

LAS GARANTÍAS TÁCITAS A FAVOR DE LA BANCA

JORGE TOVAR VELARDE

Abogado.

Mediante el artículo 1° de la Ley Nº 27682, se ha modificado el primer párrafo del artículo 172° de la ley bancaria, Ley Nº 26702, sustituyendo su texto por otro diferente. El sentido del cambio es la supresión de la extensión de las garantías reales a deudas distintas a las expresamente pactadas, eliminándose así la figura jurídica de la garantía legal tácita.

El legislador ha tenido sin duda sus razones. Ha considerado que era un abusivo privilegio de los bancos que sus garantías reales se pudieran ejecutar y rematar los bienes de los deudores, para cobrarse no sólo los créditos específicamente garantizados con el gravamen real, sino también otros contraídos *a posteriori* por el mismo cliente, pero sin que en ellos se hubiere pactado garantía real alguna. De esta forma, el legislador se inclina por el principio riguroso de la especificidad o especialidad de las garantías reales.

Conviene repasar algunos antecedentes en nuestro derecho, para explicar el origen de la disposición de la Ley Nº 26702 que ha sido eliminada y sustituida por otra de sentido contrario.

El primer párrafo del artículo 172° de la Ley Nº 26702 estaba redactado en los términos siguientes:

"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".

Este texto no fue creación de los legisladores de la Ley Nº 26702, sino que lo tomaron, con variantes de redacción pero con idéntico sentido, del artículo 175° del texto aprobado por el Decreto Legislativo Nº 770, del año 1993. A su vez, este último provenía del artículo 187° del texto aprobado por el Decreto Legislativo 637, del año 1991. Sólo que en este último no se expresaba la excepción para el caso de las hipotecas vinculadas con instrumentos hipotecarios.

El redactor del Decreto Legislativo Nº 637, a su vez, no realizó una creación "heroica", sino que se limitó a generalizar para toda la banca un concepto muy similar, contenido en el artículo 33°, inciso a) de la Ley Orgánica del Banco Industrial del Perú, Decreto Legislativo Nº 202. En el mismo sentido, el artículo 42° de la Ley Orgánica del Banco de la Vivienda, Decreto Legislativo Nº 203.

Un precedente más antiguo lo hallamos en el artículo 8° de la Ley Nº 9811, que dio pie a los "préstamos adicionales" del Banco Industrial del Perú. Según la norma referida, una vez inscrita la afectación real de la garantía por determinado monto, el bien respaldaba hasta dicho importe no sólo la obligación original en cuyo resguardo se constituyó la garantía, sino cualquier otra obligación a cargo del mismo deudor.

Esto permitió establecer hipotecas y prendas en respaldo de "aperturas de crédito", cubriendo así en forma anticipada futuros desembolsos adicionales al

préstamo principal u original. En tal forma, el cliente podía recibir, sin requerir nueva escritura de hipoteca, sumas dentro del margen de sus devoluciones o amortizaciones del préstamo principal, más el margen de la "apertura de crédito". Otra posible forma era el establecimiento de la denominada "hipoteca de maximum" en la que igualmente se grava y se inscribe un monto determinado, dentro de cual quedan respaldadas todos los créditos y obligaciones futuras del deudor, modalidad legislada en el artículo 73° de la Ley N° 14509, Ley Orgánica del Banco de Fomento Agropecuario.

Esta idea fue desarrollada más tarde, en 1968, en el artículo 26° del Decreto Supremo N° 299-68-HC (normativa complementaria del Banco Industrial); y en el artículo 52° del D.S. 298-68-HC (legislación del Banco Minero), ambos con fuerza de ley en virtud de la Ley N° 17044, donde se introdujo el concepto de que las garantías reales a favor del banco eran "universales y conmutables", en el sentido de que una misma garantía real constituida por un prestatario respaldaba todos los créditos otorgados al mismo; y que distintas garantías constituidas se aplicaban a respaldar obligaciones diferentes del mismo deudor, distintas de aquellas que originaron su constitución.

El mismo concepto, con una redacción más sencilla, fue recogido, como ya dijimos por la nueva Ley Orgánica del Banco Industrial; y por la del Banco de la Vivienda, de donde al parecer la tomó, generalizándola para todo el sistema financiero, el Decreto Legislativo N° 637.

Remontándonos aún más. Sin salirnos de la especialidad de la legislación bancaria, encontramos en la vieja Ley de Bancos del año 1931, el artículo 169°, que ya desde esa fecha establecía la garantía prendaria tácita para los bancos, en los términos siguientes:

"Las prendas que se constituyan a favor de un banco ... servirán de garantía a todas las deudas y demás obligaciones, directas o indirectas, de cualquier clase, que el dueño de la prenda tenga contraídas al tiempo de constituirse o que contraiga posteriormente, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido únicamente para garantizar determinadas obligaciones".

Como vemos, siempre se respetaba el principio de la voluntad, permitiendo el pacto distinto o pacto en contrario, que excluía la prenda tácita.

De otro lado, la idea de la extensión de la garantía real en forma tácita o legal no es un concepto exclusivo del derecho bancario. Ciertamente que en materia de hipotecas no encontramos en nuestro derecho civil norma similar. Pero sí en lo que respecta a la prenda.

La prenda tácita figuraba en el artículo 1001° del Código Civil de 1936, en los términos siguientes:

"La prenda que está gravada con una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta".

La misma institución jurídica de la prenda tácita se recoge, en términos semejantes, con ligero cambio de redacción, en el artículo 1063° del vigente Código

¹ El texto del artículo 1001 del Código Civil es el siguiente:

² Artículo 1063° - La prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta."

Civil de 1884.¹

Entonces, tan larga evolución del concepto nos dice que no se trata de un abusivo privilegio impuesto por los bancos, sino que detrás de ello deben existir ciertas razones que lo justifican.

En su comentario al artículo 1063º del Código Civil, Lucrecia Maisch se limitó a decir que este artículo recoge el artículo 1001º del derogado, regulando la figura conocida como prenda tácita, en que se presupone un nuevo acuerdo entre acreedor y deudor, que conlleva el consentimiento tácito del deudor de dejar su bien en poder del acreedor, hasta el cumplimiento de la nueva obligación.

La prenda tácita de nuestro código deriva, al parecer, del derecho de retención de la prenda, elaborado, por ejemplo, en el Código Civil Argentino (preparado por el jurista Vélez Sarsfield). En el artículo 3218º, este derecho se enuncia en la forma que sigue:

"Si existiere, por parte del deudor que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contratada posteriormente, que viniere a ser exigible antes del pago de la primera, el acreedor no está obligado a devolver la prenda antes de ser pagado de una y otra deuda, aunque no hubiese estipulación de afectar la cosa al pago de la segunda".

El propio Vélez Sarsfield atribuyó a esta institución un remoto origen en el derecho romano, en el cual bastaba la existencia de una segunda deuda, así fuese anterior a la que originó la prenda; y así venciese con posterioridad.

La misma norma, con otra redacción pero igual alcance, la encontramos en los códigos que siguen el modelo del Código Bello, como el de Chile, artículo 2401º²; y el de Colombia, artículo 2426º³.

En el mismo sentido, con redacción parecida al código argentino, se pronuncia el segundo párrafo del artículo 1866º del Código Civil Español.⁴

El origen de estas normas parece estar en el artículo 2082º del Código Civil Francés.⁵ Según explican C. Aubry y C. Rau⁶, este derecho de retención puede ser ejercido para garantizar una deuda contraída posteriormente a la constitución de la garantía, cuando esta deuda resulte exigible antes del pago de la primera, es decir de aquella para la cual se constituyó la prenda. Como vemos, es la idea adoptada por

¹ Artículo 2401º. Cofitecho el crédito en todas sus partes, deberá restituírse la prenda.

Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:

1º Que sean ciertos y líquidos;
2º Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda;
3º Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior."

² El texto del Código Civil de Colombia, artículo 2426º, es exactamente igual al del artículo 2401 del Código Civil de Chile que hemos transcrito en la nota 1.

³ Artículo 1866º. El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el precio.

Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrata con el otro deudor exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la afectación de la prenda a la seguridad de la segunda deuda."

⁴ Artículo 2082º. Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

Si existait de la part du même débiteur, avec le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, sans même qu'il n'y ait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde."

⁵ Cours de Droit Civil Français, Tome Troisième, página 157.

los varios códigos que hemos citado.

Comentando un artículo similar del Código Civil Italiano, el artículo 1888^o, Francisco Ricci, considera que esta disposición es excepcional en la prenda; y que se basa en una presunción que establece el legislador, en el sentido de que quien tiene en su poder una prenda y da un nuevo crédito, lo hace en la seguridad de la posesión del derecho pignoraticio; y, a su vez, se presume que el deudor que solicita el préstamo o contrae la nueva obligación sin reclamar la devolución de la prenda, consciente en que ésta siga gravada con la nueva deuda.

Se discute en doctrina civilista si este derecho de retención es o no una nueva prenda, vale decir si otorga privilegio prendario y los demás derechos prendarios al acreedor. No vamos a entrar aquí en tal polémica, que no es útil para nuestros propósitos. En el derecho peruano no cabe duda que la prenda tácita sí es una auténtica prenda, con todos sus derechos.

En cuanto a las hipotecas, no hemos encontrado norma análoga a la que consagra la prenda tácita. Véase al respecto la monumental obra de Ramón María Roca Sastre, actualizada por Luis Roca-Sastre Muncunil (Derecho Hipotecario).

Hay, no obstante, cierta vinculación entre una hipoteca tácita, como la que permitía nuestra ley bancaria, y la institución de la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras, contemplada en el artículo 1104^o del Código Civil Peruano, en términos muy escuetos: *"La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual"*. Nos preguntamos si los bancos, para salvar el escollo que les opone el nuevo texto de la ley bancaria, artículo 172^o, podrían acogerse a este facultad que otorga la ley civil.

Como sabemos, la ley bancaria, como norma especial, prevalece sobre las leyes generales. Según el artículo 4^o de la Ley N^o 26702, luego de la aplicación de la propia ley se recurre, como normas supletorias, a las disposiciones del derecho mercantil y del derecho común, así como a los usos y prácticas comerciales. Entonces, para apreciar si los bancos pueden acogerse al artículo 1104^o del Código Civil, lo primero que debe hacerse es evaluar si sobre el tema existe un vacío en la ley bancaria y en la mercantil; en otras palabras, que no existe norma en la ley bancaria o en la mercantil que se oponga a la utilización de la hipoteca en respaldo de obligación futura o eventual.

Analizando el nuevo texto del artículo 172^o de la ley bancaria, nos tememos que su carácter restrictivo afecte, inclusive, a la posibilidad de constituir hipotecas para garantizar obligaciones futuras y eventuales. En efecto, conforme al texto legal, sólo se permite que la hipoteca (y también la prenda y el *warrant*) respalden obligaciones expresamente asumidas por el deudor, lo que parecería excluir obligaciones futuras y, sobre todo, eventuales. Se puede discutir que en el contrato quien constituye la garantía puede asumir obligaciones futuras, pero tendrían que ser, en todo caso, deudas u obligaciones perfectamente determinadas, identificadas y descritas; y desde luego quedan descartadas las obligaciones eventuales.

Este análisis nos muestra otra consecuencia de la reforma del artículo 172^o. Los bancos, pese a que su oficio es precisamente la concesión de créditos, se ven en esta materia en peor condición que los ciudadanos particulares. Estos últimos, amparándose en el Código Civil, pueden protegerse con la prenda tácita; y utilizar la

⁷ Ricci, Francisco. "Derecho Civil Teórico y Práctico". Tomo XX. Edición Espartaco. Pág. 43

hipoteca para respaldar obligaciones futuras y eventuales que surjan a su favor; cosa que los bancos no podrían hacer.

Lo que nos interesa destacar ahora es que el derecho bancario peruano se inspiró en esta institución de la prenda tácita, luego fortificada en nuestro Código Civil de 1936 y después en el de 1984, y la amplió en varios sentidos.

En primer lugar, si bien en su origen la limitó a las prendas, como vemos en el artículo 169º de la antigua Ley de Bancos de 1931; luego la amplió para comprender las garantías reales en general, y en especial las inscritas, en el artículo 8º de la Ley Nº 9811; del Banco Industrial del Perú; y en las normas sucesivas sobre la materia.

Otra ampliación consistió en que se eliminó la restricción tradicional que exige que la nueva deuda sea posterior a aquella que dio origen a la constitución de la garantía. Igualmente se eliminó el requisito de que la segunda deuda venciese antes de haber sido pagada la primera.

Finalmente, el reformador de la ley bancaria peruana del año 1991, tomó la institución de la garantía real bancaria tácita, que sólo beneficiaba a algunos bancos del Estado, que pronto desaparecerían, y la adoptó como institución jurídica general de nuestro derecho bancario, aplicable por cualquier empresa del sistema financiero.

Como vimos, la doctrina civil basa este derecho del acreedor en un juego de presunciones legales. Pensamos que también para las hipotecas podría realizarse iguales elucubraciones teóricas. Si el deudor que tiene inscritas a favor de un banco algunas hipotecas, contrae con el mismo acreedor nuevas obligaciones, sin reclamar la cancelación de los gravámenes, puede presumirse que acepta o consiente que las hipotecas subsistan, salvo que expresamente pacte en contrario.

De otro lado, es frecuente que en los instrumentos constitutivos de las garantías se estipule expresamente el derecho del banco a extender el alcance de la hipoteca a otras deudas del mismo cliente, actuales o futuras. Es decir, se pacta en forma expresa la "hipoteca tácita", que en tal forma sólo lo es en el nombre.

Pero no creemos que tales argumentos fueron los que dieron nacimiento a la institución de las garantías bancarias tácitas en nuestro derecho. Nacieron, en realidad de necesidades prácticas; en aras de agilizar la concesión de créditos y tomar más eficiente y económico su tramitación y otorgamiento.

En efecto, con frecuencia un cliente, sobre todo si es una empresa, requiere acudir al banco una y otra vez para financiar diversas actividades; su relación con los bancos es habitual. En el curso de su gestión, va cancelando unos créditos y tomando otros nuevos. Puede ser que para ello el banco le exija la constitución de hipotecas y otras garantías reales.

Pues bien, el texto hoy derogado del artículo 172º de la ley bancaria, Ley Nº 26702, tendía a facilitar a los deudores de los bancos la rápida obtención y desembolso de los créditos. El funcionario a cargo en el banco, podía aprobar y disponer el inmediato desembolso urgente de un préstamo o adelanto, o al menos de una parte de él, con la seguridad de que las garantías reales inscritas con anterioridad en resguardo de créditos anteriores, total o parcialmente cancelados, continuaban vigentes y respaldaban las nuevas entregas; sin necesidad de otorgar nuevas escrituras y volver a inscribir las hipotecas en el Registro, con la demora consiguiente.

La reforma aprobada y promulgada destruye esta facilidad crediticia. Los bancos, en caso de requerir garantías, tendrán en cada ocasión que exigir la extensión de nuevas escrituras de constitución de las garantías reales, en resguardo de las obligaciones específicas y determinadas; y esperar al menos el bloqueo registral de la partida con la minuta; si no la inscripción definitiva de las garantías. El principal perjudicado, por la demora, el aumento de los costos y la falta de eficiencia, será el cliente.

En pro de la reforma podría aducirse que pone en mejor pie a los terceros acreedores, que no son bancos ni pertenecen al sistema financiero. Podría decirse que antes se veían injustamente postergados porque los bancos anteponían en bloque sus créditos, intereses y gastos, amparándolos en las garantías tácitas, desplazando a los terceros a rangos subalternos en la relación de créditos reconocidos.

A esto habría que contestar que, en primer lugar, todos estamos advertidos por Registros Públicos, que precisamente tiene efecto *erga omnes*, de las hipotecas registradas sobre los bienes de una persona o empresa con quien queremos contratar; y de sus montos y alcances. Esto lo saben perfectamente todos quienes – en especial los comerciantes – dan crédito sin garantías reales. Saben los riesgos que corren y tal es su negocio.

De otro lado, no creo que la situación cambie en el futuro para estos terceros, pues los bancos han de cuidar sus intereses, que no son distintos – no lo olvidemos – de los intereses de sus depositantes; y por ende, no teniendo posibilidad de usar las garantías tácitas, las exigirán expresas. Habrán de cuidarse de la frase final del nuevo texto ***“Es nulo todo pacto en contrario”***.