según la legislación, de manera que los comparatistas no se angustien por hallar diferencias no reveladas en esta mención entre la Sábana, la Global y la de Máximo, porque sin duda las hay, pero en esencia son lo mismo.

obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía”.

La Garantía Sábana no apareció por primera vez en la Ley 26702. Sus antecedentes se remontan a 1931. Diversas normas se han ocupado de ella². Del recorrido normativo se aprecia que la legislación nacional siempre dotó de Garantía Sábana a las entidades del sistema financiero, atendiendo a la evidente importancia de la recuperación crediticia en el financiamiento institucional. La idea ha sido que los bancos gocen de mecanismos expeditivos para asegurar la recuperación de sus créditos. El sistema financiero está integrado por las diversas entidades que operan recibiendo depósitos del público y concediendo créditos con cargo a dichos depósitos. Aunque no todas las entidades del sistema captan ahorros, la mayor parte sí lo hace y por tanto la circulación de dinero a través del crédito importa no sólo un riesgo para los banqueros sino también para el público. Además, la masa dineraria en circulación institucional (préstamos bancarios) es mucho mayor que la que se presenta en otros sectores (crédito directo entre proveedores y consumidores). Por ello el riesgo del crédito bancario es el riesgo de la economía en su conjunto.

El sistema financiero preocupa legítimamente al Estado en su propósito de alcanzar el bienestar económico del país. Esta preocupación tiene consagración constitucional. Tanto la Constitución de 1933 (artículo 13), la de 1979 (artículo 154), como la de 1993 (artículo 87) consagran normas expresas sobre la importancia del sistema financiero. Esta última señala: “El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y alcances de dicha garantía”.

¿En qué sentido la Garantía Sábana es parte de un régimen de protección del sistema financiero? Lo es porque esta cobertura tiene dos características principales: i) está prevista en la ley y rige sin necesidad de que las partes la estipulen expresamente en los contratos de crédito o garantía y ii) hace comprender en la garantía una gama indeterminada de obligaciones, evitándose la reiteración del acto constitutivo.

La Garantía Sábana no es una categoría única o universal (en realidad ningún concepto legal tiene semejante virtud), pero en mi opinión sólo tiene sentido como cobertura especial si cumple las características antes señaladas. De otro modo sería como cualquier

² A continuación la secuencia normativa de la Garantía Sábana, siempre ligada a operaciones del sistema financiero.

Decreto Ley 7159 (Ley de Bancos del 10 de julio de 1931).

“Artículo 169.- Las prendas que se constituyen a favor de un banco, en conformidad con las disposiciones de esta ley, servirán de garantía a todas las deudas y demás obligaciones, directas e indirectas, de cualquier clase, que el dueño de la prenda tenga contraídas al tiempo de constituirla o que contraiga posteriormente a favor del mismo Banco, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido únicamente para garantizar determinadas obligaciones”.

Ley 9811 (Normas sobre el Banco Industrial del Perú del 14 de mayo de 1943).

“Artículo 8.- Las garantías de los créditos otorgados por el Banco respaldan, hasta por el total del crédito original y sus intereses y gastos, los saldos que arrojen las liquidaciones finales que el Banco practique, respecto de todas las operaciones, de cualquier naturaleza, autorizadas por la ley, que haya realizado con el deudor aunque noven o modifiquen el contrato original; y el Banco podrá ejecutar, mediante el embargo y demás procedimientos establecidos por las leyes referentes a sus operaciones, sobre los bienes en que radiquen dichas garantías, sin limitación alguna que provenga de la naturaleza, estado o uso al que estuvieren destinados dichos bienes”.

Decreto Supremo 299-68-HC (Ampliación de los fines del Banco Industrial del Perú del 14 de agosto de 1968).

“Artículo 26.- Para los efectos de los préstamos que el Banco otorga, las garantías mobiliarias e inmobiliarias tendrán el carácter de universales y conmutables en cuanto se refiere a que una misma garantía por un prestatario, en caso de ser suficiente, respaldará todos los créditos otorgados al prestatario. Igualmente, distintas garantías constituidas se aplicarán para respaldar obligaciones diferentes de las que originaron su constitución, sin que en uno u otro caso tenga necesariamente que vincularse la naturaleza de la garantía con el objeto o destino del préstamo”.

Decreto Supremo 298-68-HC (Normas sobre Banco Minero del Perú del 14 de agosto de 1968).

“Artículo 52.- Para los efectos de los préstamos que el Banco otorga, las garantías mobiliarias e inmobiliarias tendrán el carácter de universales y conmutables en cuanto se refiere a que una misma garantía por un prestatario, en caso de ser suficiente, respaldará todos los créditos otorgados al prestatario. Igualmente, distintas garantías constituidas se aplicarán para respaldar obligaciones diferentes de las que originaron su constitución, sin que en uno u otro caso tenga necesariamente que vincularse la naturaleza de la garantía con el objeto o destino del préstamo”.

Decreto Legislativo 202 (Ley Orgánica del Banco Industrial del 12 de junio de 1981).

“Artículo 33.- Las garantías que se constituyan en favor del Banco Industrial del Perú, además de las normas que le sean aplicables según su naturaleza y clase, se rigen por las disposiciones especiales siguientes:

a. Las garantías reales constituidas en caución de un crédito del Banco respaldarán toda otra obligación presente o futura del deudor, salvo pacto expreso en contrario”.

Decreto Legislativo 637 (Ley General de Inversiones Bancarias, Financieras y de Seguro del 25 de abril de 1991).

“Artículo 187.- A menos que exista estipulación en contrario, los bienes dados en prenda o hipoteca en favor de una empresa bancaria o financiera respaldan todas las deudas y obligaciones, directas o indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien lo afecte en garantía”.

Decreto Legislativo 770 (Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros del 30 de octubre de 1993).

“Artículo 175.- Con la excepción prevista en el inciso f) del Artículo 295, a menos que exista estipulación en contrario, los bienes dados en prenda, warrant o hipoteca en favor de una empresa o entidad del Sistema Financiero respaldan todas las deudas y obligaciones, directas o indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien lo afecte en garantía, o por el deudor.

(...)

Artículo 295.- Las letras hipotecarias tienen las siguientes características: f) Deben ser garantizadas con primera hipoteca, la que no es factible hacer extensiva a otras obligaciones a favor del banco emisor”.

cobertura tradicional³. Permítanme pues la pequeña arrogancia de señalar las características de la Garantía Sábana⁴, pero con el compromiso de justificarlas.

i) La Garantía Sábana rige en las relaciones jurídicas sin necesidad de que se incorpore expresamente en los títulos de donde proviene. La ley produce la incorporación automática e ingresa a la relación como una condición más, salvo que las partes excluyan la cobertura especial. Es decir, es una norma supletoria de la voluntad. Una norma que se integra a los negocios. Si las partes no dicen nada, rige la cobertura especial.

No se trata de una imposición legal sino de una aplicación supletoria e integrativa. Se entiende que las personas conocen las normas que se aplican a su relación o situación (no se admite prueba en contrario). El rol integrativo de las normas es muy común en el Derecho patrimonial y tiene como función principal reducir los costos de transacción derivados de las negociaciones contractuales. Si las partes en un negocio tuvieran que discutir y concordar todos los detalles de su relación los costos se elevarían demasiado, distorsionando la eficiencia del resultado que se espera o impidiendo eventualmente la satisfacción de los intereses en juego. Un régimen de normas que se integran a la relación implica la sustitución de la voluntad expresa, por reglas que según el legislador conducen a resultados satisfactorios para los directamente involucrados y para la sociedad.

Por ello el Código Civil está plagado de normas supletorias de la voluntad. Casi todas las normas sobre contratos nominados describen supuestos que las partes podrían cambiar si se ponen de acuerdo. Estas normas rigen ante el silencio o si las partes no expresan algo distinto. Así tenemos: el lugar de entrega de los bienes en la compraventa (artículo 1553), el volumen y periodicidad del suministro (artículo 1606), el régimen de la donación conjunta (artículo 1630), la oportunidad de entrega del mutuo (artículo 1653), la periodicidad de la renta en el arrendamiento (artículo 1676), el lugar de devolución de los bienes del comodato (artículo 1744), etc. En la regulación de garantías del Código Civil también existen normas que se integran a la relación, por ejemplo la prenda tácita (artículo 1063) y la cobertura de la hipoteca (artículo 1107).

La supletoriedad que cumplen las normas no distingue en la importancia del aspecto negocial que se suplirá.

Vemos así que en la compraventa la norma cumple función supletoria incluso cuando se ocupa del precio del bien, que es un elemento esencial de ese contrato (artículo 1547 del Código Civil), y en las garantías la norma cumple dicho rol nada menos que en la conformación del título constitutivo (prenda e hipotecas legales), es decir en el origen del derecho.

La Garantía Sábana tiene función supletoria. Las partes conocen su existencia normativa y sin tener que decidir expresamente sobre ella, la cobertura se integra a la relación de garantía. Si existe interés en estipular una cobertura distinta, las partes se pueden poner de acuerdo. Si no existe acuerdo, rige la Garantía Sábana.

Se podría decir que la cobertura de una garantía es una condición demasiado importante para que se incorpore a la relación por vía supletoria, sin embargo hemos mostrado que la supletoriedad normativa no distingue en la trascendencia de los elementos. Es decir, nuestro sistema jurídico admite que la ley supla la voluntad aun respecto de elementos centrales de una relación patrimonial, por tanto la característica que comentamos no debería tener oponentes. Lo importante es evaluar los costos que se generarían o los beneficios que se dejarían de obtener si se dejara librado el tema de la cobertura a un inevitable y expreso acuerdo de las partes.

ii) La Garantía Sábana comprende una gama indeterminada de obligaciones evitándose la reiteración del acto constitutivo.

La cobertura de la garantía es la esencia de esta modalidad. Es una herramienta fundamental para reducir costos en las operaciones de financiamiento. En lugar de señalar en cada constitución de garantía una obligación concreta y determinada a garantizar, se indica de modo general un conjunto indeterminado de obligaciones entre partes claramente identificadas. No se trata de decir simplemente: "se garantizan obligaciones", sino "se garantizan todas las obligaciones pasadas, presentes y futuras, que se den entre las partes".

Todas las obligaciones, o las que señalen las partes (se puede limitar la Sábana, por ejemplo, a las obligaciones del pasado o a las del futuro o a las contraídas en cierto periodo de tiempo, en fin), quedan comprendidas en un solo acto constitutivo. Claro, si la limitación convencional llega al punto de identificar sólo ciertas obligaciones expresamente señaladas ya no estaríamos

³ No se trata de desdeñar lo tradicional, pero veremos que algunas categorías clásicas resultan insuficientes para atender las necesidades del crédito institucional e incluso del crédito en general.

⁴ Hablar de "Garantía Sábana" es referirse a una categoría que naturalmente no goza de universalidad (como ninguna en Derecho patrimonial), de modo que lo dicho aquí no pretende construir una categoría, sino simplemente describir lo que nuestra legislación y algunas de otros sistemas han conocido como "Garantía Sábana".

ante una Garantía Sábana. Si ésta es la decisión de las partes, bien. En cambio, si viene de una prescripción legal resulta sumamente cuestionable, tal como veremos más adelante.

El ahorro de costos es evidente. Si el cliente mantiene diversas operaciones con el banco, de las cuales surgen o podrían surgir varias obligaciones, esta modalidad permite que todas ellas estén cubiertas por la misma garantía, sin necesidad de pasar cada vez por el proceso constitutivo de una garantía. No sólo estamos hablando de los costos de la escritura pública y de las tasas por el registro del gravamen, sino de los costos de investigación sobre el estado jurídico del bien (estudio de títulos). Cada vez que se pretende adquirir un derecho real, el potencial adquirente tiene que pasar por un estudio especializado que determine la situación legal del bien, y así estar seguro que adquirirá el derecho pretendido en condiciones satisfactorias. No sólo se trata de verificar que el bien corresponda a quien constituirá la garantía (presupuesto básico para la adquisición de todo derecho real), sino también de establecer su valor real sobre la base de los gravámenes y cargas que pudiera soportar (por ejemplo, otras garantías o derechos reales en general, como usufructos, superficies, servidumbres, etc.). Si este proceso se debe realizar cada vez que se constituye una garantía, por cada obligación que surge entre las partes, ciertamente estamos ante una operación costosa. ¿Quién asume estos costos? Los costos son trasladados a los deudores, quienes a su vez los trasladan al valor de los bienes o servicios que colocan en el mercado.

Fuera de lo señalado, el tiempo que se destina a los procesos constitutivos de garantías es un costo adicional que perturba el tráfico comercial y el flujo de recursos desde los prestadores hacia los prestatarios. Lo que podría realizarse a través de un par de comunicaciones electrónicas o telefónicas; una que pide el desembolso y otra que la acepta (todo lo cual tardaría minutos o a lo sumo horas), se convierte en un proceso complicado de varios días. Los negocios son oportunidades que se dan en el tiempo. Una garantía que debe pasar por procesos complicados y costosos no es una buena herramienta de negocios.

El objetivo es que los negocios se celebren al más bajo costo, y que por ello generen beneficios para las partes y para la sociedad. El problema de los costos en la constitución de garantías se explica en una serie de causas, muchas de las cuales son estructurales y no se presentan en países desarrollados. Por ejemplo, si tuviéramos un sistema de constitución de garantías eficaz (barato, rápido y seguro), no sería un problema serio la constitución individualizada de garantías por cada obligación que surge entre las partes. Es decir, la

Garantía Sábana es una respuesta a las deficiencias del sistema legal peruano. Por ello, cuando se juzga a esta garantía con la herramienta del Derecho Comparado hay que examinar el sistema constitutivo de cada régimen legal. Los sistemas que gozan de mecanismos sencillos y confiables de constitución de derechos reales no tienen Garantía Sábana porque no es necesaria, ciertamente no es el caso del Perú.

II. LOS PROPÓSITOS DE LA GARANTÍA SÁBANA

La Garantía Sábana tiene dos propósitos principales, uno menos discutible que el otro: i) es una fórmula que reduce costos operativos, en beneficio del tráfico y del mercado en su conjunto, tal como vimos y ii) le otorga al acreedor una facilidad operativa para proteger sus créditos, con eventual desmedro de la circulación patrimonial del bien afectado en garantía.

Lo primero es claro. Lo segundo enfrenta a la Garantía Sábana con ciertos valores pro-deudor. Se dice que semejante facilidad a favor del acreedor congela el bien impidiendo su circulación, pues al quedar atrapado en la Sábana nadie más aceptará otra garantía sobre él. Esto significaría la paralización del patrimonio afectado, lo cual además es contrario al mercado.

Es una verdad incontestable que la Garantía Sábana genera un beneficio operativo para el aseguramiento de los créditos. Por ello en el Perú siempre se le reguló como instrumento del sistema financiero. La protección de un crédito es un valor fundamental en modelos constitucionales como el peruano, según el cual los recursos del país son generados por operadores privados sobre la base del respeto de la propiedad y la libertad de negocios. La Constitución Económica señala que en el Perú rige una economía social de mercado que se sustenta en la generación de riqueza por parte de los privados (artículo 58 y siguientes de la Constitución). Para lograr esta meta se establecen dos componentes básicos de libertades económicas, a saber: i) propiedad y ii) libertad de contratos o negocios. Son los dos pilares sobre los que se centra el ordenamiento económico que nos rige. En materia económica el sistema legal debe buscar la efectiva vigencia de las libertades patrimoniales. Naturalmente ninguna de estas libertades es absoluta, la propiedad y los negocios están sometidos a límites. Los límites están previstos en la ley y por supuesto no son arbitrarios: deben observar los principios constitucionales en materia económica. Tales principios señalan que los derechos patrimoniales sólo pueden ser afectados por valores superiores, no para planificar resultados económicos. En las relaciones privadas, donde no se presenta un interés superior de la colectividad, las libertades de propiedad y contratos deben seguir los cauces propios de cada negocio según

las provisiones de las partes. En este marco deben ser interpretadas todas las relaciones privadas. La legislación está sometida a dicho marco jurídico.

Pues bien, ¿qué ocurre con las garantías? Son herramientas para asegurar el cumplimiento de obligaciones. El cumplimiento es parte de la libertad de contratos. De nada serviría que el sistema legal proteja la libertad para estipular prestaciones que luego podrían no cumplirse en la realidad. Por tanto la realización contractual o negocial es un elemento sustancial en el marco de nuestro sistema económico. Las garantías apuntan a la consecución de los objetivos constitucionales en materia económica.

Así, mejorar la cobertura de una garantía haciéndola comprensiva de un cúmulo indeterminado de obligaciones (Garantía Sábana), es una medida a favor del cumplimiento. Si por efecto de estas afectaciones globales los bienes dejan de ser atractivos para otras operaciones de intercambio o de garantía, ello no debería escandalizar a nadie.

La garantía facilita el acceso al crédito, por tanto hay beneficio para quien compromete su patrimonio mediante la concesión de una garantía⁵. Si por una afectación global el titular del bien pierde oportunidades de nueva disposición, habrá sido una buena decisión si el beneficio es superior a las limitaciones surgidas del gravamen. Esto ocurre todo el tiempo cuando una persona dispone de sus bienes en usufructo, superficie, arrendamiento, servidumbre, etc. En todos estos casos la persona se limita (no podrá obtener nuevos provechos mientras se mantengan las afectaciones), pero eso no deslegitima su decisión. ¿Por qué no podría una persona afectar sus bienes en Garantía Sábana y sí hacerlo a título distinto? Desde mi punto de vista no hay razón para distinguir. Más aún, a pesar de las limitaciones temporales que impone la legislación pre-constitucional (Código Civil de 1984) a los actos de disposición de derechos (plazos máximos para el arrendamiento, la superficie, el usufructo, etc.), éstas no llegan a impedir la realización de operaciones que comprenden todo el bien e impiden en los hechos que por cierto tiempo su titular pueda comprenderlos en nuevos negocios, por qué entonces existiría inconveniente para las garantías globales.

Desde el punto de vista legal, la Garantía Sábana se inserta perfectamente en la lógica de nuestro ordenamiento civil sobre cobertura de garantías. Fuera de la regulación financiera, las normas del Código Civil

han admitido desde 1984 que se pueden garantizar obligaciones determinadas y determinables, futuras y eventuales. Es decir, hace 20 años el Código abandonó las posturas tradicionales que veían en las garantías un aseguramiento de obligaciones expresas y actuales. El sistema legal se ajustó a las necesidades del tráfico admitiendo la posibilidad de aseguramientos globales. Si bien esto ocurre con las operaciones comunes y corrientes de garantía, donde las partes tienen que pactar la cobertura expresamente, al hacerlo pueden acoger fórmulas similares a la Garantía Sábana. Es decir, hace mucho que nuestro sistema legal abandonó las categorías tradicionales que veían en la llamada "accesoriedad" (característica central de las garantías reales) un impedimento para estipular fórmulas abiertas de aseguramiento.

En materia patrimonial no se debe ser espiritualista. Dejando siempre a salvo los derechos fundamentales de la persona, las categorías jurídicas patrimoniales están destinadas a cambiar en cuanto sean necesario para atender a las relaciones sociales que son su fin último. Es claro que existen negocios marco de los cuales no se puede anticipar el resultado crediticio que resultará al concluir la relación, pero que definitivamente dan cuenta de una relación que debe ser protegida. Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de suministro (artículo 1604 del Código Civil) y el contrato de cuenta corriente mercantil y bancaria (artículo 563 del Código de Comercio). Se puede decir que la "accesoriedad" ya no está referida a una deuda, sino a una relación jurídica.

De otro lado, la Garantía Sábana no sólo goza de una perfecta justificación legal sino también ética. Ello agrava la distorsión de la que ha sido objeto recientemente y evidencia el despropósito de la norma vigente, la falta de una visión informada, y, por cierto, la indiferencia frente a las necesidades del tráfico comercial. Las garantías son instrumentos legales para respaldar créditos. Es decir su justificación está en la existencia de los créditos que deben ser pagados. No está en discusión que las obligaciones se deben pagar, por el contrario cualquier sistema moral respaldará la necesidad de que los compromisos se cumplan. Es decir, hay una enorme carga ética a favor del pago. ¿Puede alguien negar la entrega de lo prometido, sin incurrir en cuestionamiento ético? Nadie. Por tanto, si con la Garantía Sábana se cobra un crédito, este instrumento adquiere la misma justificación moral que el pago.

Si de algún modo se pudiera cuestionar el nacimiento de las obligaciones o sus condiciones, al punto de

⁵ En la mayoría de casos, los que afectan bienes en garantía tienen una motivación económica (cuando son ellos los deudores o cuando tienen interés en el crédito garantizado), sin embargo no podemos dejar de mencionar que en algunas situaciones quien constituye el gravamen lo hace en consideración a personas (deudores) con quien sólo guardan relación familiar o de amistad. Aun así, la causa del acto constitutivo es atendible como liberalidad que el sistema legal admite.

negarles el respaldo del sistema legal, entonces sus garantías carecerán de sustento como una consecuencia traslativa, pero no por una razón que tenga que ver con la estructura de la garantía. Esto ocurre con las obligaciones que por diversas causas se encuentran viciadas a los ojos de la ley.

¿Puede una garantía incurrir en vicios legales? Por supuesto que sí. Una garantía también puede provenir de agentes incapaces, tener un fin ilícito, contener una voluntad viciada, o sencillamente no expresar la voluntad de los agentes. ¿Pueden estos vicios presentarse sólo en el aspecto referido a la cobertura de la garantía? Esto es más difícil. O la garantía esta viciada en su totalidad por las diversas causas que la ley señala, o no lo está. La cobertura es un aspecto que al igual que los demás deriva de la voluntad, por tanto no tiene por qué merecer una limitación o prohibición legal en sí misma. ¿Qué se teme?

El argumento recurrente a favor de las normas limitativas en materia económica es que las partes no siempre actúan libremente en sus negocios, y que terminan vinculadas a condiciones que no aceptaron en realidad o que desconocían. Este argumento reposa en la asimetría que caracteriza a la contratación moderna, donde una de las partes tiene el control del proceso formativo del negocio. Una de las partes, normalmente la proveedora de bienes o servicios, redacta las condiciones del contrato, conoce la ley a la perfección y avasalla con su aparato logístico al indefenso consumidor. Conclusión: la ley debe limitar dicho sometimiento impidiendo que se formulen ciertos pactos, incluso si la llamada “parte débil” estuviese de acuerdo con ello. Así tenemos, por ejemplo, las estipulaciones prohibidas por el artículo 1398 del Código Civil, referidas a cláusulas limitativas de responsabilidad, facultades resolutorias y prohibiciones.

También existen limitaciones y prohibiciones que no requieren justificarse en la contratación en masa. Me refiero a la prohibición de pactar la no enajenación o gravamen de bienes (artículo 882 del Código Civil) o la prohibición del pacto comisorio (artículo 1066 del Código Civil). En estos casos, aunque no exista asimetría los acuerdos resultan ofensivos para el sistema legal. ¿Por qué? Nuevamente, el legislador cree que a través de estas prohibiciones se asegura una relación más justa.

Las mencionadas limitaciones y prohibiciones son discutibles en constitucionalidad y eficiencia, pero sin duda encierran un propósito ético a favor de la llamada “parte débil” de la relación. Es verdad, la asimetría puede dar lugar a situaciones de injusticia, empero existe una gran diferencia entre las prohibiciones que impiden una ventaja patrimonial injusta, con las que

afectan condiciones de una garantía (en particular su cobertura), pues en éstas se trata de respaldar una obligación que además de ser causa de la garantía es el límite para la ejecución. Si una deuda existe, sin importar el origen de la cobertura garantista (legal o contractual, global o específica), la deuda debe ser pagada. La garantía no es más que el espejo del crédito. El acreedor sólo puede cobrar lo debido. La cobertura puede ser mayor o menor pero siempre tiene como límite de realización al crédito garantizado.

En consecuencia, ¿cuál es el problema de garantizar una deuda con una cobertura amplia y global? La Garantía Sábana no contraría de modo alguno el equilibrio que siempre busca el Derecho, por el contrario afirma el cumplimiento de las obligaciones, afirma lo correcto, lo justo.

La Garantía Sábana se explica perfectamente en el marco de nuestra Constitución, pues se trata de una herramienta que facilita el pago de los créditos y reduce costos de transacción. Estamos pues ante una cobertura cuyo propósito es abonar al cumplimiento contractual: pieza clave de nuestra Constitución Económica.

III. ¿QUÉ HA QUEDADO DE LA SÁBANA?

Con las modificaciones de marzo y octubre de 2002 las garantías del crédito bancario dejaron de ser Sábanas, pero no sólo eso. Además se introdujo en el sistema legal una categoría absurda e inconstitucional: la cobertura Pañuelo. El texto vigente del artículo 172 de la Ley 26702 señala:

“Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato.

Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta del deudor, éstas solo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía”.

Se anula la primera de las características de la Garantía Sábana. La cobertura de la garantía bancaria ya no proviene del rol supletorio de la ley, sino de la voluntad expresa de las partes. Éstas deben señalar expresamente la cobertura de la garantía ¿como en cualquier operación no bancaria? Peor aún, pues la voluntad que describe la cobertura debe ser expresa, en cambio en las garantías ordinarias la cobertura es una condición del negocio cuya estipulación también puede ser tácita (141 del Código Civil).

Esta exigencia del legislador se explica en que (según él) la condición supletoria de la Garantía Sábana generaba situaciones injustas, pues las partes quedaban sometidas a una ejecución que no habían estipulado expresamente y cuyos alcances desconocían. Esta apreciación era y es equivocada. La razón por la cual algunas personas se sorprendían por los alcances de una ejecución era porque no leían los contratos que suscribían o desconocían la ley. Estas son las verdaderas razones de la sorpresa, pero ¿son esas razones para cambiar la estructura de una garantía? Considero que no.

La desinformación y el desconocimiento legal son un problema de incultura comercial que el sistema jurídico no puede apañar. Todo lo contrario, el sistema debe promover el conocimiento y la generación de agentes económicos responsables. Se dijo además que los bancos usan su posición de supremacía para imponer la suscripción de la Garantía Sábana. Falso, la Garantía Sábana venía de la ley y en los hechos todos los bancos la incluían como una cláusula de los contratos de garantía, a pesar que dicha incorporación no era necesaria para su vigencia. El problema era la desinformación de los deudores o propietarios que afectaban sus bienes.

Claro que la desinformación es un problema, pero no lo es sólo para la cobertura de las garantías sino para todos los términos de un negocio. Lo mismo que se dijo de la cobertura de las garantías se pudo decir de la tasa de interés, de las condiciones del pago, del plazo, de la mora, del adelanto del vencimiento, todas circunstancias más graves que la cobertura de una garantía. Sin embargo el legislador sólo se ocupó de la cobertura. La razón es obvia: el drama de una ejecución (lanzamiento de por medio) vende más a los medios que el simple devenir de un contrato de crédito.

La manera de combatir la desinformación es informando, no impidiendo el ejercicio de la libertad económica. Si fuera razón válida para limitar los negocios la falta de comprensión de los agentes, entonces todas las operaciones que se celebran por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación serían limitadas en todos sus términos, y, por supuesto, no existirían normas supletorias. Todos los términos de un contrato deberían ser expresos como prueba que las partes han comprendido. Nada más absurdo. Por ello existe una disciplina y régimen legal sobre defensa del consumidor que nos habla de "consumidor razonable", "consumidor final", etc., todos conceptos que tienen que ver con el propósito de informar y no de impedir operaciones económicas. La propia Constitución se ocupa del tema al señalar en su artículo 65:

"El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la

información sobre los bienes y servicios que se encuentra a su disposición en el mercado".

La Constitución de 1993 es consciente de que la economía de mercado se desarrolla inevitablemente en un escenario de contratación masiva, donde la asimetría es una condición de los intercambios. Pues bien, la respuesta constitucional no es limitar la libertad sino asegurar la información.

La defensa del consumidor es la clave para enfrentar los problemas vinculados a la asimetría informativa que caracteriza a la contratación moderna en todas sus manifestaciones, y no sólo en el aislado aspecto de la cobertura de una garantía. Una vez más la visión del legislador, tan amplia como el lente de la cámara que lo obsesiona, contrasta con la globalidad de muchos de nuestros problemas. Si no se identifica con seriedad el origen de un problema no es posible implementar una respuesta adecuada.

La segunda parte de la norma completa el sin sentido de la primera. La norma distingue entre las garantías que son otorgadas por el deudor y las que otorgan terceros no deudores. Dice la segunda parte que cuando la garantía la constituyen terceros, ésta sólo puede asegurar obligaciones expresamente señaladas en el título. Se distingue de las garantías otorgadas por el deudor en que estas últimas sí podrían comprender una globalidad de créditos, las de terceros no. Claro, se pueden formular una serie interpretaciones para extender los alcances de la norma y limitar la prohibición, sin embargo la voluntad del legislador es contundente. Según él, las garantías que otorgan terceros no deben asegurar obligaciones globales porque ellos no conocen el movimiento patrimonial del deudor, y por ello no sabrían de las nuevas obligaciones que surjan. Un problema de información se intenta solucionar con una grave limitación de la libertad. La norma no dice que es el "nulo el pacto en contrario" pero no tiene que decirlo. Su sentido prohibitivo no deja lugar a dudas.

Con este agregado la Garantía Sábana desaparece por completo. El Pañuelo que queda en su lugar reduce la garantía bancaria a una dimensión inferior de la que existe para las garantías ordinarias. Cualquier persona ajena al sistema financiero podría garantizar una deuda global (obligaciones determinables, futuras o eventuales) a favor de un acreedor que no es el suyo, pero no podría hacerlo si el acreedor es un banco. ¿Por qué? No hay respuesta razonable. Estamos ante una clara discriminación que vicia la norma que comentamos y la pone en situación de ser inaplicable o derogada por inconstitucional.

Siempre he creído que todas las titularidades deben gozar de los mecanismos más eficaces a los que se

pueda acceder para hacerlas realidad. Los privilegios que tradicionalmente se han otorgado a las entidades del sistema financiero deberían compartirse con todos los acreedores. Tanto daño hace a la sociedad el incumplimiento frente a un banco, como el incumplimiento frente a cualquier otro acreedor. Sin embargo, vemos en primera fila la paradoja: no sólo el Estado renuncia a darnos un sistema de garantías eficaz en general, manteniendo una regulación plagada de prohibiciones, sino que elimina los pocos elementos que existían para menguar la ineficiencia del sistema, y lo hace con quien según la Constitución debiera ser especialmente protegido: el sistema financiero.

Queda claro que la versión vigente del artículo 172 de la Ley 26702, cuya modificación comenzó el 10 de marzo de 2002, no afecta a los contratos de garantía celebrados antes de esa fecha (artículo 62 de la Constitución), pero obviamente para las nuevas operaciones se ha creado un costo adicional. Festín para los magos de la ciencia jurídica y los artilugios. Solución para la foto, sólo parece haber complacido al legislador, pues en los hechos los terceros se volverán deudores y los contratos describirán con más detalle

los negocios capaces de generar la obligación garantizada (más páginas para la escritura pública), mientras que el deudor y sus socios de la relación garantista no habrán visto mejorar el conocimiento sobre la operación en la que se embarcan, ni las condiciones del crédito obtenido.

Las formas de garantizar una obligación no se agotan en la estructura de la difunta Garantía Sábana. Existen diversas garantías abiertas que se pueden convenir, de las cuales me ocupare en otra ocasión. Por ahora sólo he querido mostrar algunos contrastes y paradojas que resumo así: a la necesidad de eficiencia que reclaman nuestras incipientes relaciones económicas, se responde con una medida tan costosa como inútil.

Por cierto THEMIS no es ajena a los contrastes. El pequeño trabajo que aportamos sus miembros no se compara ni por asomo con lo que nos dio la Institución: no sólo la oportunidad de conocer y trabajar con estupendas personas, sino ser parte de una estructura en movimiento desde hace 40 años, testigo y partícipe de hechos que son historia y fundamento del futuro de nuestro país. ¡Feliz aniversario THEMIS!