

---

# La prenda global y flotante en la nueva Ley de Bancos\*

ALFREDO F. SORIA AGUILAR

Asistente de Docencia del curso de  
Contratos Típicos de la PUCP

Consejo Directivo Revista Derecho & Sociedad

## I. Introducción

El actual sistema comercial alberga innumerables transacciones en el mundo contemporáneo. Junto al sistema de ejecución simultánea de las prestaciones, son de uso habitual y generalizado otras operaciones donde se permite que una de las partes ejecute su prestación asumida con posterioridad a la que corresponde a la otra.

Estas operaciones, indudablemente, originan que una de las partes obtenga de inmediato la satisfacción de su interés, mientras la otra se encontrará ante la expectativa del cumplimiento de su contraparte. Esta situación es conocida en la doctrina como “ventaja estratégica”<sup>1</sup>.

En la medida en que esta “ventaja estratégica” sea compensada mediante instrumentos o mecanismos que cubran adecuadamente la contingencia, la operación será más atractiva para el acreedor, toda vez que la incertidumbre de cumplimiento tendrá un resguardo que le permitirá cubrir aquella posibilidad.

Es cierto que existe una prenda genérica o general<sup>2</sup> a favor del acreedor. Es decir, la totalidad de los bienes

que integran el patrimonio de una persona resguarda el cumplimiento de una obligación asumida. Sin embargo, los costos que implica investigar acerca del patrimonio del deudor convertirían en onerosas e ineficientes dichas operaciones. Por ello, “las figuras de prenda e hipoteca son reguladas por el derecho moderno, no porque existan desde Roma, sino porque cumplen una función de reducción de «costos de transacción» y compensan la «ventaja estratégica» (del deudor)”<sup>3</sup>.

La inexistencia de estos instrumentos o mecanismos que cubran la contingencia del cumplimiento de los deudores aumentaría definitivamente los costos de transacción, pues el acreedor tendría que indagar sobre todo el patrimonio de su deudor.

La actividad bancaria, que cumple un rol importante en nuestra economía, ha contribuido a facilitar las transacciones comerciales en el mundo contemporáneo. Actualmente, es difícil afirmar que exista persona económicamente activa que no haya hecho partícipe de su actividad cotidiana a una entidad bancaria.

Dentro de las actividades y las operaciones bancarias, se incluyen indudablemente operaciones de crédito, en

---

\* A mis padres

<sup>1</sup> El término ‘ventaja estratégica’ o ‘the problem of contract opportunism en el Common Law, se refiere a aquellos supuestos en los cuales las prestaciones asumidas por una de las partes del contrato se ejecutarán con posterioridad a las que correspondan a la otra. De esta manera, el que debe cumplir último se encuentra en mejor situación, por cuanto ya recibió el beneficio que le iba a reportar el contrato. Ver Posner, Richard. The problem of the Social Cost. Journal of Law and Economic, No. 3, 1960. P. 1 y ss. (Nota a pie de página de Fernando Cantuarias. La Función Económica del Derecho: A propósito de los derechos de prenda e hipoteca. En el Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas actuales. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú .

<sup>2</sup> En toda obligación con efectos jurídicos, el acreedor tiene, respecto de los bienes que integran el patrimonio de su deudor, el derecho de reaizarlos y hacerse pago con su importe, en caso de incumplimiento. A esta afectación genérica de todos los bienes del deudor, existentes al omento de la ejecución, se ha dado en llamarla ‘prenda general’(…) dichos bienes están implícitamente afectados (...) no se precisa afectación expresa”. (AVENDAÑO, Jorge. La Prenda. En Revista Derecho. Año XXI. No.23. Enero- diciembre 1964.p. 32.)

<sup>3</sup> Ibid..p.64.

las que se encuentra presente esta situación de “ventaja estratégica”, que tiene como correlato el riesgo del cumplimiento.

El riesgo está presente en toda actividad económica y constituye un elemento inherente en el caso de las operaciones financieras y bancarias. Aunque existe la presunción de que el cliente cumplirá con lo pactado, el riesgo se encuentra siempre presente, por más meticulosa y cuidadosa que pueda ser la selección de la operación o el cliente. En ese sentido, será elemental cubrir o garantizar las contingencias del cumplimiento, pues de lo contrario no se racionalizarían los riesgos y se produciría una asignación sub-óptima de recursos<sup>4</sup>, que a la postre desincentivaría el desarrollo del crédito.

La legislación ha tratado de compensar esta situación de riesgo a través de diferentes instrumentos o garantías de carácter tanto real como personal, que permitirán proteger al acreedor a través de la generación de “un ‘status’ en favor del acreedor que se ve en peligro frente a la ‘ventaja estratégica’ alcanzada por su deudor”<sup>5</sup>, que lo protege incluso contra la eventual insolvencia del mismo.

Sin embargo, cabe precisar que el fundamento de las garantías no es precisamente la cobertura frente al riesgo específico de que una persona no cumpla sus obligaciones, pues si esa primera duda aparece en el momento del otorgamiento de un crédito, es evidente que aún el menos prudente de los operadores de un banco se abstendrá de realizar dicha operación, porque es conocido que “frente a un mal deudor difícilmente existe garantía segura”<sup>6</sup>.

Las garantías solamente disminuyen los riesgos y las contingencias dentro de una óptima gestión de crédito. Por ello, si lo que se pretende es eliminar totalmente el riesgo, el único camino será no realizar la operación.

### I. La prenda como garantía

La prenda consiste en la afectación de un bien mueble. Comúnmente se constituye mediante la entrega física del bien al acreedor o a un tercero bajo la condición de

depositario. En ambos supuestos existe un desplazamiento efectivo del bien otorgado en prenda. Sin embargo, dado que bajo el aspecto económico este medio para asegurar el derecho del acreedor (entrega) ofrece un inconveniente, toda vez que priva al dueño de emplear el objeto, también se ha permitido que esta afectación pueda realizarse sin que el bien se desplace, es decir, que su posesión continúe bajo la esfera del propio deudor. A esta última modalidad se le ha denominado en nuestro país como prenda con entrega jurídica, incorporada a nuestro sistema normativo en el Código Civil de 1984.

Ambas modalidades de prenda permiten al acreedor satisfacer su interés a través de la venta del bien en la forma pactada por las partes (o, en su defecto, siguiendo el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil) en caso de incumplimiento.

## II. Definición Legal de la prenda global y flotante

Así como la prenda con entrega jurídica significó una innovación en el Código Civil de 1984, la prenda global y flotante ha sido acogida recientemente en la legislación nacional por la Ley 26702 (en adelante, la Ley de Bancos), publicada el 9 de diciembre de 1996 y reglamentada por la Resolución SBS No. 430-97, publicada el 18 de junio de 1997 (en adelante, el Reglamento). Estas normas determinan los alcances de esta figura jurídica, cuyas características serán analizadas a continuación.

### 1. Naturaleza jurídica

Si bien la Ley de Bancos establece en el artículo 231 que “por el contrato de prenda global y flotante se establece un gravamen”, cabe realizar un análisis para confrontar dicha afirmación, pues podría entenderse que el mero contrato o acuerdo de voluntades constituye en sí mismo el otorgamiento o el nacimiento de la prenda. Esta afirmación estaría reforzada por el carácter de contrato que la Ley de Bancos, a diferencia del Código Civil, le ha otorgado a la prenda global y flotante, el cual podría interpretarse, en

---

<sup>4</sup> TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos. Madrid. 1987. p.57.

<sup>5</sup> BULLARD, Alfredo. *La Relación Jurídica Patrimonial. Reales vs Obligaciones*. ARA. Lima. 1991. p.299.

<sup>6</sup> ORTEGA, Gustavo. *Las Garantías Contractuales*. En *Revista Felaban*. No. 45. Mayo 1982. Bogota. P.135.

concordancia con el artículo 1352 del Código Civil, que en tanto contrato, éste quedaría perfeccionado con el consentimiento de las partes.

Otro argumento en favor de considerar la prenda como contrato lo constituye la ubicación de esta nueva figura en la Ley de Bancos, toda vez que no se encuentra en el Capítulo VI del Título Primero de la Sección Segunda, relativa a las garantías, en donde además de otras disposiciones se encuentra la regulación del carácter preferente de las garantías reales, sino en el Capítulo II, Título Tercero de la Sección Segunda, referida a los contratos y los instrumentos. Sin embargo, esta afirmación no es absoluta, pues "por el hecho de que una institución jurídica se encuentre legislada en determinada sección, esta ubicación no necesariamente determina su naturaleza jurídica"<sup>7</sup>.

Para determinar su naturaleza, será necesario analizar su regulación tanto en la norma especial como en el Código Civil, pues el artículo 9 del Reglamento establece que en todo lo no previsto en dicho Reglamento, serán de aplicación las normas que sobre prenda se hallan contenidas en el Código Civil.

La Ley de Bancos establece que la prenda global y flotante "deberá ser inscrita en el Registro Especial". Sin embargo, este deber u obligación no contiene en la Ley de Bancos la consecuencia de su incumplimiento. Es decir, la Ley no dice si ante el incumplimiento de este deber, el acto carece de validez, o es objeto de nulidad o ineficacia. El Reglamento precisa la consecuencia del incumplimiento de este deber de inscripción, en tanto establece en su artículo 3 que dicha inscripción es uno de los requisitos de su validez.

Al igual que García Amigo, consideramos que "la validez y la invalidez se refieren a la celebración del negocio"<sup>8</sup> y por lo tanto no se considerará celebrado

mientras no se cumpla con sus requisitos. Por ello, cuando el Reglamento establece que "son requisitos de validez para la constitución de prenda global y flotante: que dicho gravamen esté inscrito", dispone que mientras no se cumpla con dicho requisito, no se entenderá celebrada la prenda. En consecuencia, se requiere, además del consentimiento de las partes, un acto posterior que es la inscripción. Ésta implicaría la denominada por nuestro Código Civil "entrega jurídica" del bien, supuesto que nos colocaría ante un contrato de naturaleza real.

---

*«La prenda global y flotante (...) es un contrato real que constituye un gravamen bajo la modalidad de entrega jurídica»*

---

Al igual que el Código Civil, no se otorga validez alguna al acuerdo puramente consensual. Se necesita de la entrega jurídica o inscripción para que pueda celebrarse el contrato, lo que implica que es un contrato real.

Según Manuel De La Puente, "puede definirse el contrato real como aquel que requiere para su celebración que el acuerdo de voluntades se materialice mediante la entrega del bien en que recae. (...) Debe tenerse presente que en el contrato real la entrega no es la ejecución del contrato, sino uno de los dos elementos formativos de éste (el otro es el consentimiento), de tal manera que la falta de uno de ellos, cualquiera que sea, da lugar a la inexistencia del contrato"<sup>9</sup>. En el caso de la prenda global y flotante, es necesario para su existencia que se realice la entrega jurídica. Se entenderá "entregado" cuando el otorgamiento de prenda se encuentre inscrito en el Registro correspondiente. Mientras ello no ocurra, no puede existir prenda, toda vez que en el caso de los contratos reales, además del acuerdo se requiere un acto posterior.

Por ello, la inscripción es constitutiva del derecho y no meramente declarativa, dado que "da vida al derecho real, o sea, que el registro además del efecto publicitario tiene el efecto propio de hacer nacer al derecho real al que el acto inscrito se refiere. Antes de la inscripción no hay derecho real, ni siquiera entre las partes"<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> TORRES MENDEZ, Miguel. El carácter contractual de la prenda y la posibilidad de ser un contrato de prestaciones recíprocas. En: Themis. Segunda Época. No. 4. Julio 1986. p. 51 y ss.

<sup>8</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil-Parte General. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979. Lección 32. p.850.

<sup>9</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Primera parte. Tomo I. p. 181.

<sup>10</sup> AREAN DE DIAZ DE VIVAR, Beatriz. Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros. Bs. Aires. Abeledo Perrot. 1979. p. 105.

La prenda global y flotante, entonces, es un contrato real que constituye un gravamen bajo la modalidad de entrega jurídica. En ese sentido, le serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 1059 del Código Civil<sup>11</sup> y, por lo tanto, la prenda surtirá efecto desde su inscripción en el registro respectivo. Es decir, se considerará celebrada a partir de su inscripción en el Registro Especial de Prenda Global y Flotante<sup>12</sup>. Por ello, "la relación jurídica se constituye, entonces, con la inscripción y con ello la protección está asegurada."<sup>13</sup>

Por otro lado, cabe mencionar que por sus efectos erga omnes y su preferencia especial, la ley, para proteger los intereses de terceros de buena fe que puedan desconocer la existencia de este gravamen, ha considerado necesario que la prenda global y flotante se perfeccione a través de su entrega jurídica, es decir, a través de la inscripción en el registro pertinente.

## 2. Gravamen sobre bien fungible

A pesar de que "muchos tratadistas sostienen que la prenda sin desplazamiento sólo debe recaer sobre bienes que gocen de una perfecta identificabilidad registral, asemejando así dicho instituto a la hipoteca. Existen quienes admiten la posibilidad de afectar bienes fungibles, considerados *in genere* y susceptibles de ser reemplazados por otros de la misma especie y en igual cantidad"<sup>14</sup>.

Esta última posición es la acogida por nuestro legislador, quien dispone que la prenda global y flotante se establece sobre bienes muebles fungibles.

El Reglamento establece que son bienes fungibles aquellos que pueden ser sustituidos por otros de la misma calidad, especie, clase y valor. La fungibilidad de la cosa otorgada en prenda permite a esta garantía una gran flexibilidad, pues no quedan directa y especialmente afectados unos bienes específicos. Por ese motivo, el propietario o constituyente goza de la libre disponibilidad

para su enajenación o transformación, siempre que pueda sustituirlo por otro u otros de valor equivalente en el momento de disponer de dichos bienes.

Pese a que es posible la sustitución del bien afectado debido a que se trata de un bien fungible, no debemos pensar que esta garantía es un gravamen únicamente de valor, pues basta analizar su regulación para descartar dicho supuesto.

En efecto, toda vez que la ley, cuando otorga la preferencia, establece que "el acreedor tiene preferencia absoluta sobre el valor de la prenda global y flotante", y por otro lado dispone que "el contrato de prenda global y flotante (...) permite al constituyente disponer del bien para sustituirlo por otro u otros de valor equivalente", priorizaría el valor para dejar de lado el bien en sí mismo. Es decir, no importaría de qué bien se trate, siempre y cuando cumpla con cubrir el valor del bien afectado originariamente. Sin embargo, el Reglamento precisa la correspondencia que debe haber entre la afectación y el bien, es decir, el gravamen se encuentra determinado. Al igual que cuando uno se obliga a dar una suma de dinero, no se establece específicamente qué billete se va a entregar, ni su número de serie; lo que queda entendido es que se cumplirá con entregar el bien fungible (dinero), pero en una cantidad determinada.

El bien, según nuestra posición, se encuentra plenamente identificado. Esta afirmación puede respaldarse por el propio Reglamento, que en el inciso 5 del artículo 7 establece que el constituyente estará obligado a "levantar un inventario detallado, cuantitativo y cualitativo de los bienes de los bienes gravados al momento del otorgamiento de la prenda global y flotante". Este inventario evidenciaría la identificación de los bienes otorgados en prenda global y flotante, en tanto exige el detalle de dichos bienes. Sin embargo, lo que no se puede afirmar es que estos bienes se encuentren individualizados, pues la individualización se realizará recién en el momento de la ejecución de la prenda, ante el incumplimiento del deudor prendario.

<sup>11</sup> Artículo 1059 Código Civil.- Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo.

<sup>12</sup> A través de la Resolución SBS N° 160-98, publicada el 5 de febrero de 1988, que modificó el numeral 3 del artículo 3 de la Resolución SBS N° 430-97, se organizó el Registro Especial de Prenda Global y Flotante como una Sección Especial del Registro de Bienes Muebles del Sistema Nacional de los Registros Públicos.

<sup>13</sup> BULLARD, Alfredo. op. cit. p. 299.

<sup>14</sup> RAMIREZ-GASTON, José. La prenda flotante. Tesis PUCP. Lima. 1978. p. 52.

Por otro lado, si el gravamen es únicamente sobre el valor, no debería existir la obligación del inciso 6 del artículo 7 de “poner en conocimiento del acreedor de la sustitución de los bienes objeto de la prenda global y flotante”, pues con cubrir el valor bastaría. Lo que subyace en estas normas, más allá de respetar el valor de los bienes que es indiscutible, es determinar la correspondencia en las características de los bienes afectados y los que van a reemplazarlos.

El Reglamento, además, establece en su artículo 4 que una de las especificaciones que el contrato debe contener como mínimo es la descripción del bien gravado, con indicación de sus particulares características, clase, especie, calidad y valor de realización a la fecha de constitución de la garantía.

Resulta, pues, de gran importancia realizar la plena identificación de dichos bienes al momento de la constitución de esta garantía, aunque posteriormente, debido a su carácter fungible, puedan ser sustituidos por otros que respeten sus características.

La fungibilidad de los bienes determinó que el Reglamento estableciera ciertas obligaciones al constituyente para brindar una mayor protección al acreedor. El artículo 7, por ello, establece que el otorgante deberá mantener un stock mínimo de bienes de similar naturaleza que permita la sustitución inmediata de los bienes afectos a la garantía en caso de disposición, pérdida, robo, deterioro u otro evento similar, y por otro lado, el constituyente deberá comunicar al acreedor cuando los bienes fungibles que se mantienen en prenda se hayan deteriorado, para proceder a su inmediata sustitución.

El otorgante se encuentra además impedido de variar el lugar donde permanecerán los bienes afectados, si es que no existe previamente conformidad escrita por parte del acreedor. Asimismo, tiene la obligación de dar las facilidades para que el acreedor verifique que los bienes prendados se encuentran físicamente en el lugar señalado.

Otras de las seguridades que otorga la legislación es que el constituyente deberá contratar un seguro contra los riesgos que puedan afectar a los bienes prendados en favor del acreedor.

### 3. El constituyente queda constituido en depositario

Debido a la existencia de actividades económicas en las que los bienes gravados son los generadores de los ingresos que permitirán cubrir la obligación, el legislador ha permitido al constituyente no entregarlos físicamente, pues “la desposesión se torna prácticamente imposible, ya que ella acarrearía casi inevitablemente la paralización de la actividad productora del deudor”<sup>15</sup>. En el caso de la prenda global y flotante, el bien no se desplaza, pues basta el registro para que este gravamen se constituya y además sea oponible frente a terceros.

El registro hará posible establecer la ficción de la entrega. En ese sentido, desde el momento mismo de la inscripción registral se entenderá entregado jurídicamente el bien o los bienes objeto de prenda global y flotante, sin necesidad de una desposesión que implique la entrega física.

Por ello, el constituyente queda constituido en depositario, es decir, aquella persona encargada de custodiar los bienes dados en garantía y por lo tanto responsable por la pérdida y el daño de los bienes producidos por su negligencia.

A diferencia de la prenda con entrega física, la prenda global y flotante no priva al deudor de la posesión del bien, es decir, puede utilizarlo, disfrutarlo e inclusive disponer de él, con la condición de reponerlo por otros de igual calidad y cantidad. De lo contrario, y de acuerdo con el artículo 1847 del Código Civil, responderá por los daños y los perjuicios.

Asimismo, el Reglamento intenta resguardar al acreedor prendario a través de obligaciones que deberá cumplir el constituyente, como mantener un stock de bienes de similar naturaleza y no sujetos a otras prendas, que permita la sustitución inmediata de los bienes afectos a la garantía en caso de disposición, pérdida, robo, deterioro u otro evento similar.

Es también obligación del constituyente comunicar al acreedor prendario cuando el bien o los bienes sufran deterioro, y asumir por este solo hecho la obligación de sustituir inmediatamente dichos bienes.

<sup>15</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. En Revista del foro. Tomo III. Lima, 1965, p.163.

Finalmente, el acreedor prendario podrá controlar la actividad referida a los bienes afectos a la garantía.

Para complementar lo expuesto, con el fin de evitar que el deudor enajene todos sus bienes, la legislación nacional ha dispuesto que, adicionalmente, el constituyente sea sometido a su vez a responsabilidad penal ante el incumplimiento de su condición de depositario. Por ello, en caso el deudor no cumpla con devolver el bien afectado u otro de la misma especie y cantidad, o en su defecto, su valor en dinero, se encontrará incurso en el delito de apropiación ilícita tipificado en el artículo 190 de nuestro Código Penal.

Si bien “la intervención del derecho penal debe fundamentarse en algo más que la pura defensa de intereses económicos privados, para cuya realización basta el derecho civil patrimonial”<sup>16</sup>, el legislador de casi todos los países, con el fin de reforzar esta garantía real, echa mano del derecho penal para pretender asegurar su eficacia ante la amenaza de sanciones represivas, tal como sucede en las legislaciones ecuatoriana, costarricense, paraguaya, panameña, entre otras.

Pese a la asimilación penal de la responsabilidad, el derecho del acreedor prendario resulta vulnerable, pues el objeto de prenda se encuentra en manos del deudor, quien puede enervarlo con facilidad. Por ello, en estricto, este remedio no es muy bueno, pues las sanciones penales no son susceptibles de reemplazar la desposesión en su función de proteger al acreedor. En realidad, poco importa al acreedor que se encarcele al depositario, toda vez que su interés principal, estará centrado en el cumplimiento de la prestación<sup>17</sup>. Consideramos, sin embargo que, no obstante no cumplir la responsabilidad penal con la satisfacción del interés del acreedor, es una medida necesaria ante la proclividad de los deudores para burlar los derechos del titular.

Debido a que existe una responsabilidad penal en el depositario tipificada como supuesto de apropiación ilícita, es necesario precisar que esta responsabilidad surgirá ante la pérdida del bien que implique una actitud dolosa del depositario. Ante una pérdida o deterioro del bien prendado en el

que no medie dolo, dicha pérdida será cubierta por el seguro contra riesgos que obligatoriamente deberá contratar el constituyente, de acuerdo con lo establecido por el inciso 13 del artículo 7 del Reglamento. Por ello, para estar ante el supuesto punitivo de apropiación ilícita, “se requiere

el dolo, esto es, el sujeto activo ha de conocer y querer la apropiación de un bien mueble ajeno”<sup>18</sup>. Esta ajenidad deberá ser entendida como restricción de la facultad de disponer del bien, pues en estricto se trata de un bien propio.

Por otro lado, no es preciso probar el perjuicio económico para la víctima, pues “no es concebible una apropiación ilícita exenta de agravio económico”<sup>19</sup>.

#### 4. ¿Registro de bienes fungibles?

En nuestro ordenamiento legal no existe un registro de bienes fungibles, pues estos bienes carecen de la capacidad intrínseca de ser registrados, al no ser fácilmente identificables. Por ello, “la salida más utilizada en la legislación nacional y extranjera es la utilización del mecanismo de publicidad registral, aunque los bienes no sean realmente registrables, manteniendo el deudor su posesión a través de registros de garantías”<sup>20</sup>. Este sistema permite inscribir únicamente las garantías, sin realizar una secuencia registral sobre un bien determinado, como en el caso de un inmueble, vehículo, etc.

---

*« (...) se deberá satisfacer primero los créditos de carácter laboral, para posteriormente satisfacer la acreencia prendaria.»*

---

<sup>16</sup> MAZUELOS C. Julio . El derecho de crédito como objeto de protección penal. Revista Derecho y Sociedad. No. 11. Año VII.1996. p.217.

<sup>17</sup> En tal dirección sostiene Lafaille : “ las sanciones penales no desatan el nudo : aún haciéndolas efectivas podría satisfacerse la vindicta pública, pero no se lograría el reembolso para el mutuante, quien no piensa tanto en llevar a la cárcel a ciertos deshonestos, como en reintegrarse de su dinero con los intereses. Tratado de Derechos reales. Tomo III, p.254..

<sup>18</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 3ra.edición. San Marcos. Lima, 1997. p.331.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> PIZARRO, Luis. Aproximación al sistema de garantía prendaria en el Derecho peruano. En Ius Et Veritas.Año VII. No.13. p.132.

Aparentemente, el problema radica en que nuestras leyes de prenda sin desplazamiento no determinaron claramente los bienes gravables. Se concretaron sólo a determinados bienes muebles atendiendo principalmente al fin económico al cual se encontraban destinados, y no previó si estos eran identificables o no identificables.

En nuestro país, estos registros de garantías están relacionados con una actividad determinada que desarrolla el constituyente. Como sucede en el caso de la prenda agrícola o la prenda industrial, “ la prenda sin desplazamiento ha sido implantada en nuestra legislación con el fin de servir los intereses de determinados industriales, mineros y agricultores que colocados ante la imposibilidad de recurrir a la prenda tradicional, por no poderse desprender de determinados bienes muebles necesarios para sus actividades, deben recurrir a una forma de garantía más flexible, que grava la cosa, sin que para este efecto deba el deudor desprenderse del bien”<sup>21</sup>.

Actualmente, la ley establece la existencia de prenda global y flotante sin limitarse ésta a una actividad específica del constituyente. Es decir, no se ha restringido en el caso de los constituyentes a una determinada actividad. Por ello, podrán constituir este tipo de prenda tanto industriales, como comerciantes o empresarios, sin limitación alguna, siempre que el acreedor prendario sea una empresa integrante del sistema financiero<sup>22</sup>.

El legislador ha optado por ubicar el Registro de este gravamen como una Sección Especial del Registro de Bienes Muebles. Esto parecería que por estar dentro de la Sección de Bienes Muebles es un Registro sobre el bien, sin embargo se trata de un Registro de Gravámenes, específicamente un Registro en el que se inscriben los contratos de Prenda Global y Flotante celebrados por las entidades del sistema financiero.

## 5. Preferencia absoluta y excluyente del acreedor

Ante el incumplimiento del deudor, las garantías reales otorgan a la parte que cumplió primero con su

prestación una protección que implica preferencia frente a otros créditos que asuma el deudor. La concurrencia de acreedores supone la existencia de un sistema de privilegios, ante la imposibilidad en determinadas ocasiones de satisfacer el interés de todos ellos.

Al momento de establecer el orden de preferencia de una garantía será necesario determinar si ésta se debe al incumplimiento del deudor o si se debe a una situación de insolvencia.

En caso de incumplimiento en el que no exista insolvencia del deudor, de acuerdo con la Ley el acreedor tendrá “preferencia absoluta sobre el valor de la prenda global y flotante”. Por ello, el acreedor prendario será preferido ante la existencia de otros acreedores. En ese sentido, tendrá preferencia frente a otras garantías y obligaciones personales.

Debido a la naturaleza fungible del bien prendado, dudamos que pueda existir otra garantía real que se le oponga, pues otra garantía real sería la prenda con desplazamiento que requeriría la entrega del bien, y como este bien ha sido desplazado, no podría otorgarse en prenda global y flotante.

Asimismo, según el artículo 171 de la Ley, el carácter preferente propio de las garantías reales no se afecta por la eventual existencia de deudas tributarias a cargo del constituyente.

El otro supuesto de incumplimiento es cuando el constituyente se encuentra ante una situación de insolvencia, por lo que en el común de los casos, sería de aplicación lo dispuesto por el Decreto Legislativo 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, que establece las normas aplicables ante la insolvencia, tanto de personas naturales como personas jurídicas. El artículo 24 de esta Ley dispone el orden de preferencia en el pago de los créditos, que implica que unos excluyen a los otros hasta donde alcancen los bienes del insolvente, de la siguiente forma:

- 1) Las remuneraciones y los beneficios sociales adeudados a los trabajadores.
- 2) Los créditos alimentarios en el caso de insolventes personas naturales.

<sup>21</sup> RAMIREZ-GASTON , José. Op.cit.p.44.

<sup>22</sup> Sistema financiero: El conjunto de empresas, que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera, incluye las subsidiarias que requieran de autorización de la superintendencia para constituirse. (Definición que aparece en el Anexo-Glosario de la Ley No.26702.

- 3) Los créditos garantizados con hipoteca o prenda que recaigan sobre bienes del insolvente, así como cualquier otro derecho que garantice la obligación y que cumpla las formalidades de la legislación correspondiente.
- 4) Los créditos de origen tributario del Estado.
- 5) Los demás créditos según antigüedad.

Si la Ley de Bancos no estableciera nada respecto del orden de preferencia de la prenda global y flotante, entonces le correspondería el lugar ocupado por la prenda en el Decreto Legislativo 845, toda vez que el artículo en mención no distingue entre la prenda con entrega física de la prenda con entrega jurídica.

Sin embargo, la Ley de Bancos establece que el acreedor de la prenda global y flotante excluya a todos los demás acreedores del constituyente, así se encuentre este último afecto o no a un proceso de reestructuración o concursal. Es decir, no es copartícipe del proceso concursal, sino que cuenta con el privilegio de excluir su acreencia de la masa concursal, y en estricto por ello, no tiene un simple derecho de preferencia, sino que es un privilegio superior que le permite distraer los bienes prendados de la masa concursal y evitar con ello diferir su cobro en caso los demás acreedores opten por una Reestructuración Empresarial.

El reglamento es más claro aún, pues en su artículo 8 dispone que en caso el constituyente ingrese a un proceso de insolvencia o concursal, deberá dar cuenta de ello al organismo competente, con el fin de que sean excluidos los bienes afectos a la masa concursada. Es decir, los bienes afectos a prenda global y flotante salen de la masa concursal y de manera similar a un patrimonio fideicometido, forma un patrimonio autónomo para estos efectos.

Los bienes afectados, por ello, no cubrirán otro crédito que no sea el crédito sujeto a prenda global y flotante. Es decir, no responde por otras obligaciones del constituyente ni de sus causahabientes.

Solamente en caso que tras la venta de los bienes exista un saldo a favor del constituyente, el acreedor deberá comunicar o entregar dicho saldo a la entidad encargada del proceso de insolvencia o concursal.

Los bienes afectos a prenda global y flotante, en estricto, no entran a una secuencia u orden preferencial, sino que propiamente gozan del privilegio de poder excluirse o alejarse de la masa concursal, para

cumplir con su objetivo de cubrir el crédito en caso de incumplimiento.

### 6. Extensión de la prenda global y flotante

Además de contar esta garantía con el derecho preferencial para satisfacer el cobro de la acreencia a través de la realización de las cosas afectadas, antes que los demás acreedores, el privilegio de las entidades del sistema financiero comprende o se extiende también no sólo a la obligación principal, sino a las accesorias, es decir, intereses y gastos.

La Ley de Bancos, al respecto, establece que se entenderá extendida la prenda a todas las deudas y obligaciones tanto directas como indirectas, así como las existentes y futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo que se deje constancia de estipulación en contrario.

Así, los bienes dados en prenda o hipoteca respaldan todas las obligaciones directas o indirectas, existentes o futuras, asumidas por quien otorgue las garantías. Es decir, estas garantías cubren toda deuda o obligación existente o que pudiera existir, aun cuando no hayan sido referidas expresamente al constituirse la garantía.

### 7. Ejecución de la prenda global y flotante

Las garantías permiten cubrir los riesgos del incumplimiento, pero serán eficaces en la medida en que cumplan en su totalidad esa función, realizándose en forma rápida y poco costosa.

Una manera eficaz de hacer menos costosa su ejecución podría ser apropiarse directamente del bien prendado, en caso el deudor incumpla con su obligación.

Sin embargo, el artículo 1066 de nuestro Código Civil impide el pacto comisorio, toda vez que establece que aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Esta disposición no permite pacto en contrario y es sancionada con nulidad toda estipulación al respecto.

Debido a que el pacto comisorio se encuentra proscrito legalmente, es necesario satisfacer la acreencia a través de la venta del bien dado en garantía.

Las empresas del sistema financiero pueden cubrir la contingencia del incumplimiento a través de la venta de los bienes prendados<sup>23</sup>. La Ley 26702, en ese sentido, establece que si el deudor incumple con el pago de una o más cuotas en los plazos establecidos o si dispone de los bienes dados en garantía en perjuicio de los derechos de la empresa acreedora (perteneciente al sistema financiero), podrá solicitar la venta de los bienes. Asimismo, cabe solicitar la venta de los bienes prendados cuando la prenda se hubiere depreciado a tal punto que se encuentre en peligro la recuperación del crédito, según opinión del perito tasador registrado en la Superintendencia, y si el deudor o la empresa del sistema financiero son demandados respecto de la propiedad de los bienes dados en garantía.

En el caso de la prenda global y flotante, el artículo 4 del Reglamento permite a las partes pactar un procedimiento extrajudicial de ejecución ante el eventual incumplimiento de la obligación garantizada. Claro está que, como afirmamos anteriormente, dicho pacto no podrá incluir la posibilidad de que, en caso de incumplimiento, el acreedor pueda apropiarse de la prenda para satisfacer su cobro, por cuanto el artículo 1066 sanciona con nulidad el pacto comisorio. Sin embargo, de incluirse el pacto comisorio, "la nulidad será del pacto y no del contrato de prenda, el cual no perderá su eficacia"<sup>24</sup>, pues lo contrario atentaría contra el principio de conservación de los contratos.

Si no existiera pacto al respecto, corresponderá entonces su ejecución de acuerdo con el proceso de ejecución de garantías contemplado por el Código Procesal Civil.

### III. Problemas de la prenda global y flotante

#### 1. Consecuencias de la carencia de inscripción

Ante la inexistencia de inscripción, consideramos de aplicación el artículo 1071, por el cual el acreedor podría exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no se encuentre vencido. Pues "lo que quiere decir este artículo es que en el supuesto de no entregarse el bien ofrecido en prenda, tal prenda no existe. Y por lo tanto, el cumplimiento de la obligación principal se encuentra sin respaldo, es decir, se encuentra desamparada y desprotegida"<sup>25</sup>.

Al respecto, existe quienes sostienen que, en este caso, existe una promesa (o, según nuestra regulación, un contrato preparatorio) de prenda, tal como sucede en la legislación mexicana, que hace alusión a la promesa de prenda en los artículos 2871 y 2872 del Código Civil, en tanto establece que "si alguno hubiere prometido dar cierta cosa en

prenda y no la hubiere entregado, el acreedor puede pedir que se le entregue la cosa, que se dé por vencido el plazo de la obligación o que ésta se rescinda".

El acuerdo de prenda global y flotante que carece de inscripción no es prenda y tam-

poco puede otorgársele un carácter diferente al estipulado por las partes, pues éstas buscan en realidad un contrato definitivo y no obligarse a celebrar un contrato definitivo en el futuro. Además, como contrato preparatorio los declarantes se obligarían a celebrar en el futuro un contrato, que tenga las características establecidas en los artículos 1351 y 1402 de nuestro Código Civil; es decir,

---

*«La prenda global y flotante (...) es un contrato real que constituye un gravamen bajo la modalidad de entrega jurídica.»*

---

<sup>23</sup> Artículo 175. Ley 26702.- VENTA DE LOS BIENES GRAVADOS. Las empresas del sistema financiero pueden solicitar la venta de los bienes que se les haya afectado en prenda o en hipoteca en los siguientes casos :

- 1.- Si el deudor dejara de pagar una o más cuotas en los plazos establecidos.
- 2.- Si la garantía se hubiese depreciado o deteriorado a punto tal que se encuentre en peligro la recuperación del crédito , según opinión del perito tasador registrado en la Superintendencia.
- 3.- Si el deudor o la empresa del sistema financiero, son demandados respecto de la propiedad de los bienes dados en garantía.
- 4.- Si el deudor realiza actos de disposición o constituye otros gravámenes sobre los bienes afectados en garantía, con perjuicio de los derechos que a la empresa corresponde como acreedora.
- 5.- Si por cualquier título el deudor cede la posesión de los bienes dados en garantía sin recabar la conformidad de la empresa acreedora.

<sup>24</sup> CANTUARIAS, Fernando. Venta de los bienes prendados. En Themis No. 4. Julio 1986. p. 74.

<sup>25</sup> TORRES MENDEZ, Miguel.op.cit.p.55.

que sea un contrato que crea, regula, modifica o extingue una relación jurídica obligacional, "pues el contrato sólo puede generar derechos de crédito u obligación y no derechos reales"<sup>26</sup>, situación distinta a la de la prenda que establece una obligación real.

Por otro lado, otro argumento en contra del supuesto contrato preparatorio es que una de las características del mismo es su autonomía, y por ello, si bien se fija previamente el contenido del contrato definitivo, este acuerdo es distinto del contrato definitivo.

### 2. ¿Cuándo surge el derecho real?

Según la doctrina argentina, la prenda flotante no requiere de individualización física, aunque sí es necesaria la determinación del valor y las características del bien pignorado.

Por ello, algunos autores<sup>27</sup> han sostenido que, en tanto la prenda es flotante, el derecho real surge sólo en el momento de la ejecución, pues en ése momento se individualiza la cosa (res). Así, Héctor Cámara recoge del diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el sustento de la prenda flotante en el año 1914: "Como bien dijo Meyer Pellegrini al debatirse en el Parlamento (argentino) la Ley 8.875, 'la garantía flotante es una garantía condicionada y suspensiva que flota sobre el patrimonio del deudor sin ser tocado ( ) mientras no sucede uno de los hechos previstos y determinados en la ley -el incumplimiento de la obligación, acotamos-, sólo llegado ese momento, la garantía desciende sobre el patrimonio del deudor"<sup>28</sup>.

Esta posición se asemeja más bien a la prenda genérica, cuando en realidad lo que se busca con este gravamen es afectar un bien fungible determinado en calidad, especie, cantidad y valor y no crear una garantía que "flote" sobre el patrimonio del otorgante.

Por ello, no coincidimos tampoco con Ramírez-Gastón cuando afirma que "la universalidad o conjunto de cosas afectadas son sólo un elemento lógico

determinante del objeto del derecho, que actúa desde el momento de constituirse la garantía, hasta el momento de su extinción, momento en el cual lo determinable se fija y concreta"<sup>29</sup>. En la prenda global y flotante, el bien gravado no es determinable, sino por el contrario se encuentra desde su constitución debidamente determinado e identificado.

El artículo 1 del Reglamento confirma lo expuesto, pues establece que los bienes fungibles prendados pueden ser sustituidos por otros de "igual naturaleza", es decir, se respeta lo que llamaríamos su determinación genérica, y por lo tanto el gravamen no sólo sería sobre un valor determinado. Asimismo, el artículo 11 del Reglamento obliga al constituyente a llevar un registro contable, especial e independiente, sobre los bienes afectos a prenda global y flotante, obligación que requiere la determinación del bien o los bienes otorgados en prenda.

En conclusión, el derecho real surge cuando el contrato que contiene la determinación de la calidad, la cantidad, la especie y el valor de los bienes fungibles prendados es inscrito en el Registro correspondiente. Por ello, la prenda global y flotante, establecida en la Ley de Bancos, es distinta a la prenda flotante argentina, pues ésta no flota sobre el patrimonio del constituyente hasta el momento de su ejecución, que es cuando se determina, sino que se encuentra desde su constitución, debidamente determinada.

### 3. No persecutoriedad del bien

"Al decir que es un derecho real de garantía, involucramos la potestad del titular para requerir la venta de la cosa gravada en caso de incumplimiento de la prestación del deudor(...), así como también la facultad de perseguirla en manos de terceros -ius perseguendi."<sup>30</sup>

Debido a la fungibilidad de los bienes afectados, resulta difícil que esta garantía otorgue el derecho de persecutoriedad, por ello quien las adquiere las obtiene sin afectación ni carga alguna. Por ello, algunos tratadistas sostienen que en tanto se constituye la prenda sobre un conjunto de bienes variables, definitivamente

<sup>26</sup> DE LA PUENTE. El contrato con efectos reales. En *Ius Et Veritas*. No. 9. Año V.p.13.

<sup>27</sup> CAMARA, Héctor. *Op.cit.*p.151.

<sup>28</sup> CAMARA, Héctor. *Op.cit.*p.155.

<sup>29</sup> RAMIREZ-GASTON, José. *op.cit.* p.140 y ss.

<sup>30</sup> CAMARA, Héctor. *Op.cit.*p.136.

no podrá ser un derecho real, pues carece del atributo de sujeción y persecutoriedad.

Max Arias Schreiber, citando a Jorge Avendaño respecto del derecho real de prenda, afirma que “la persecutoriedad resulta imposible porque los bienes gravados son muebles, susceptibles de destrucción, ocultamiento y además de difícil identificación”<sup>31</sup>.

En la prenda global y flotante desaparece un requisito considerado por muchos indispensable en todo derecho real de garantía: la sujeción de la cosa en favor del acreedor, requisito que es superado por la posibilidad de que unos bienes salgan y otros los reemplacen.

Sin embargo, siguiendo a Colin y Capitant, “nada se opone a la creación de una prenda sin desplazamiento, y por ello afirmamos, al igual que Jorge Ramírez Otárola, que “el contrato de prenda tiene como finalidad esencial la de adquirir un derecho de preferencia sobre la cosa pignorada, y este fin se puede conseguir entregando o no la cosa al acreedor (...). La desposesión era el medio de asegurar el derecho de preferencia y la publicidad. Pero si llegamos al fin deseado por otros medios, ¿por qué no llegar a ellos evitándose la desposesión?”<sup>32</sup>.

#### 4. Creación de un nuevo registro

El Reglamento creó un Registro Especial en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca y Seguros. Sin embargo, posteriormente se modificó esta disposición toda vez que se estableció mediante la Resolución SBS N° 160-98, que éstos gravámenes se inscriban en el Registro Especial de Prenda Global y Flotante integrante de una Sección Especial del registro de Bienes Muebles del Sistema Nacional de Registros Públicos. Este Registro, sin embargo, resulta una desventaja para los acreedores que no son empresas del sistema financiero y bancario, pues no podrán inscribir en él estos contratos de garantía, pues es exclusivo de las empresas integrantes del sistema financiero.

Además, se suma otro registro al ya complicado sistema de registro que mantiene nuestro país, en el que existe un gran número de registros a los que habrá que acudir para constatar si un bien se encuentra gravado

o no, en el caso de pensar contar con una prenda genérica sobre los bienes fungibles del deudor. Ahora, ante al carácter excluyente que otorga la prenda global y flotante a las empresas financieras, todas las personas tendrán que acudir también a este registro para constatar que no exista gravamen que pueda oponérsele.

#### 5. ¿Existe subrogación real?

A pesar de que algunos plantean que en tanto la prenda recae sobre cosas fungibles consideradas in genere y susceptibles de ser reemplazadas por otras de la misma especie y en igual cantidad, por lo cual el derecho real pasa ipso iure de las cosas que se ha dispuesto a las que se sustituyen en virtud de una subrogación real, consideramos que, en realidad, en la prenda global y flotante existe en efecto una obligación de sustituir. Pero ésta no se produce por el fenómeno jurídico de la subrogación real, sino por efecto directo de la constitución de la prenda, que le exige al deudor mantener un stock mínimo hasta por el monto, la cantidad, la calidad y la especie fijada en el contrato.

#### 6. ¿Preferencia absoluta?

Como manifestamos anteriormente, la Ley expresamente otorga al acreedor preferencia absoluta sobre el valor de la prenda global y flotante, y le da inclusive la posibilidad de excluir a todos los demás acreedores del constituyente.

Sin embargo, consideramos que tanto en los casos de insolvencia como en los de incumplimiento, podrán excluirse otros créditos del constituyente, siempre y cuando no se trate de créditos laborales, pues este tipo de crédito cuenta con una protección especial consagrada en el artículo 24 de la Constitución Nacional.

La Constitución establece que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. Esto implica que nuestra carta fundamental le ha otorgado un superprivilegio

<sup>31</sup> ARIAS SCHREIBER, Max. Prenda con entrega jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo XI. Noviembre 1994.

<sup>32</sup> Ibidem.

o preferencia superior al crédito laboral frente a todos los demás derechos de cobro.

Si se pretendiera excluir los bienes prendados para evitar el cobro de los acreedores de créditos laborales, se vulneraría la Constitución, pues “el ‘superprivilegio’ del crédito laboral consagrado por el legislador peruano otorga una preferencia a favor de los créditos por remuneraciones o beneficios sociales que los ubica por encima de los créditos garantizados con derechos reales”<sup>33</sup>.

En ese sentido, si existen remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, no podrá abstraerse los bienes como en los demás casos, sino que, por el contrario, se deberá satisfacer primero los créditos de carácter laboral, para posteriormente satisfacer la acreencia prendaria. **■**

---

<sup>33</sup> ESCURRA RIVERO, Huáscar. El “Superprivilegio” del crédito laboral vs. el sistema de garantías reales. En *Themis* . Segunda Epoca. No. 34. 1996. p. 160.