



LAS GARANTÍAS REALES

Martín **MEJORADA CHAUCA** / Gunther Hernán **GONZALES BARRÓN** / Martín Alejandro **HURTADO REYES** / Ricardo **BEAUMONT CALLIRGOS** / María Elena **GUERRA CERRÓN** / César Ernesto **LUPERDI GAMBOA** / Percy Howell **SEVILLA AGURTO** / Sara **TAIPE CHÁVEZ** / Alberto **MENESES GÓMEZ** / Sussy Johanna **VARGAS CABELLOS** / Jackeline **BRAVO JOAQUÍN** / Erika **ROSPIGLIOSI CASO** / Jimmy **RONQUILLO PASCUAL** / Carlos Franco **MONTOYA CASTILLO**

LAS GARANTÍAS REALES

LAS GARANTÍAS REALES

Martín **MEJORADA CHAUCA** / Gunther Hernán **GONZALES BARRÓN** /
Martín Alejandro **HURTADO REYES** / Ricardo **BEAUMONT**
CALLIRGOS / María Elena **GUERRA CERRÓN** / César Ernesto **LUPERDI**
GAMBOA / Percy Howell **SEVILLA AGURTO** / Sara **TAIPE CHÁVEZ** /
Alberto **MENESES GÓMEZ** / Sussy Johanna **VARGAS CABELLOS** /
Jackeline **BRAVO JOAQUÍN** / Erika **ROSPIGLIOSI CASO** / Jimmy J.
RONQUILLO PASCUAL / Carlos Franco **MONTOYA CASTILLO**

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
CIVIL
& procesal civil
INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

LAS GARANTÍAS REALES

PRIMERA EDICIÓN
MAYO 2014
4,440 Ejemplares

© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2014-06674

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN:
978-612-311-148-9

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221400393

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

FAX: 241-2323

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

AUTORES

RICARDO BEAUMONT CALLIGOS
JACKELINE BRAVO JOAQUÍN
GUNTHER HERNÁN GONZALES BARRÓN
MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN
MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES
CÉSAR ERNESTO LUPERDI GAMBOA
MARTÍN MEJORADA CHAUCA
ALBERTO MENESES GÓMEZ
CARLOS FRANCO MONTOYA CASTILLO
JIMMY J. RONQUILLO PASCUAL
ERIKA ROSPIGLIOSI CASO
PERCY HOWELL SEVILLA AGURTO
SARA TAIPE CHÁVEZ
SUSSY JOHANNA VARGAS CABELLOS

DIRECTOR

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

COORDINADOR

CARLOS FRANCO MONTOYA CASTILLO

PRESENTACIÓN

El crédito cumple un papel central en la economía. Un crédito accesible y seguro permite un mayor dinamismo de las inversiones y crecimiento del capital. Por ello, mientras goce de mayores resguardos y medidas de protección, mayores incentivos existirán para que se desarrolle un fiable mercado de capitales.

Diversas son las variables que pueden explicar la existencia de un sólido sistema crediticio, una de ellas es el marco regulatorio de las garantías legales. Una regulación eficaz generará no solo que el acreedor tenga a la mano un sistema que le permita recuperar rápida y eficientemente su acreencia, sino también que el deudor goce de un crédito más accesible.

En efecto, la reducción de los riesgos frente al eventual incumplimiento no solo beneficia al acreedor, sino también a los consumidores, quienes gozarán de un sistema crediticio flexible y menos oneroso.

Y es que mientras más eficiente sea la garantía otorgada, disminuye el riesgo inherente a toda operación de crédito, incluso la capacidad de pago del deudor que, si bien siempre tendrá que acreditarse, podría incluso pasar a un segundo plano.

Un sistema de garantías eficiente permite, finalmente, incorporar al mercado financiero a un sector de la población hasta ahora excluido, toda vez que lo determinante para que accedan a un crédito será la calidad de su garantía y no tanto su capacidad de pago.

Qué duda cabe, las garantías que suelen ser más atractivas son aquellas que recaen sobre determinados bienes perfectamente identificados.

Si se produjese el impago de la deuda, los bienes que la garantizan serán ejecutados, es decir, podrán ser enajenados para pagar al prestamista mediante el oportuno procedimiento judicial o extrajudicial previsto (garantía mobiliaria, en este último caso).

Las garantías reales se encuentran reguladas en el Código Civil (CC) y por leyes especiales, y básicamente se dirigen a proteger al acreedor de las consecuencias negativas derivadas de una obligación primigenia plenamente establecida, a través de la afectación voluntaria por parte del deudor o tercero de un bien inmueble o mueble de su propiedad con la finalidad de que en caso ocurra la inejecución, pueda ser realizado a través de un proceso judicial (o extrajudicial).

La hipoteca ordinaria (art. 1097 y ss. del CC), la popular (Ley N° 28698), la sábana (art. 172 de la Ley N° 26702), la anticresis (art. 1091 y ss. del CC) y la garantía mobiliaria (Ley N° 28677) cumplen, con sus particularidades, un rol asegurador del crédito otorgado, permitiendo que el deudor cumpla, a sabiendas que —de lo contrario— se llevará a ejecución el bien garantizado con su posterior remate y adjudicación a terceros.

Comprender el uso adecuado de las garantías que ofrece el ordenamiento es clave, pero tan igual de importante es el proceso ejecutivo judicial que deba iniciarse cuando los medios extraprocesales de cobro hayan fracasado. Una ejecución predeterminada legalmente, dinámica y equilibrada en cuanto a los derechos de las partes complementa favorablemente nuestro sistema de garantías.

Gaceta Civil & Procesal Civil es consciente de la necesidad de que los operadores jurídicos cuenten con herramientas doctrinarias y jurisprudenciales para aprehender cada una de las garantías reales y optimizar su aprovechamiento. Por tal motivo, y dentro de esa óptica, ofrece a sus suscriptores una obra especializada que concentra en la parte doctrinaria tanto el análisis sustantivo de las garantías como las reglas procesales vigentes para su ejecución; y en lo jurisprudencial, se exhiben los pronunciamientos en materia de ejecución emitidos por la Corte Suprema, debidamente sumillados; así como los plenos jurisprudenciales de reciente data que evidencian los criterios de los jueces de todos los niveles de la judicatura.

En las siguientes páginas, encontraremos, en materia hipotecaria, los trabajos de los profesores Martín Mejorada y Gunther Gonzales que desarrollan –respectivamente– la extensión de dicha garantía, así como su relación con los registros públicos. En materia de garantía mobiliaria, presentamos un minucioso trabajo de Ricardo Beaumont que resalta aspectos de su constitución y ejecución, así como las reflexiones de Alberto Meneses sobre esta garantía en específico cuando recae sobre bienes ajenos.

En materia de ejecución de garantías, se abordan diferentes aspectos problemáticos y de constante reflexión con relación a los requisitos de la demanda, la contradicción como oposición del ejecutado, el gravamen como límite al ejecutante, la cesión de créditos en instancia de ejecución, la ejecución frente otros acreedores privilegiados, entre otros temas de relevancia práctica. Analizan y comenta estos temas los especialistas Martín Hurtado Reyes, María Elena Guerra Cerrón, Sara Taipe Chávez, entre otros, que enriquecerán las perspectivas existentes en materia de tutela ejecutiva basada en la realización de garantías reales.

Manuel Alberto Torres Carrasco
Director de la obra

Primera parte
ESTUDIOS

La extensión de la hipoteca

Martín MEJORADA CHAUCA^(*)

¿La hipoteca se limita al bien identificado en el acto constitutivo o se extiende a los objetos incorporados con posterioridad? Este es el tema de la extensión de la garantía hipotecaria con relación al bien. El asunto está resuelto por el artículo 1101 del Código Civil, que dice: “La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios (...), salvo pacto distinto”; sin embargo, ciertos pronunciamientos de la Corte Suprema e incluso del Tribunal Constitucional⁽¹⁾ hacen pensar que la materia no es pacífica. Si bien la hipoteca recae sobre inmuebles en general (incluyendo los inmateriales), me ocuparé de la extensión de esta garantía en el caso de los predios.

En algunas ocasiones la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han entendido que la hipoteca recaída sobre un terreno no se extiende a las construcciones levantadas con posterioridad. En síntesis, las razones que se invocan son las siguientes: i) la hipoteca solo recae sobre

(*) Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico.

(1) Por mencionar algunos pronunciamientos: sentencias de la Corte Suprema publicadas en el diario oficial *El Peruano* el 31 de marzo de 2004 (Cas. N° 214-2003-Santa) y la publicada el 30 de abril de 2004 (Cas. N° 984-2003-Lima). Ver también la sentencia del Tribunal Constitucional publicada el 28 de setiembre de 1999 (Exp. N° 428-97-AA/TC). Sin embargo, la Corte no siempre mantiene esta posición, quizá valga la pena un Pleno sobre el particular.

el bien determinado que se indica en el título de constitución, ii) es posible ejecutar el terreno y no la construcción por que la ley admite que el suelo, sobresuelo y subsuelo pertenezcan a propietarios distintos; y iii) pretender que la hipoteca comprenda un bien que aparece con posterioridad a la constitución sería admitir la garantía sobre bienes futuros.

En las siguientes líneas analizaré las instituciones jurídicas comprendidas en el razonamiento de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Me refiero al principio de especialidad y a la noción de partes integrantes.

I. ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA

Cuando los conceptos son tratados como dogmas y cuando las instituciones se aplican sin revisar su fundamento, el resultado es que no sirven a la realidad. En tal situación se podría hallar el denominado principio de especialidad de la hipoteca.

Según este principio, la garantía debe recaer sobre un bien cierto y determinado⁽²⁾. Indicar el bien es un requisito de validez para el título de la hipoteca. El principio de especialidad está recogido expresamente en el artículo 1100 del Código Civil que dispone: “La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados”.

¿Por qué el objeto de la garantía debe ser cierto y determinado? La razón no es exclusiva de la garantía hipotecaria sino de los derechos reales en general. Estos derechos recaen sobre bienes ciertos (entiéndase bienes identificados, aunque no sean registrados ni registrables). La certeza del bien es la justificación práctica para las utilidades más salta-ntes de los derechos reales. Si el bien no fuera cierto, el titular no lo podría reclamar (no habría **persecutoriedad**). Tampoco se podría gozar del bien con exclusión de los demás (no habría **preferencia-oponibilidad**). **Persecutoriedad** y **oponibilidad** son dos conceptos que explican el interés de los sujetos por gozar de ciertos poderes sobre las cosas, es decir, la sustancia de estos conceptos proviene del mundo práctico. Los

(2) También se refiere a la obligación garantizada para indicar que esta debe ser cierta, aunque se admite que sea determinable, futura o eventual.

derechos reales otorgan al titular poderes más efectivos que otros derechos patrimoniales. En definitiva, la certeza del bien equivale al objeto del derecho real. La certeza del bien es la **causa** de la relación jurídico-real.

Así, el **principio de especialidad** se refiere a una condición intrínseca de todos los derechos reales cual es la identificación del objeto como centro del interés patrimonial. Cuando se constituye la garantía tiene que identificarse el bien porque de lo contrario el derecho no tendría **causa**. Tal es el fundamento del principio de especialidad. Esto no significa que no existan derechos patrimoniales sobre objetos genéricos o cosas indeterminadas, pero en tales casos el interés del sujeto tiene otra dimensión.

Ahora bien, ¿hay algo más tras el principio de especialidad?, ¿se intenta de algún modo limitar el acto de disposición del propietario que grava el bien? La respuesta es negativa. La libertad contractual informa el proceso de constitución de garantías, por ello el propietario grava los bienes que desea. Mientras la voluntad expresada provenga de la libertad, el señalamiento del objeto no tiene restricciones. El control de los negocios jurídicos contra desviaciones odiosas es materia de otras instituciones legales (protección al consumidor, por ejemplo), no del principio de especialidad⁽³⁾. Este principio no busca favorecer a ninguna de las partes en la relación hipotecaria. Si no se indica el bien materia de la hipoteca ello anula el título por ausencia de objeto (art. 140 del CC), pero no significa que el principio de especialidad busque proteger al propietario o al acreedor.

Se cumple el principio de especialidad indicando el inmueble que se afecta en garantía, es decir, señalando al bien mediante las fórmulas usuales de identificación. En zonas urbanas será la dirección municipal o la inscripción registral. En zonas rurales la identificación es por descripción de linderos o coordenadas UTM⁽⁴⁾, también la inscripción registral.

(3) Por ejemplo, los vicios de la voluntad que conducen a la nulidad y a la anulabilidad del acto jurídico (artículo 221 del Código Civil).

(4) Mediante Ley N° 28294 se ha creado el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios. El artículo 21 de esta ley señala que el Registro de Predios, para proceder a inscribir definitivamente cualquier derecho, debe exigir la inscripción del Código Único Catastral (CUC). El CUC es la identificación alfanumérica de predios.

No es necesario un detalle que comprenda la descripción de las **partes integrantes** del inmueble. Cuando se constituye una hipoteca no se describen las paredes que componen un predio, ni las tuberías que lo atraviesan o las vigas y columnas que lo sostienen. Basta indicar una fórmula abreviada que identifique el bien. Esto no significa que las paredes y tuberías no estén comprendidas en la garantía, claro que lo están, pues se trata de elementos del bien. El inmueble es una entidad compleja cuya identificación no pasa por describir todos sus componentes.

Usualmente, las partes no señalan los bienes que pudieran aparecer con posterioridad a la constitución, pero si lo hicieran es evidente que no hay garantía respecto de lo que aún no existe (art. 1106 del CC). La aparición posterior de bienes que se adhieren al principal no tiene nada que ver con el **principio de especialidad**. El sistema legal decidirá qué ocurre con ellos. Dicha decisión no tiene vinculación con el **principio de especialidad**.

II. PARTES INTEGRANTES

Tema de gran relevancia el de las **partes integrantes**, aunque normalmente no se le estudia con detenimiento. En el Perú existe norma expresa sobre el particular. Dice el artículo 887 del Código Civil: “Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares”.

Las **partes integrantes** son las que se adhieren a otras, por obra del hombre o de la naturaleza. El sentido de la adherencia, es decir, qué parte se adquiere a cuál, o si una es principal respecto de la otra, no es relevante a efectos de la categoría que comento. Todas son **integrantes**.

La integración de bienes es un tema fáctico. Los hechos indican si un bien se puede o no separar de otro y en qué condiciones. Por tanto es también un tema tecnológico. La posibilidad de separar sin daño un bien incorporado en otro depende del estado de la técnica (el cual varía permanentemente y con mayor rapidez en los últimos tiempos). Lo que hasta hace unos años era de imposible separación hoy es factible debido a la técnica. Es el caso de sanitarios, puertas, ventanas y pisos de un predio, que en ciertas circunstancias pueden separarse sin destruirse ni deteriorarse. Lo mismo ocurre con las células animales y vegetales

que se manipulan y retiran sin daño desde su ambiente natural hacia el laboratorio y viceversa.

Claro, pese al avance de la tecnología hay infinidad de bienes que al integrarse no pueden ser separados, así ocurre hasta hoy con la pintura sobre el lienzo, las tuberías empotradas en las paredes, el suelo y las columnas que penetran en la tierra y se erigen hacia los aires, etc. **La edificación sobre un predio es un caso de parte integrante**, por ahora.

Son **partes integrantes** las que no se pueden separar sin dañarse o deteriorarse, no se refiere a un daño o deterioro irremediable, pues en realidad casi todo daño se puede reparar, y de ser así no habría nada realmente **integrante**. La norma tiene que ver con el hecho de que las **partes integrantes** no tienen autonomía inmediata, ni antes ni después de su separación. Por supuesto que si se separan y se acondicionan podrían adquirir funcionalidad, pero ello no significa que en su momento no fueron integrantes.

Según el Código Civil, las **partes integrantes** no pueden ser objeto de derechos singulares. Esto significa que los bienes integrados solo pueden tener un titular. ¿Por qué? La razón es sencilla. Si las partes integradas tuvieran distintos titulares, ¿cómo ejercerían sus derechos? Imaginemos que alguien es propietario de la pintura sobre la pared y una persona distinta es titular de la pared, o que alguien es propietario de una tubería empotrada y otra persona es dueña del espacio que ocupa dicha tubería. Son situaciones absurdas, pues tales titulares no podrían ejercer sus derechos. Este es el fundamento de la prohibición contenida en el artículo 887 del Código y el punto de partida de las reflexiones que siguen.

¿Pueden las partes pactar en contra de la norma y admitir derechos singulares entre **bienes integrantes**? En principio no. Es una disposición prohibitiva que pretende conducir relaciones económicas sobre bienes. Su sentido mandatorio se desprende además de la propia fuerza del texto: ¡Las partes integrantes **no pueden** ser objeto de derechos singulares! (resaltado agregado). Además, ¿a quién le interesaría ser titular de una **parte integrante** teniendo en cuenta las circunstancias antes señaladas?

En el plano de las categorías jurídicas, y teniendo en cuenta lo dicho en los párrafos precedentes, el concepto **parte integrante** solo tiene sentido para bienes que no pueden ser objeto de derechos singulares. Es decir, dicha categoría se justifica en la medida que existan **partes que no pueden ser explotadas por separado**. Si existieran bienes que a pesar de ser inseparables (físicamente integrados), se les pudiese asignar eficientemente diferentes titulares, la prohibición no tendría sentido y por supuesto la categoría tampoco.

Ahora bien, la posibilidad de una explotación separada (y, por ende, la asignación a diferentes titulares), no solo requiere que concurren **elementos materiales o físicos**, sino también un **elemento jurídico**. Veamos.

El artículo 955 del Código Civil señala: “El suelo o el sobresuelo **pueden** pertenecer, total parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo” (resaltado agregado). ¿Pueden? ¿De qué depende esta posibilidad? Depende de que las partes adheridas puedan ser objeto de una explotación independiente. Dicha posibilidad debe examinarse tanto física como jurídicamente.

En el plano material o físico, si los bienes adheridos (suelo y construcción, por ejemplo) por su tipo de adherencia y funcionalidad no pueden ser explotados por separado, entonces no será posible la coexistencia de titularidades y la integración se regirá por el artículo 887 del Código Civil. Tal sería el caso de una construcción subterránea que atraviesa el suelo y se prolonga a los aires, anulando la funcionalidad autónoma del suelo.

Pero puede ocurrir lo contrario. Hay algunos bienes que a pesar de estar “integrados” permiten en los hechos la coexistencia de derechos singulares; tal es el caso de las construcciones superficiales cuando el suelo y el subsuelo gozan de operatividad independiente (por ejemplo, el parque del Óvalo Gutiérrez en Miraflores, respecto del estacionamiento subterráneo que se halla en el mismo lugar). En ellos se admiten derechos singulares a pesar de que son inseparables. La edificación sobre o bajo un terreno a veces satisface este elemento material, a veces no.

La posibilidad de una explotación separada depende además de la existencia de un **régimen legal** (elemento jurídico) que regule las

relaciones entre los diferentes niveles del predio. Solo así es posible la explotación autónoma y sin tropiezos. Este régimen legal proviene del **contrato** o de una **norma**. Naturalmente un contrato solo tendría sentido (causa) si en efecto existe el respaldo del elemento material o físico antes indicado. El contrato podría establecer las relaciones entre los niveles del predio, e incluso si no fuera posible la autonomía funcional de ellos (elemento material), podría crear un régimen de explotación exclusiva de algunos niveles, pero temporalmente. Por su parte, la existencia de una norma podría exceptuar el elemento material, compensándolo con la temporalidad de la asignación a diferentes titulares. El régimen legal también podría darle permanencia indefinida a dicha asignación si los elementos materiales lo permiten. La importancia del régimen legal se aprecia justamente en la regulación sobre superficie y propiedad horizontal. Sin ellas no sería posible la explotación separada de los bienes unidos. Si no hay régimen legal (contractual o normativo), la separación prevista en el artículo 955 del Código Civil no es posible y regiría la prohibición del artículo 887.

La superficie es un régimen legal cuya justificación se halla en la temporalidad de la separación entre suelo y edificación. De ahí que se le vea como una excepción a la prohibición contenida en el artículo 887 del Código Civil y como un supuesto del artículo 955. Otro régimen legal en el que se admite la separación de derechos a pesar de la evidente integración de bienes es la propiedad horizontal, hoy conocida como Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común (Ley N° 27157). En este último caso, la separación es permanente porque las secciones adheridas están dispuestas para una explotación separada e indefinida en el tiempo. A este régimen también se le ve como una excepción al mandato prohibitivo del artículo 887 del Código.

Pero ¿son realmente excepciones? No en el caso de la propiedad horizontal y solo eventualmente en el caso de la superficie. En mi opinión, si los bienes gozan de permanente explotación separada no pueden ser llamados **integrantes**. El problema está en la definición. En la realidad, todos vemos que existen bienes que no se pueden separar materialmente, pero que al mismo tiempo son susceptibles de explotación autónoma por titulares distintos. En tales casos no se les debería considerar

partes integrantes. Sin embargo como la ley no distingue, se les trata como excepciones.

La visión realista es: hay bienes que se pueden explotar por separado y hay bienes que no. Ante la unión de bienes (aun cuando ellos no se puedan separar), las soluciones jurídicas deben establecerse en función a los diversos escenarios en los que se presenta la accesión. Si la unión deriva de una accesión natural (aluvión y/o avulsión, arts. 939 y 940 del CC), de una construcción sobre bien ajeno (edificación, arts. 941 al 943 del CC) o de una transformación (especificación, art. 937 del CC), las respuestas del Derecho deben observar la conveniencia práctica de admitir la coexistencia de varios derechos o establecer un sola titularidad. La decisión se debe sustentar en la realidad, no en la categoría jurídica. Si la tecnología permite una explotación separada hay que evaluar qué conviene. El régimen legal (contractual o normativo) se ocupará de los detalles.

No es inevitable que los bienes unidos correspondan a un solo titular, pero por diversas razones (justicia, castigo, operatividad, tradición, etc.) la ley siempre ha querido imponer la unidad, por ello ubica este tema en el capítulo de transferencia de propiedad (capítulo II del Libro V del Código Civil), donde una parte de los bienes adheridos se trasfiere a uno de los titulares concurrentes. Creo que esta inclinación legislativa tiene que ver sobre todo con la tradición (conservación de fórmulas romanas que se han transmitido de generación en generación) y no con la realidad actual ni el estado de la técnica.

Cuando la situación material y jurídica de los bienes unidos sí permite la explotación por diferentes titulares, no deberían considerarse **integrantes** pues en tales casos la prohibición del artículo 887 del Código Civil carece de sentido. No olvidemos que deben concurrir elementos materiales y un elemento jurídico. Solo el segundo puede exceptuar a los primeros, recurriendo a la fórmula de la temporalidad. Es decir, de modo alguno se puede admitir derechos singulares sin la existencia de un régimen legal.

Es audaz sostener que los **integrantes** que sí permiten explotación separada no son **integrantes**, pero sostengo esta tesis con convicción. ¿Qué utilidad puede tener este planteamiento?: salirse de la prohibición

que en tales casos resulta absurda. La existencia del derecho de superficie no es suficiente, pues este es siempre temporal por mandato de la ley. Por su parte, la **propiedad horizontal** es un régimen muy especializado que se ocupa de: “Los edificios de departamentos; quintas; casas en copropiedad; centros y galerías comerciales o campos feriales; y otras **unidades inmobiliarias** con bienes comunes, cuando pertenezcan a propietarios distintos (...)” (art. 37 de la Ley N° 27157). La propiedad horizontal no comprende todas las situaciones en las que hay autonomía funcional de partes adheridas. Por ejemplo, dónde ubicar a las secciones prediales donde la suma de ellas no conforma una unidad, (secciones superficiales que nada tienen que ver con la funcionalidad de la sección subterránea). Es necesario, pues, abrir el espectro de derechos o abrir las figuras existentes para comprender más supuestos. ¿Qué hacemos mientras tanto?

La clave está en interpretar adecuadamente el artículo 955 del Código Civil: “El subsuelo o el sobresuelo **pueden** pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo” (resaltado agregado). Esta norma está pensada en la superficie, sin embargo sostengo que es una norma general que consagra un principio en materia de propiedad predial y que las reglas sobre **partes integrantes** son especiales respecto de ella, de manera que se salve lo que de otro modo sería una clamorosa contradicción. Desde esta perspectiva puedo concluir que la regla en el caso de predios es que el suelo, subsuelo y sobresuelo, no obstante su adherencia, pueden corresponder permanentemente a titulares distintos. El régimen legal (contractual o normativo) señalará los casos específicos en que ello es posible.

III. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LOS INTEGRANTES

El artículo 1101 del Código Civil parecería no dejar dudas. “La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado (...)”. En consecuencia, si se hipoteca un terreno o una edificación y a ellos se unen posteriormente otros bienes a los que corresponda la categoría de **integrantes**, quedarán comprendidos en la garantía.

La norma sobre extensión tiene utilidad en la constitución de la garantía y en su ejecución. Funciona para suplir detalles sobre los elementos

del inmueble que se da en hipoteca. Así, quedan comprendidos en la garantía los **integrantes** del bien indicado en el título aun cuando no se haya hecho mención de ellos.

Sin embargo, su mayor utilidad se aprecia en la ejecución de la garantía. En virtud de la extensión quedan comprendidas en la hipoteca las modificaciones realizadas en el bien, las ampliaciones de un edificio o las construcciones nuevas. Producida una integración es absurdo que se permita un derecho singular sobre una parte que está integrada a otra. Por ejemplo, ¿cómo podría ejecutarse la hipoteca sobre una edificación y no sobre la nueva habitación que se ha construido como parte de una ampliación del predio? Se entiende aquí la prohibición del artículo 887 del Código Civil.

Ahora bien, ¿rige la tesis que desarrollé en el acápite anterior sobre las construcciones susceptibles de una explotación separada? Si aplicáramos al artículo 1101 del Código y la noción realista de **partes integrantes**, tendríamos que concluir que la hipoteca se extiende a los bienes unidos al objeto de la garantía, solo si estos son **integrantes** en el pleno sentido de la categoría jurídica; es decir, solo si ellos se incorporan al bien hipotecado sin permitir una explotación separada (sin permitir la coexistencia de varios titulares). Tal situación se presenta cuando la unión física no lo permite o cuando jurídicamente no es funcional la coexistencia, por la ausencia de un régimen legal (normativo o convencional) que previamente asegure el devenir de las relaciones entre los titulares de las partes adheridas.

Por el contrario, si el predio hipotecado recibe nuevas construcciones que sí pueden ser objeto de explotación separada, física y jurídicamente, entonces no estamos ante **partes integrantes** y la hipoteca no se extiende. Es el caso del predio hipotecado sobre el cual se construye un nuevo piso previamente independizado como parte de una **propiedad horizontal**, la hipoteca no se extenderá a la nueva construcción. Lo mismo el predio sobre el cual se había constituido una **superficie**, la hipoteca tampoco se extenderá a la construcción superficiaria.

Sin perjuicio de estos aportes sobre la aplicación de la categoría **partes integrantes** a la extensión de la hipoteca, considero que la referencia a **partes integrantes** contenida en el artículo 1101 del Código

Civil no se fundamenta en la prohibición del artículo 897 (“las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares”), sino que estamos ante una norma de protección para el acreedor. Se busca facilitar la ejecución de la garantía mediante el tratamiento unificado del bien que resulta de la unión de partes. Es la misma razón por la cual la hipoteca se extiende a los **bienes accesorios** (está en el mismo artículo) que son bienes que sí admiten derechos singulares (art. 888 del CC), pese a lo cual quedan comprendidos en la garantía.

El artículo 1101 del Código Civil abona a la incoherencia del sistema al utilizar una categoría (**partes integrantes**) cuyo principal fundamento es la imposibilidad de derechos singulares. No debió referirse a **partes integrantes** sino simplemente a uniones, accesiones, mejoras o similares. Pese al defecto formal debemos interpretar el sentido de la norma y extender la garantía a las edificaciones levantadas sobre el predio, con algunas salvedades lógicas. Si al tiempo de constituirse la garantía se había independizado registralmente las secciones destinadas a futuras edificaciones (para **propiedad horizontal** o **superficie**) la hipoteca no se extenderá cuando las construcciones se realicen, pues al celebrarse el contrato el acreedor pudo conocer que las futuras edificaciones correspondían a una unidad inmobiliaria separada jurídicamente. En estos casos, a pesar de la unión material, al negar la extensión de la hipoteca sobre la propiedad superficiaria o las secciones en **propiedad horizontal**, el bien hipotecado no pierde afectación ni posibilidad de ejecución.

Si no existe independización previa, el dueño del bien hipotecado puede celebrar posteriormente contratos de **superficie** o levantar edificaciones sometidas a **propiedad horizontal** o cualquier otro contrato por el cual separe el dominio del suelo, subsuelo y sobresuelo, empero al concurrir tales derechos con la garantía obviamente se preferirá a la primera, observándose a tales efectos los criterios señalados en el artículo 1135 del Código Civil. Es decir, siendo la hipoteca el derecho primeramente inscrito regirá plenamente con la extensión contenida en el artículo 1101 del Código, con preferencia a los derechos constituidos con posterioridad.

El hecho de que las partes del contrato de hipoteca no hayan comprendido a los bienes que hubieran de unirse a la cosa hipotecada no es argumento para negar la extensión de la garantía. Si se negara la extensión

en una situación donde las partes unidas son efectivamente **integrantes**, según hemos visto, se colocaría al acreedor hipotecario en una situación ridícula y se convertiría a la garantía en un instrumento inútil. ¿Quién compraría en ejecución un terreno sobre el cual hay una edificación ajena y perpetua? La respuesta es obvia: absolutamente nadie. Por lo tanto, la hipoteca no sirve para nada.

Se podría decir que la ejecución de las edificaciones unidas con posterioridad a la constitución de la hipoteca constituye un acto injusto, porque comprende un bien que el propietario no había afectado. No es así: la construcción es un acto unilateral del propietario del bien principal, que conociendo la existencia de la garantía produce la integración de un edificio. Este hecho voluntario y unilateral afecta la garantía y no puede ser una herramienta para frustrar su ejercicio. Por el contrario, permitir que un acto unilateral impida la realización de la garantía constituye un hecho injusto, antijurídico y contrario a toda funcionalidad en materia patrimonial.

Finalmente, los bienes que se integran al predio afectado son parte de la garantía desde que se incorporan en él, no antes. En tal sentido, no se aplica la prohibición contenida en el artículo 1106 del Código Civil, pues claramente no existe garantía antes que los nuevos bienes existan.

La importancia de la hipoteca en el nacimiento del registro y de algunos de sus principios configuradores

Gunther Hernán GONZALES BARRÓN^(*)

I. LA REFORMA LIBERAL Y EL ORIGEN DEL REGISTRO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD Y DEL CRÉDITO

El espíritu capitalista empieza a adueñarse de los hombres a partir del siglo XV, específicamente en las grandes ciudades marítimas cuyo florecimiento tiene como causa el comercio. Paralelamente, la concepción medieval de la vida se resiste a desaparecer. Las sociedades evolucionan, pero a un ritmo lento, pues detrás de la idea entonces imperante se tiene una tradición subyacente que se arrastra por muchos siglos; además, la influencia religiosa todavía es grande para que se produzcan cambios dramáticos. Pero ¿qué significa este naciente espíritu capitalista?

(*) Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Civil y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha (España). Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente es Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Vocal Presidente del Tribunal Administrativo de la Propiedad del Organismo de Formalización de la Propiedad de Cofopri, Vocal y Presidente de una de las Salas del Tribunal Registral y Notario de Lima.

“Pues, nada menos, que el objeto principal de la acción humana era la búsqueda de la riqueza”⁽¹⁾.

No es que antes no existiese el espíritu mercantil, sino que la Edad Media se encuentra dominada por la religiosidad, la tradición, la aspiración suprema a la vida ultraterrena o por el honor. La sociedad estamental, sin cambios, tiene como característica que ricos y pobres lo son de generación en generación; sin movilidad social, en donde la riqueza no se explota a su máximo potencial, pues no existe el crédito, ni la Banca, ni los préstamos a interés; en donde el máximo valor es la vida contemplativa y monacal, y no la burguesa del comerciante. Todavía se piensa en la nobleza por razón de sangre, lo que es incompatible con el trabajo, el esfuerzo y la aventura. La hidalguía se emparenta con la ociosidad; y las faenas de trabajador, artesano o comerciante constituyen oficios poco menos que despreciables. En ese mundo existe la idea de lucro, pero no ganado a través de la producción, sino por medio de la nobleza, los privilegios o los derechos de conquista que implica la cesión de extensos territorios a los latifundistas⁽²⁾.

En el Antiguo Régimen, liquidado por la burguesía liberal, las transmisiones de la tierra eran escasas, o simplemente no podían hacerse, ya que el suelo estaba vinculado con la nobleza, la casta y el estamento.

(1) LASKI, Harold J. *El Liberalismo Europeo*. 12ª reimpresión de la primera edición española de 1939, Fondo de Cultura Económica, México 1992, p. 19.

(2) ¿Por qué triunfa el espíritu capitalista sobre el espíritu antiguo?: “porque dentro de los límites del antiguo régimen las potencialidades de la producción no podían ser ya explotadas. Paso a paso, los hombres nuevos, con sus métodos, adelantaban camino hacia un volumen de riqueza inalcanzable para la sociedad antigua. Las atracciones de esta riqueza despertaban apetitos que aquella vetusta sociedad, dada su contextura, era incapaz de satisfacer. En consecuencia, los hombres pusieron en tela de juicio la legitimidad de aquella contextura. La actitud para con la usura, la aceptación de los gremios como un medio racional de controlar la producción, la noción de que la Iglesia era la fuente natural del criterio ético, todo comenzó a parecer inadecuado, porque todo ello se atravesaba en el camino de las potencialidades que el espíritu nuevo revelaba. La idea del capitalismo no cabía dentro de los muros de la cultura medieval. Y el capitalismo, en consecuencia, emprendió la tarea de transformar la cultura de acuerdo con sus nuevos propósitos. Para ello tuvo desde luego que proceder por etapas; y, desde luego también, no se puede decir que tenga éxito mientras no destruya una resistencia que, en resumidas cuentas, ha durado tres siglos. Su afán es establecer el derecho a la riqueza con el mínimo de interferencia de cualquier autoridad social, sea la que fuere. En este empeño, el capitalismo se ve obligado, hablando en términos generales, a pasar por dos grandes fases: por un lado pretende transformar la sociedad, mientras por el otro trata de apoderarse del Estado”. Ibidem, pp. 21-22.

Esas clases eran perpetuas, no había movilidad social; y en tal sentido, no era usual que la tierra cambiase de manos. En un mundo de esas características no existía razón alguna, económica o jurídica, para dotar de especial seguridad a unas transferencias que simplemente no se realizaban⁽³⁾. Pero eso pronto habría de cambiar.

En el siglo XIX el liberalismo económico, por lo menos en la teoría, había triunfado en forma decisiva. “La riqueza de las naciones” de Adam Smith era un libro de cabecera, y describía el éxito a través del libre cambio de mercancías y capitales; fomentando el comercio, el crédito, la producción a través de la liberalización de la economía, pues los empresarios deberían deducir, al margen del control estatal, qué producir, qué comprar, qué vender, qué salarios pagar. El mercado, en buena cuenta, decide sobre todos y cada uno de esos ámbitos en forma espontánea, fuera de intervenciones o reglamentaciones, que solo impedirían que las inmensas fuerzas productivas puedan desarrollarse a su máxima plenitud. La diferencia con el anterior sistema, basado en el estamento, la religión y el desprecio por la actividad mercantil, era evidente⁽⁴⁾.

(3) La economía de la época no pedía más. Las enajenaciones no eran frecuentes y la demanda de capitales estaba reducida a la mínima expresión: LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario Registral*, José María Bosch Editor, Barcelona 1984, p. 39.

(4) Nuevamente recurrimos a la claridad del profesor inglés para que explique estas diferencias: “Antes del advenimiento del espíritu capitalista, los hombres vivían dentro de un sistema en que las instituciones sociales efectivas –Estado, Iglesia o gremio– juzgaban el acto económico con criterios ajenos a este mismo acto. El interés individual no se presentaba como argumento concluyente. No se aceptaba la utilidad material como justificación de la conducta económica. Aquellas instituciones sociales trataban de imponer, y en parte lo imponían, un cuerpo de reglas para gobernar la vida económica, cuyo principio animador era el respeto al bienestar social en conexión con la salud del alma en la vida futura. Ante esta consideración, se estaba dispuesto a sacrificar el interés económico del individuo, puesto que ello aseguraba su destino celestial. Con este propósito a la vista, la competencia era controlada, el número de clientes para cada comerciante era limitado, habían prohibiciones al comercio por razones religiosas, se prefijaban los precios y los tipos de interés, los días festivos eran obligatorios, se regulaban los salarios y las horas de la jornada laborable, y se evitaba la especulación dentro de ciertos límites. Estos ejemplos, escogidos al azar entre muchos otros preceptos de aquel sistema, bastan para demostrar que la conducta económica se regía conforme a normas no económicas. Todo este armazón de reglas se cuarteó porque no era capaz de contener el impulso de los hombres hacia la satisfacción de ciertas expectativas que, dados los medios de producción, aparecieron como realizables en cuanto el ideal medieval fuera sustituido por el de la riqueza como bien en sí”: LASKI, Harold J. *El Liberalismo Europeo*. Ob. cit., pp. 23-24.

No debemos olvidar que la corriente liberal está marcada por la liquidación y venta de una serie de bienes públicos y privados, ya sea los vinculados (cuya venta estaba prohibida), los de la Iglesia, los estatales y comunales. La idea es formar una masa de propietarios que inviertan en la agricultura, la industria, la minería o la construcción. Para ello se necesita también darles seguridad, garantías, protección frente a cualquier reclamo de los antiguos titulares basados en las normas del régimen jurídico que se desplomaba. La liberación de la propiedad tiene un rol fundamental para desactivar el poder terrateniente de las clases estamentales, de la Iglesia, de la nobleza; y disolverlos mediante el traspaso en masa de tierras a favor de burgueses, comerciantes y productores. Es el triunfo de una clase basada en el esfuerzo individual sobre otra clase que seguía pensando en la vida de tiempos pasados, y que la ociosidad era el mejor signo de honor y prestigio social, aunque no sea el triunfo de los pobres.

Existe, pues, un nuevo modo de ver la vida y la sociedad. Una idea de progreso, basada en la libertad y en la fe de la razón, hace que las élites crean que el camino al desarrollo se encuentra servido con solo mantener esa receta.

La liberalización de los factores de producción hace que estos se sometan a la lógica del mercado, lo que incluye desterrar las vinculaciones de la tierra; permitir la libre circulación del capital, dejar librado a la oferta y la demanda los salarios de los obreros; cerrar los gremios y sus regulaciones asfixiantes. En el mundo del Derecho estos cambios se aprecian dramáticamente:

“Los códigos civiles liberaron la riqueza de los antiguos vínculos, suprimiendo el *dominium directum* de la tierra y haciendo del *dominium utile*, es decir, de la propiedad burguesa, la única forma de propiedad, expropiable por los poderes solamente por necesidad pública legalmente constatada. En el derecho sucesorio se introdujo el principio de igualdad entre los coherederos, lo que quebró las grandes propiedades de tierra y transformó para la burguesía la riqueza inmobiliaria accesible, que después de algunas generaciones habría asumido el control integral. La introducción en los códigos civiles del principio de la igualdad entre los hombres valió para crear las

condiciones necesarias para la instauración de una economía de mercado, basada en el intercambio entre iguales, como es el intercambio de mercado. Sus valores no dependen más de los *status* subjetivos de los contratantes, sino que vuelven al libre juego de las fuerzas económicas⁽⁵⁾”.

El Perú no es ajeno a estas corrientes y establece, por mandato constitucional, la libertad de comercio e industria, así como la libre enajenación de los bienes, específicamente de la tierra⁽⁶⁾. Por su parte, la

-
- (5) GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Traducción de Horacio Roitman y María de la Colina, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 56.
- (6) Durante la Colonia, el mayorazgo era una institución por la cual se vinculaba un bien inmueble a una familia, de modo perpetuo e irreformable, generalmente a favor de la sucesión del hijo mayor. La aristocracia logró, de esta forma, mantener y acrecentar su poder económico. Además de los mayorazgos se tenían otras vinculaciones civiles y eclesiásticas de la propiedad, tales como las capellanías, las fundaciones de misas, las obras pías, así como las adquisiciones a favor de las entidades llamadas “manos muertas”, como las iglesias, que no tenían capacidad de disponer de los bienes. Todas estas vinculaciones tenían el dramático efecto de paralizar la economía, que no invertía en bienes que estaban destinados a un fin específico en forma indefinida, sin posibilidad de redimirse. Desde finales del siglo XVIII, la legislación española había prohibido las vinculaciones. La Novísima Recopilación, de principios del siglo XIX, e inspirada en la ideología liberal, prohibió las manos muertas en forma más enérgica. Por su parte, una ley peruana del 20 de diciembre de 1829, promulgada el 11 de enero de 1830, dispuso que los actuales poseedores de las vinculaciones civiles pudiesen disponer de la mitad; y el saldo quedaba reservado hasta que pasase a manos de su próximo poseedor. La Constitución de 1828 estableció que no se reconocían vinculaciones laicales, y que todas las propiedades eran enajenables. Una ley del 4 de setiembre de 1849 llegó más lejos, pues determinó que, sin excepción, todas las propiedades eran libremente transferibles. Esta norma se fue aplicando a mayorazgos, capellanías y demás vinculaciones laicales; con el consiguiente resultado que la riqueza territorial pasó al mercado libre de tierras. Hasta fines del siglo XIX era relativamente usual encontrar ejecutorias supremas referidas a la desamortización de la propiedad y el consiguiente reparto y venta de los inmuebles. El Código Civil de 1852 continuó con la misma tendencia, ya imparable. El Código dispuso la redención de los censos consignativo y reservativo. La ley del 15 de diciembre de 1864 continuó esa tendencia, e introdujo fórmulas para que los censatarios se liberen de los censos, si bien con grave perjuicio a los propietarios. La norma fue modificada por las leyes del 30 de marzo de 1867 y 20 de agosto de 1872. El punto final lo puso la ley del 17 de octubre de 1893, que declaró comprendidas en la ley de redención no solo los censos y capellanías, sino toda fundación de carácter perpetuo, cualquiera fuese su objetivo. Según Basadre, la primera plutocracia republicana se origina por una serie de factores: la riqueza temporal del guano, el pago de los vales de manumisión de esclavos y de la deuda interna a los colaboradores durante la Independencia. Todo ello no estuvo exento de la corrupción y el fraude. Este nuevo capital que no dio lugar a la industrialización del país, sino al consumo de lujo estéril, se invirtió en cierta medida en la agricultura mediante la adquisición de bienes inmuebles, lo que fue promovido por las distintas normas que eliminaron las vinculaciones de la propiedad (BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú (1822-1933)*. El Comercio, Lima 2005, Tomo III, pp. 228-232). La etapa final de los mayorazgos, capellanías y censos en el

necesidad de dotar de crédito a las iniciativas empresariales hace que surjan las primeras entidades financieras luego de la mitad del siglo diecinueve; y los bancos hipotecarios recién tendrán una ley en 1889⁽⁷⁾. Un año antes, y eso no es casualidad, se instaura el Registro de la Propiedad Inmueble mediante Ley de enero de 1888⁽⁸⁾, cuyo considerando escueto dice: “que es necesario dar seguridades a los que contratan sobre las propiedades inmuebles”.

Pues bien, ¿cómo sería posible que el ideario liberal se cumpla⁽⁹⁾? No basta eliminar las reglamentaciones, los privilegios, las vinculaciones a la tierra⁽¹⁰⁾, los gremios, los estamentos mercantiles contrarios a la libertad de comercio. Se necesitan también medidas positivas que

Perú puede verse en la obra de: RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo II, PUCP, Lima 2001, pp. 294-309.

- (7) Los primeros bancos hipotecarios que operaron en nuestro país fueron el de Crédito Hipotecario y el Territorial Hipotecario, en una época en la cual todavía no se encontraba organizado un Registro Inmobiliario. La guerra con Chile marcó el final de su trayectoria, aunque desde 1875 se había iniciado la crisis de ambas entidades con motivo de la alteración de la moneda circulante por la inconvertibilidad del billete y la depreciación del papel moneda. Los bancos y los tenedores de bonos exigían que el pago se haga en plata o su equivalente; mientras que los terratenientes deudores pretendían hacerlo con billetes a la par: BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú (1822-1933)*. Ob. cit., Tomo X, p. 35.
- Por su parte, la Ley de 1889 subsistió casi cuarenta años hasta que la Ley N° 6126 del 16 de marzo de 1928 –que la derogó– creó el Banco Central Hipotecario del Perú, de tanta importancia para la economía del país y el crecimiento de las ciudades, hasta que la hiperinflación del gobierno de 1985-1990 la puso en situación de quiebra. En los inicios de los años 90 fue declarada en liquidación.
- (8) La ley estuvo inspirada grandemente en el anteproyecto preparado por el jurista Miguel Antonio de la Lama. Véase el texto que este propuso en la revista de su dirección y propiedad: *El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia*. Año I, N° 36, Lima, 28 de agosto de 1886, p. 1.
- (9) Sin embargo, el liberalismo económico de nuestro país decimonónico era, en muchos casos, simplemente formal, pues en realidad la naciente clase empresarial actuaba en forma mercantilista, esto es, apoyado por los privilegios legales del Estado o mediante relaciones sociales de poder.
- (10) ¿Qué son estas vinculaciones? “Es la unión y sujeción de los bienes al perpetuo dominio en alguna familia, con prohibición de enajenarlos; y también el gravamen o carga perpetua que se impone en alguna fundación. Los principales vínculos que se han conocido son: 1° Los mayorazgos; 2° Las capellanías eclesiásticas y laicales; 3° Las fundaciones de misas, fiestas de santos, limosnas y otras, conocidas con el nombre de obras pías; 4° Las adquisiciones de bienes por manos muertas, con prohibición de enajenar. Estas diversas fundaciones concentraban la fortuna en pocas manos, y perjudicaban a la industria y a la riqueza”: GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la Legislación peruana*. reimpresión de la segunda edición de 1879, Tomo II, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007, pp. 1836-1837.

impliquen una acción efectiva, y una de ellas es asegurar que el inversionista pueda adquirir, o dar un préstamo, con seguridad razonable de su retorno. **En ese punto entra precisamente a jugar el Registro.**

No es casualidad, por tanto, que el siglo XIX sea aquel en el cual se generaliza en Europa y América la adopción de los sistemas registrales sobre bienes inmuebles, por cuanto en ese momento la tesis económica imperante postula la necesidad de liberalizar el comercio⁽¹¹⁾, permitir el libre cambio con el extranjero, atraer inversiones, desregular las actividades económicas, abrir la producción a las fuerzas del mercado, fomentar el crédito mediante sistemas modernos de garantía real (ejemplo: la hipoteca inscrita en un registro público, a diferencia de las garantías reales del pasado, ocultas y generales). La necesidad prioritaria es que el capital se dirija hacia los propietarios de la tierra, pero no a los aristócratas o a los barones del antiguo régimen, que solo querían mantener el honor del *status*, sino que permita el desarrollo de los burgueses inspirados en la idea de ganar dinero. De esa forma el capital permitiría modernizar las explotaciones agrícolas e industriales a través de la tecnología, y con la consiguiente obtención de eficiencia que posibilitaría participar con éxito en el mercado mundial.

El Registro se enlaza siempre con la necesidad de crédito seguro por medio de las entidades financieras destinadas a prestar capitales con garantía de hipotecas⁽¹²⁾. En el caso nuestro, se buscó levantar o modernizar la infraestructura productiva a efectos de que los empresarios se inserten en los mercados mundiales de la exportación; o en la

(11) “La propiedad y la producción agrarias quedan liberadas de un golpe del intervencionismo, más o menos intenso, tradicional y pasaron a una economía de mercado libre. A la sociedad estamental sucedió la capitalista en la que tierras y trabajadores (empresarios o proletarios) eran simples factores de producción. Por otra parte –y esto no es menos esencial– se trató de una reforma real no meramente legal, puesto que la propia sociedad se encargó de llevarla a cabo con una velocidad pasmosa”: NIETO, Alejandro. “Desamortización ilustrada y desamortización liberal”. En: DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (Coords.). *Historia de la Propiedad en España. Bienes Comunales, Pasado y Presente*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 285.

(12) En 1870 el entonces ministro de Justicia José Aranibar presentó un proyecto para “nombrar una Comisión del Poder Ejecutivo para que presente un proyecto de ley para la implantación del registro; pero aquí importa presentar uno de sus considerandos, bastante revelador: “1º Que un buen sistema hipotecario es la base de la propiedad territorial y de la riqueza pública”: *El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia*, Año I, N° 29, Lima, 3 de julio de 1886, p. 1.

búsqueda de inversionistas que desarrollen la industria o la minería, que en esa época se desarrollaba de forma artesanal y precaria; en fin, todo gira en torno a la idea de promover la producción y fomentar la más rápida y segura circulación de la riqueza⁽¹³⁾.

El sistema económico se basa en los sucesivos intercambios de bienes y servicios, que se producen entre los distintos sujetos a efectos de satisfacer las crecientes necesidades e intereses de la vida. El hombre requiere de una base material que permita la subsistencia; en consecuencia, todos necesitan de la riqueza, ya sea material o intelectual, para conservar adecuadamente el ser físico e interno de cada uno, pues obviamente no es posible el autosostenimiento. En la economía de especialización del trabajo que impera con el capitalismo, cada quien produce algo, pero necesita de muchas otras cosas, por lo cual se hace imperativo las relaciones de cooperación entre ellos.

Pues bien, en este sistema generalizado de intercambio, los particulares buscan precaverse con el fin de que las promesas sean finalmente cumplidas, esto es, que las legítimas pretensiones de los contratantes no queden defraudadas. **Así surge la necesidad de asegurar los intercambios, de reducir a la mínima expresión el riesgo de los productores y comerciantes, de proteger sus adquisiciones. Este es el fundamento que se encuentra detrás de la creación del registro.**

En efecto, para entablar cualquier relación jurídica se requiere de un mínimo de **certeza** para asegurar la legalidad de la adquisición; así, en el caso de una compraventa, por ejemplo, es menester que el comprador indague sobre la titularidad del bien y los gravámenes que soporta. Para lograr ese conocimiento, los particulares pueden emprender

(13) “Cuando no existieron registro de la propiedad ni ley hipotecaria, fue reacio el capital a auxiliar a los dueños de fondos rústicos y urbanos. Temió la existencia de gravámenes ocultos y complejos, las preferencias concedidas al Estado, los derechos de menores, de mujeres casadas y de terceros. Existía el precedente de sonados pleitos que dieron resultados inconvenientes para el capital. En buena parte de la paralización o el estancamiento del trabajo en el campo se reflejó la dificultad para que se pudieran celebrar contratos de mutuo simple o de préstamo hipotecario, coincidiendo con la improductividad del dinero disponible, el menoscabo de las fortunas particulares e, indirectamente, con la inopia de las rentas públicas. Esta situación comenzó a cambiar mediante las leyes de registro de la propiedad de 1888 y de bancos hipotecarios de 1889”: BASADRE GROHMANN, Jorge. *Historia de la República del Perú (1822-1933)*. Ob. cit., Tomo X, p. 130.

averiguaciones largas y costosas; o puede el Estado preconstituir un sistema que facilite el acceso a la información jurídicamente relevante. Por tanto, no cabe duda de que la economía liberal extrema (la del “dejar hacer y dejar pasar”) se vincula indisolublemente con la aparición del mecanismo técnico del registro, que a *manu militari* otorga garantías al derecho de los financistas y burgueses⁽¹⁴⁾.

El registro es hijo de su tiempo, de la visión individualista extrema en la que solo interesa asegurar el reparto de los bienes que se produce con la liberalización de la tierra. Toda fase inicial de privatización de tierras públicas, comunales o baldías conlleva el “remate de la riqueza” (la misma situación se presentó a fines del siglo XX, con los neoliberales agrupados bajo el Consenso de Washington), y los inversionistas reclaman garantías. El registro, al igual que la codificación, es un instrumento jurídico que sirvió para lograr esa finalidad política, que no es otra que asegurar los derechos, aun a costa de la justicia o de la ponderación de intereses, por lo que se pretendía consolidar el reparto de la riqueza, sin importar su causa u origen⁽¹⁵⁾.

II. LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y ESPECIALIDAD (CIVIL) COMO BASES DE LA NUEVA HIPOTECA (LIBERAL) Y DEL NACIENTE REGISTRO

El registro se origina para facilitar el crédito hipotecario, que necesita de un instrumento que haga notorios los gravámenes sobre la propiedad inmueble a efectos de lograr la seguridad de los adquirentes; asimismo, la hipoteca debía recaer sobre inmuebles específicamente

(14) Sin duda, la protección dispensada era excesiva, pues, en tal momento, e incluso en la actualidad, no existía un adecuado correlato técnico que justifique una tutela registral tan desmesurada (títulos dudosos, ausencia de contrastación con la realidad posesoria, falta de control de legalidad, catastro inexistente).

(15) “Recordemos que el movimiento codificador alentado por la razón del Iluminismo, pretendió servir a los intereses de la burguesía confiriéndole seguridad jurídica a través de un derecho que supuestamente contenía todas las respuestas anticipadas y claramente expresadas. El Derecho estaba hecho por los legisladores, a los jueces se les negaba capacidad creadora y, entonces, la previsibilidad y certeza que suministraba el Derecho era teóricamente perfecta. A la hora de aparecer los problemas jurídicos concretos por ante los estrados judiciales, solo cabía el recurso a las normas y al sistema elaborado dogmáticamente desde las mismas”. VIGO, Rodolfo Luis. *De la Ley al Derecho*. Editorial Porrúa, México, 2003, p. 101.

determinados. Así nacen los llamados principios de **publicidad y especialidad**, los cuales son considerados bases esenciales de la naciente institución del registro, que mira fundamentalmente a la protección del crédito a través de la hipoteca.

En el Derecho romano no existía la publicidad registral y, por ende, todas las hipotecas tenían el carácter de ocultas, pues no había ningún mecanismo institucional que permitiese hacerlas de conocimiento general. Tal inconveniente pretendía salvarse únicamente con la obligación que pesaba en el propietario de manifestar ante su acreedor las hipotecas que ya hubiese constituido anteriormente. El propietario incurría en delito de estelionato en caso de falsear su declaración, pero el gravamen anterior (oculto) igual afectaba al segundo o sucesivo acreedor. En tal sentido, la solución romana no tuvo en cuenta un mecanismo publicitario, sino la sanción penal en contra del propietario por falta de observancia de una regla de conducta.

Sin embargo, esta situación no afectaba gravemente el tráfico económico de la Edad Antigua, pues la garantía preferida en Roma no era la hipoteca –cuyo origen por lo demás es griego–, sino la fianza. En efecto, la garantía personal resultaba lo bastante sólida para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, en cuanto el impago de una deuda generaba la responsabilidad personal del deudor; por tal motivo, si la misma persona del deudor o fiador quedaba sujeto al poder del acreedor, con el riesgo de reducirlo a la servidumbre, constituía un mecanismo eficaz de coerción para asegurar la debida ejecución de las promesas jurídicas. “En conjunto, el Derecho hipotecario romano es imperfecto por la falta de un sistema de publicidad registral. Esto explica que en Derecho romano la garantía real tenga menos aplicación que la garantía personal de los fiadores”⁽¹⁶⁾.

Por la publicidad se pretende poner fin a las cargas ocultas que habían aquejado a la propiedad inmobiliaria dentro del régimen feudal, el cual se sustituye a través de un mecanismo que dota de notoriedad a los gravámenes existentes sobre los inmuebles⁽¹⁷⁾. De esta forma los

(16) D'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. EUNSA, Pamplona 1997, p. 484.

(17) “La propiedad inmueble a principios del siglo pasado (XIX) estaba en su mayor parte amortizada, sustraída al comercio, por los mayorazgos, señoríos, vinculaciones y manos

adquirentes pueden gozar de un poderoso aliado para conocer la real situación jurídica de la riqueza territorial, por lo cual el tráfico deja de ser una cuestión riesgosa, y, por el contrario, permite formular cálculos racionales sobre la conveniencia o no de las adquisiciones. El vendedor tiene la ventaja de ofrecer un bien sin vicios ocultos (jurídicos), con lo cual el precio obtenido será mayor, pues el riesgo disminuye o simplemente desaparece. Es de recordar la grave incertidumbre producida en el sistema prerregistral, en donde se puede transmitir un bien con cargas ocultas, razón que justifica la depreciación general de la riqueza inmobiliaria en la época anterior a las codificaciones, pues el adquirente debía castigar una parte del precio por el riesgo que significaba la posible existencia de un derecho contradictorio de tercero. Por su parte, el comprador tiene la ventaja de lograr una adquisición sin sobresaltos y con la seguridad de contar con una titularidad debidamente garantizada. Los beneficios que obtienen el vendedor y el comprador en un sistema público de títulos, origina mayor circulación de la riqueza, afluencia de capitales, inversión en actividades productivas, revalorización de la propiedad inmueble, caída de las tasas de interés por menor riesgo y, en general, un beneficio neto en la economía. Este diagnóstico ya era conocido por los liberales del siglo XVIII, quienes en realidad son los grandes impulsores del Registro en toda Europa⁽¹⁸⁾, y es la justificación del principio de publicidad.

Sin embargo, no es suficiente un conocimiento público de los contratos o títulos inmobiliarios, pues además se hizo necesario eliminar una de las mayores rémoras del Antiguo Régimen: las hipotecas generales⁽¹⁹⁾.

muertas existentes; y la pequeña parte que se encontraba libre raramente era objeto de transmisión inter vivos. Nadie osaba adquirir un inmueble con la única garantía personal del transmitente, ya que las posibles cargas ocultas o tácitas y la insuficiente garantía dominical convertían la adquisición en una peligrosa aventura cuyo final muy bien podría ser el verse despojado de lo onerosamente adquirido o en el mejor de los casos envuelto en un largo y costoso pleito judicial”: DE LA RICA Y MARITORENA, Ramón. “Esquemas sobre la valoración actual del Derecho Hipotecario”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 548, Madrid, enero-febrero 1982, p. 13.

- (18) Por eso resulta antihistórico que los neoliberales del siglo XXI, especialmente los difusores nacionales del análisis económico, pretendan hacer creer que estamos ante “novedades” o “nuevas doctrinas”.
- (19) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. “El principio de especialidad registral”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944*. CRPME, Madrid 1995, pp. 220-221.

En efecto, no es posible lograr la certeza de un derecho sin certeza sobre su objeto (especialidad). Para implementar el principio de especialidad en las transmisiones patrimoniales, se prohíben los actos de disposición de un patrimonio (donaciones universales, ventas o enajenaciones de patrimonios) y los actos de gravamen sobre una universalidad (prendas o hipotecas generales o tácitas sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor). Estos actos fueron muy comunes desde el Derecho romano, y evidentemente ocasionaban un grave quebranto al tráfico patrimonial. Una vez suprimidas las hipotecas generales y los actos de disposición sobre un patrimonio, solo quedaron preferencias crediticias y actos de adquisición sobre bienes concretos⁽²⁰⁾.

La reforma liberal enfrenta este problema desde el paradigmático Código Civil francés cuyo artículo 2129, 2º párrafo señala: “Los bienes futuros no pueden ser hipotecados”⁽²¹⁾. La doctrina francesa justifica la norma en los siguientes términos:

“Esta prohibición procede de razones múltiples: 1º el constituyente debe ser propietario del inmueble hipotecado; esta condición no se cumple en lo que respecta a bienes que el deudor acaso no adquiera nunca, sobre los cuales ningún derecho tiene, ni aun condicional; 2º no está satisfecha la regla de la especialidad de la cosa hipotecada o, por lo menos, puede no estarlo: la designación precisa de un bien futuro ofrece dificultades. A esta consideración atribuye la ley la prohibición (...); 3º frecuentemente, la hipoteca de bienes futuros concierne a inmuebles que el constituyente tomará en la sucesión del propietario actual: un hijo de familia quiere utilizar como instrumento de crédito los bienes paternos; quiere adelantarse en el disfrute de esos bienes. En tal caso, la combinación cae bajo

(20) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*. Editorial Comares, Granada, 1995, pp. 46-48.

(21) Sin embargo, la norma no es absoluta, por cuanto el art. 2130 indica que cuando los bienes presentes del deudor no son suficientes para el pago de una obligación, este puede consentir que los inmuebles que adquiera en el futuro queden hipotecados. El art. 2131 establece una norma complementaria de la anterior, pero referida a los casos en que ya existe un bien hipotecado que con posterioridad se deprecia o pierde valor, pues entonces el deudor puede consentir en otorgar una hipoteca sobre los inmuebles que pueda adquirir en el futuro.

el golpe de la regla prohibitiva de los pactos sobre sucesión futura^{”(22)}.

En buena cuenta, según Josserand, la prohibición de hipotecar bienes futuros busca impedir la constitución de hipotecas generales, esto es, aquellas que afectan todos los bienes presentes y futuros del deudor, pues se consideran un auténtico lastre al crédito territorial. El principio de especialidad se convierte en una de las bases del sistema hipotecario moderno, y así lo indica el artículo 2129, 1 del *Code* cuando exige que cada uno de los inmuebles deba ser sometido nominativamente a la hipoteca⁽²³⁾.

La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria Española de 1861 dice sobre el particular: “No podía subsistir la hipoteca tácita y general que hoy reconocen nuestras leyes; su indeterminación, su eventualidad y su falta de inscripción la hacen incompatibles con las dos bases que como fundamentales del sistema hipotecario ha adoptado la Comisión, la especialidad y la publicidad (...) Estas hipotecas ocultas son el vicio más radical del sistema hoy vigente, y de tal modo es necesario que desaparezcan^{”(24)}. Sanz Fernández, uno de los autores de la posterior ley española de 1944-46, pone de manifiesto que el principio de especialidad nace en el siglo XIX como una reacción contra las hipotecas generales.

(22) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa América y Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires 1950, p. 561.

(23) Sin embargo, la Corte de Casación Francesa se ha mostrado en alguna época menos exigente respecto a la especialidad, pues ha admitido la constitución e inscripción de hipotecas con fórmulas más vagas, por las cuales el deudor declara hipotecar todos los inmuebles que posee en determinado municipio y que consisten en casa, tierras laborables, bosques u otros. En tal sentido, solo cae en la prohibición del artículo 2129 el acto constitutivo en el cual el deudor hubiera declarado hipotecar todos sus bienes, todos sus inmuebles, sin precisar más. La justificación de esta tendencia jurisprudencial, si bien no es convincente pues alega la excesiva división de la propiedad francesa y el deseo de evitar procesos de nulidad y de responsabilidad, sin embargo logra el objetivo de evitar criterios excesivamente rigurosos en la necesidad de determinación específica del bien hipotecado ya desde el mismo acto constitutivo. Apréciase que la Corte de Casación sustituye la exigencia de nominación de cada uno de los bienes hipotecados por una designación “genérica y abstracta”, esto es, por un género, lo cual significa en buena cuenta que se acepta la validez de las hipotecas sobre objeto determinable, e incluso puede hablarse de hipotecas generales con el único límite de la jurisdicción en donde se ubican los inmuebles (ibídem, p. 553).

(24) Cit. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. “El principio de especialidad registral”. Ob. cit., p. 223.

En dicho momento, el principio satisfacía la necesidad de que el derecho real de hipoteca apareciera exactamente determinado en cuanto a su objeto (finca gravada) y cuantía (cantidad por la que responde cada finca)⁽²⁵⁾.

Así, pues, ¿quién podría estar seguro de adquirir una finca sin gravámenes cuando era posible que sobre dicho bien se hubiese constituido antes una hipoteca general, no ya del propietario actual sino de un propietario anterior? el principio de especialidad se define de modo simple, pero certero, de la siguiente forma: “En primer término, el de que cada derecho real solo pueda versar sobre una determinada finca, y nunca sobre todo el patrimonio ni sobre un número indefinido de inmuebles. Y en segundo lugar, el de que haya de indicarse en números (...) la cuantía del gravamen que se impone”⁽²⁶⁾. Su objetivo fundamental es eliminar las hipotecas generales, esto es, las que afecta todo el patrimonio (presente y futuro) del deudor, y reemplazarla por hipotecas especiales, que afectan bienes específicos.

En conclusión, el registro nace sobre la base del principio de publicidad, que descarta las hipotecas ocultas, y del principio de especialidad, que elimina las hipotecas generales⁽²⁷⁾.

(25) En la actualidad, un sector de la doctrina dice que el alcance de este principio es muchísimo más amplio, en cuanto se extiende, desde un punto de vista sustantivo, a la determinación exacta de los derechos reales inscribibles en la totalidad de sus aspectos y, desde un punto de vista formal, a la determinación de la forma de practicar los asientos y el modo de llevarse el registro (cit. *ibidem*, p. 228). Jerónimo González ya había manifestado que el principio de especialidad no se concreta solo con la exigencia de una mayor precisión al describir la finca hipotecada o el contenido de la hipoteca, sino que trasciende al sistema entero y se infiltra en todos sus elementos orgánicos (cit. *ibidem*, p. 229). Así pues, el moderno principio de especialidad exige determinación en todos los elementos configuradores de la publicidad registral: la finca, el sujeto y el título originador del derecho: “Es evidente que los derechos inscritos deben estar perfectamente determinados en todos sus elementos –sujeto, objeto y contenido–; pero, además, debe estar perfectamente determinada su expresión”. PAU PEDRÓN, Antonio. “La teoría de los principios hipotecarios”. En: VV.AA. *La evolución del Derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. CRPME, Madrid 1997, p. 75.

(26) NUSSBAUM, Arthur. *Tratado de Derecho hipotecario alemán*. Traducción de Wenceslao Roces, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, p. 35.

(27) La hipoteca romana, que se mantuvo con algunos cambios hasta la codificación, era muy distinta a la figura moderna, no solo por la existencia actual de la publicidad que hace notoria la existencia del gravamen, sino además por la adopción del principio de especialidad que deroga las hipotecas generales consideradas un lastre del tráfico inmobiliario e impeditivas de la difusión del crédito. En tal sentido, la hipoteca en el Derecho romano era claramente imperfecta y ocasionaba serios problemas a la circulación segura de la riqueza territorial, sin embargo, el problema se veía disminuido por la menor importancia que tenía

III. TRES DIFERENTES PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD

1. Introducción

Existen tres principios diferentes que comparten parcialmente el nombre, y que probablemente tienen alguna vinculación, pero que no pueden identificarse. Se trata de los principios de especialidad contractual, especialidad real y especialidad registral.

Es necesario un análisis separado para individualizarlos.

2. Principio de especialidad contractual

El principio de especialidad contractual significa que los negocios jurídicos no pueden recaer sobre todo el patrimonio, o parte sustancial, de una persona, pues ello implicaría una atadura en la capacidad de disposición o de crédito del sujeto, con el subsiguiente recorte a su libre iniciativa privada en el ámbito patrimonial. En tal sentido, no se concibe que una persona pueda afectar todos sus bienes, incluso los que adquiera en el futuro, pues ello mediatiza severamente su libertad económica.

De esta forma, la especialidad contractual prohíbe los contratos que afectan el patrimonio, y, en caso de incumplimiento, la consecuencia es la nulidad de los negocios jurídicos (arts. 1100, 1406 del CC). Casi todos los ordenamientos posteriores a la codificación acogen esta idea. No debe olvidarse que la primera norma moderna de hipotecas en el ámbito de los países latinos fue dada en Francia a través de la ley del 9 de Messidor del año III (27 de junio de 1795) en la cual se proclamó los principios de publicidad y especialidad⁽²⁸⁾. Por el contrario, es excepcional la solución del Código Civil chileno (y de aquellos que lo han tomado como modelo, tal es el caso, entre otros, de Ecuador y Colombia) en cuanto admite, por ejemplo, la validez del título constitutivo de hipoteca

la hipoteca frente a las garantías personales (fianza), por cuanto estas eran muy eficientes en un sistema que permitía la coerción física sobre la persona del obligado. Siendo ello así, es fácil suponer que un deudor lo pensaría dos veces antes de incumplir una promesa.

(28) “El principio de especialidad comenzó siendo en los albores de la legislación hipotecaria el exponente de una reacción contra las hipotecas generales. La cláusula de hipoteca general en los contratos significaba que todos los bienes del patrimonio de la persona quedaban sujetas a hipoteca, sin determinaciones de los bienes ni de las responsabilidades hipotecarias de cada uno”. GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo III, CRPME, Madrid, 2004, p. 1474.

general, aun cuando para ello se utilice la impropia denominación, aunque muy difundida, de “bienes futuros” (en sentido subjetivo), y en virtud del cual los bienes que vaya adquiriendo el deudor se incorporan a la garantía hipotecaria siempre que se produzca en su momento la inscripción individualizada (*art. 2419 del Código Civil de Chile de 1855.- La hipoteca de bienes futuros solo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo y a medida que los adquiera*). La justificación de esta regla se encuentra probablemente en el acentuado romanismo del autor del Código chileno, Andrés Bello, razón por la cual en este punto también se ha seguido la solución del Derecho romano, esto es, la admisión de las hipotecas generales, aunque obviamente el derecho real solo se consuma con la inscripción, y previa adquisición que haga el deudor del bien⁽²⁹⁾.

Algunos ejemplos de infracción al principio de especialidad serían los siguientes: transferencia en propiedad de todos los bienes que adquiera el vendedor en el presente año; hipoteca de todos los bienes del deudor de los que actualmente sea propietario; hipoteca de los bienes del deudor que se ubiquen en el departamento de Lima. En todas estas hipótesis la consecuencia es la nulidad del negocio (*art. 219-3, concordante con el art. 1406 del CC*). En la actualidad, sin embargo, nuestro sistema contempla una importante excepción en el ámbito de las garantías mobiliarias⁽³⁰⁾.

(29) En el Derecho colombiano, que sigue al Código de Bello, la doctrina ha realizado esfuerzos heroicos para salvar el principio de especialidad: “en resumen: este tipo de hipoteca, antes que el constituyente adquiera bienes raíces, solo concede al acreedor un derecho, el de hacer inscribir el gravamen sobre los inmuebles que el constituyente adquiera y a medida que los vaya adquiriendo. Antes que esto suceda no hay verdaderamente hipoteca, sino la posibilidad de que la haya algún día” (PÉREZ VIVES, Álvaro. *Garantías Civiles*. Temis, Bogotá, 1999, p. 150). Es obvio que mientras los bienes no se adquieran no existe derecho real de hipoteca, pero la circunstancia (decisiva) de que el acreedor tenga un derecho a consumir la hipoteca una vez que se adquiera el bien, ya es indicativo suficiente para demostrar que estamos ante un título válido para constituir hipotecas generales a nivel obligatorio, el cual se consuma en el momento de la adquisición de los bienes.

(30) Un deudor sujeto a una garantía sobre todos sus bienes presentes y futuros (sin principio de especialidad), renuncia en la práctica a obtener crédito de un segundo acreedor, pues este sabe que lo poco o mucho que adquiera el deudor ya está afectado a favor del primer acreedor. De esta forma, el deudor queda sin ninguna capacidad de crédito, y se sujeta a un contrato de atadura que puede ser fuente de múltiples abusos, en tanto el primer acreedor se convierte en un monopolista del crédito que no necesita competir en el mercado por mejores condiciones o tasas por ese deudor, ya que en la práctica este no puede obtener financiamiento de otro acreedor.

Los sistemas hipotecarios modernos acogen decididamente el principio de especialidad contractual como una de sus bases o columnas centrales, y por el cual se destierran las hipotecas generales, que fueron muy comunes en el pasado, pero que dieron origen a graves obstáculos en la circulación de los bienes y a la propia difusión del crédito; además de fomentar los efectos negativos de la usura o el aprovechamiento del acreedor respecto a las necesidades del deudor⁽³¹⁾.

3. Principio de especialidad real

El derecho real es una prerrogativa para la obtención de utilidades que gira alrededor de las cosas o realidades del mundo externo, y que se ejerce contra cualquier sujeto (indeterminado). En tal contexto, la función atributiva del derecho real implica una relación de pertenencia del sujeto titular, pero en distintas magnitudes, por lo que la atribución puede operar en forma amplia o restringida, según el contenido del derecho en cuestión. Por ejemplo, la propiedad atribuye al bien un amplio conjunto de utilidades; mientras que la servidumbre opera respecto de un tipo especial de aprovechamiento⁽³²⁾. En consecuencia, el “derecho real” es la suma de libertades, poderes e inmunidades, lo que puede resumirse de forma instrumental como “atribución”. **Sin embargo, el derecho real no es solo atribución de utilidades**⁽³³⁾.

(31) RAVAZZONI, Alberto. *Le ipoteche*. Giuffrè Editore, Milán 2006, p. 51.

(32) BIONDI, Biondo. *Le servitù prediali nel diritto romano*. Giuffrè Editore, Milán, 1969, pp. 4-5.

(33) La atribución es una idea que también se encuentra presente en el derecho obligacional, pues el acreedor es sujeto titular de un valor patrimonial, que asimismo califica como una atribución reconocida por el ordenamiento jurídico en virtud de una causa lícita. Por tanto, hay atribuciones reales, como crediticias. La diferencia, según la dogmática tradicional, se encuentra en el objeto (cosa material) y en el medio de protección del primero (pretensiones reales). **La tutela del derecho real es especialmente fuerte, pues implica la recuperación de la cosa de quien la tenga en su poder, al margen de la culpa o cualquier vicisitud que se haya producido.** La fortaleza de la pretensión real se nota en el concurso de acreedores, pues con aquella se logra separar un bien de la masa del concurso (WESTERMANN, Harry, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl Heinz y EICKMANN, Dieter. *Derechos Reales*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007, traducción de José María Miquel González, Ana Cañizares Laso y otros, Tomo I, p. 64). De igual forma, algunos negocios jurídicos de fin crediticio buscan asegurar al acreedor mediante el otorgamiento de una pretensión real, por lo que el acreedor no se desprende de la titularidad del bien, como ocurre en la compraventa con reserva de dominio o en el *leasing* (SANTOS JUSTO, A. *Direitos Reais*. Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 26-27). Son las llamadas “garantías de la propiedad”, cuyo desarrollo reciente se justifica por la idea de que la mejor garantía del acreedor se encuentra justamente

con protección universal, sino que presenta características específicas⁽³⁴⁾.

Una de esas características es la “inherencia”, sustitutivo del viejo concepto de “inmediatez”, por cuya virtud se produce el fenómeno jurídico de incorporación del derecho sobre la cosa, es decir, se unen en forma metafórica, pero con la importante consecuencia jurídica de que todo aquello que le suceda a la cosa repercute en el derecho real; mientras lo que le suceda al derecho tiene incidencia sobre la cosa⁽³⁵⁾. La inherencia le da la razón a Alexy cuando manifiesta que en este tipo de derechos, para efectos estrictamente funcionales, es posible mantener la idea de un derecho sobre cosas, pues de esta manera se puede apreciar la dependencia que tiene el derecho respecto de la existencia de la cosa. El concepto teórico-dogmático de inherencia produce, a su vez, dos siguientes consecuencias prácticas y tangibles: i) Especialidad, y ii) Adherencia.

Desde una perspectiva técnica, el **principio de especialidad real** exige que la cosa sea determinada, actual y autónoma. Esta nota distintiva tiene fundamental importancia, pues las cosas genéricas o las universalidades no pueden ser objeto de un derecho real –aunque sí pueden serlo de negocios obligatorios–, pues le falta concreción. Por su parte, la actualidad se refiere a la existencia presente, y no futura de la cosa, pues en tal circunstancia no puede haber derecho real involucrado, pues se carece del elemento objetivo sobre el cual referirse. Nuevamente las cosas futuras pueden ser el contenido de una obligación. Por último, la autonomía implica que el objeto de derecho no recae en las partes, sino en las cosas autónomas o individualizadas⁽³⁶⁾, es decir, separadas del resto de los objetos de la realidad externa. En

en la conservación del dominio sobre la cosa misma. Ello reafirma la diferencia entre los derechos reales y los derechos de crédito.

(34) En doctrina se distingue entre “principios generales reguladores” de la disciplina normativa de los derechos reales, que vienen a corresponder a sus fundamentos dogmáticos específicos; y por otro lado, sus “características” o cualidades (LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. Almedina, Coimbra, 2009, p. 22). **El profesor portugués considera entre los principios generales los de tipicidad, especialidad, elasticidad, transmisibilidad, publicidad y buena fe.**

(35) El profesor italiano Michelle Giorgianni fue el primero en utilizar tal idea, y luego la perfeccionó su colega de la misma nacionalidad Marco Comporti.

(36) LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. Ob. cit., pp. 26-27.

suma, nadie podría ser propietario —o titular de un derecho real— si la cosa no existe o se destruyó, o aun cuando presuntamente exista, empero, no pueda individualizarse.

Si la cosa no ha llegado a existir (bien futuro), o si desaparece en forma sobrevenida (bien perdido o destruido), entonces la consecuencia es que el derecho real no nace o el ya nacido se extingue. En ambos casos se advierte la inherencia o ligamen del tándem derecho/cosa, pues sin este último, el primero no se mantiene. Esta es, por ejemplo, una diferencia absoluta con las obligaciones, pues en el mundo de las promesas es perfectamente válido y admisible los negocios sobre futuros (promesas de fabricación y entrega del bien), géneros (fungibles o no fungibles) o ajenos.

Por otra parte, la **adherencia** se manifiesta en una serie de aspectos relacionados con las vicisitudes que sufre la cosa durante la vida del derecho real. Por ejemplo, si una materia prima se modifica en otro bien, el derecho real subsiste bajo la nueva forma.

En suma, la especialidad real implica que el derecho real solo existe si recae en objetos concretos y específicos, no en meras ideas, esperanzas, promesas o eventualidades, para lo cual sí cabe constituir derechos de crédito.

Un buen ejemplo que permite diferenciar el derecho real del obligacional es el siguiente: El deudor expone todo su patrimonio a la acción de sus acreedores, y si bien ello implica una severa afección por su nota generalizadora, empero, el patrimonio puede convertirse en un concepto etéreo, en tanto su significado puede reducirse a la nada si el deudor es insolvente. Por el contrario, la garantía real actualiza esa solvencia a través de la sujeción de un bien específico, y en tal sentido hace de la responsabilidad una idea **más consistente** que una afectación sobre la nada⁽³⁷⁾. Por tanto, la garantía real se encuentra naturalmente emparentada con el principio de especialidad real.

(37) BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael. *La Hipoteca (génesis de su estructura y función)*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1980, p. 113.

4. Principio de especialidad registral

La especialidad registral significa que la publicidad de los actos y contratos se organiza tomando como unidad de cuenta a los bienes inmuebles específicos, por tanto, el registro agrupa las titularidades jurídicas a través de hojas que representan a cada predio. En tal contexto, la matriculación tiene una importancia central pues no solo es la primera inscripción del inmueble, sino que, además, todas las sucesivas inscripciones se producirán en esa misma hoja, y no en otra, lo que haría que la información del registro pierda certeza y confiabilidad.

En buena cuenta, este principio constituye un mecanismo de organización de la información jurídica del registro, pues las inscripciones se agrupan sobre la base de cada predio que es representado por una hoja o folio que compila los actos referentes a determinado inmueble. Por tal motivo, se le denomina también como el sistema de “folio real”.

La especialidad registral no tiene efectos sustantivos, sino formales, pues se trata de un simple mecanismo técnico de llevanza del registro, que clarifica y simplifica el acceso a la información, pero nada más, conforme se le reconoce en el sistema jurídico alemán, en el cual se le identifica con la idea de “folio real”, y que incluso permite la convivencia en algunos Estados, como el de Württemberg, con el folio personal⁽³⁸⁾.

5. Diferencias entre los tres principios de especialidad

Vamos a tratar de ejemplificar las diferencias entre los tres principios de especialidad: un contrato de hipoteca sobre todos los bienes del constituyente es nulo por infringir el principio de especialidad contractual (art. 1100 CC); por el contrario, es válida una hipoteca que recae sobre

(38) Sobre el principio de especialidad, se comenta: “La Ordenanza Inmobiliaria ha logrado generalizar a toda Alemania el sistema prusiano de folio real, con la sola excepción de Württemberg, que sigue apegado al sistema de folio personal, al amparo de la autorización contenida en el parágrafo 4 de la propia Ordenanza Inmobiliaria”: PAU PEDRÓN, Antonio. “Panorama del sistema inmobiliario alemán”. En: *La Publicidad Registral*. CRPME - Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2001, p. 82.

un bien específicamente determinado (principio de especialidad real), pero este acto –válido– podría no inscribirse si el bien carece de historia registral por falta de primera inscripción o de independización. En estos dos casos, el problema es que el predio no tiene hoja abierta en el registro, esto es, no existe para el mundo tabular. El defecto se encuentra en la especialidad registral, pues si bien el inmueble está delimitado física y jurídicamente a través de un negocio jurídico válido, sin embargo, el inmueble no existe en el ámbito estrictamente formal-registral, cuya inobservancia es el rechazo de la inscripción del título, pero no la invalidez del título adquisitivo.

El registro vehicular permite comprender con mucha claridad tales diferencias: La Ley N° 28677 permite la garantía mobiliaria sobre todos los bienes muebles del deudor, presentes y futuros, incluso los vehículos, por tanto, en este ámbito no rige el principio de especialidad contractual; sin embargo, el registro de vehículos sí acoge la especialidad registral, pues cada objeto es representado en una hoja particular. Por su parte, el derecho real solo puede constituirse sobre vehículos determinados, presentes y actuales, por lo que la especialidad real es indiscutible.

IV. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD REGISTRAL

1. Fundamento

El registro otorga publicidad a los títulos constitutivos (actos o contratos) de las situaciones jurídico-reales, que se componen de tres elementos fundamentales:

- a) La finca o predio, esto es, la unidad objetiva consistente en una superficie delimitada del suelo o en otro tipo de espacios delimitados, sobre los cuales recaen los distintos derechos reconocidos por la ley.
- b) El titular registral, o base subjetiva de la publicidad registral, por cuanto el sujeto que aparece en los libros del registro es portador de un derecho o de una expectativa jurídicamente tutelada sobre un bien inmueble.

- c) La materia inscribible, esto es, los derechos que se crean, transmiten y/o extinguen con relación al predio.

En tal sentido, “teóricamente, debemos distinguir en el folio registral, de una parte la finca, y de otra los actos y contratos que crean, modifican, transmiten o extinguen las titularidades sobre ella”⁽³⁹⁾. En esta breve frase se aprecian claramente los tres elementos contenidos en la publicidad registral. Así, por ejemplo, podríamos decir que el Registro publica el título de propiedad (materia inscribible) perteneciente al señor “A” (titular registral) y con respecto a la finca “X” (finca registral). En buena cuenta, el Registro pretende una precisa y adecuada determinación de los elementos de la publicidad, a fin de lograr que la información sea jurídicamente relevante y de fácil acceso a los terceros.

¿Qué significa que la información sea jurídicamente relevante?

Significa que el elemento de la publicidad debe ser depurado o adecuado según los parámetros del ordenamiento jurídico. Por ejemplo: los derechos reales son derechos subjetivos que se concretan sobre realidades externas susceptibles de aprovechamiento independiente. En virtud de ello solo puede existir un derecho real absoluto sobre una finca razonablemente delimitada, de tal suerte que su titular pueda conocer sobre qué objeto recae su derecho. Lo mismo ocurre con la base subjetiva de la publicidad registral, ya que se necesita determinar a ciencia cierta quién es el sujeto titular de una u otra finca. En ambos casos la determinación viene impuesta por mandato de la ley.

¿Qué significa que la información sea de fácil acceso a los terceros? Significa que la determinación de los elementos de la publicidad debe facilitar a los terceros el conocimiento del historial jurídico de una finca, evitando recargar el contenido del registro con información innecesaria.

Pues bien, la especialidad registral solo pretende agrupar la información registral en forma clara y sencilla, tomando como elemento

(39) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario Registral*. Ob. cit., p. 66.

ordenador al predio, con lo que se facilita el conocimiento a los terceros de la situación jurídica del bien, pues bastará consultar la hoja que agrupa la información. El fundamento de este principio es netamente formal (“clarificador”), y no sustantivo.

2. Folio real y folio personal

El Derecho comparado conoce dos sistemas antitéticos que es menester estudiar:

- **Folio real:** El registro se organiza tomando como base fundamental el objeto, en este caso, el bien inmueble, por lo cual se abre una hoja que concentra todo el historial jurídico de cada finca. En esa hoja se inscriben los actos, negocios o decisiones jurídicas que modifican y afectan la situación del bien. El interesado que desea conocer la historia jurídica de un inmueble determinado solo necesita consultar los datos inscritos en la hoja respectiva.
- **Folio personal:** La organización del registro no toma como base al inmueble, pues en realidad se trata de un archivo de documentos complementados por unos índices alfabéticos. Los actos, negocios o decisiones judiciales se agrupan cronológicamente sin tener en cuenta su correspondencia a un bien inmueble determinado. Por ello, la única manera por la cual los terceros pueden consultar el registro es a través del nombre del titular o de los titulares del bien inmueble, y de esa manera reconstruir su historia jurídica. Es un sistema complicado en cuanto a su organización y también dificultoso para los terceros que pretenden consultar la información. Definitivamente, existe coincidencia doctrinal en el sentido de que se trata de un mecanismo técnicamente imperfecto, y, por tal motivo, la doctrina de los países que lo han acogido, reconoce la necesidad de reemplazarlo por el sistema del folio real⁽⁴⁰⁾.

(40) Los registros personales “se llevan por apellidos de personas; se lee allí que Primus ha vendido el inmueble A a Secundus, que este se lo ha donado a Tertius, etc.; es cierto que, para conocer la situación exacta de un bien, es preciso tener los nombres de las personas que, desde el tiempo necesario para usucapir, han tenido sucesivamente la propiedad del

La gran ventaja de los sistemas de folio real es que “ofertan al público un solo propietario por cada finca”⁽⁴¹⁾ y, en consecuencia, cualquier tercero que pretenda ser reconocido como nuevo propietario del inmueble debe contar con un título traslativo de dominio **del titular registral** (o, subsidiariamente, la decisión judicial sustitutiva). Por tanto, la adquisición no otorgada por el titular inscrito es simplemente rechazada. Esta concatenación de dos rasgos característicos de un sistema registral (folio real-tracto sucesivo) permite que la hoja abierta para cada inmueble contenga el historial jurídico completo y ordenado de las sucesivas transferencias que afectan al bien⁽⁴²⁾.

En cambio, los sistemas de folio personal no requieren del tracto sucesivo. Simplemente se archivan los documentos que contienen los actos de mutación de los derechos reales sobre inmuebles, pero esa información se guarda de manera cronológica, es decir, no se agrupa la información en una hoja determinada para cada bien. En esta forma de organización es perfectamente natural que el Registro archive títulos de distintas cadenas de transmisiones, con la consiguiente inseguridad jurídica que se deriva de la falta de concordancia con el último titular inscrito. Aquí, el registrador se limita a recibir los documentos y archivarlos cronológicamente para que los actos o negocios gocen de la publicidad registral; pero no verifica si el transmitente tiene un título previo que sustente su enajenación. El Derecho francés e italiano, en sus respectivas versiones originales, son ejemplos clásicos de un

mismo; pero si un solo nombre es omitido, si se descuida un solo anillo de la cadena, el requirente no tendrá ya seguridad, porque el propietario cuyo nombre fue olvidado pudo, por su parte, consentir las enajenaciones o los derechos reales que serán oponibles al nuevo adquirente. Este régimen, que es el de la publicidad personal, es pues sumamente defectuoso; convendría sustituirlo por el de la publicidad real; debería estar consagrado un folio a cada parcela, a cada propiedad, y, en este folio, se encontrarían mencionados o reproducidos todos los actos realizados con respecto al inmueble que tendría de esa manera un verdadero estado civil: bastaría referirse a la página correspondiente para formarse idea, al primer golpe de vista, de la posición jurídica exacta actual de dicho inmueble, para saber que pertenece a Primus y que está gravado con una hipoteca a favor de Secundus, con una servidumbre en provecho de otro fundo determinado, etc.”. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Ob. cit. Tomo I, volumen III, p. 307.

(41) Excelente frase de Celestino Pardo que cita: GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “La finca como base del sistema inmobiliario”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo de la reforma hipotecaria de 1944*. CRPME, Madrid, 1995, p. 269.

(42) *Ibidem*, pp. 269-270.

sistema inspirado en el folio personal, pues se toma como referencia a las personas que realizan los negocios que conciernen a los inmuebles. El régimen así concebido es lento e imperfecto, de tal suerte que el legislador francés se vio en la necesidad de instituir un mecanismo que facilitara la búsqueda de información, máxime cuando el crédito hipotecario y la inversión en construcción habían tenido un sorprendente desarrollo después del fin de la Segunda Guerra. Por ello, se dictó el Decreto del 4 de enero de 1955, todavía en vigor, cuya exposición de motivos ya puso de relieve el rápido ritmo de las transcripciones, en comparación con la lentitud de un sistema inmobiliario anclado en el folio personal. El legislador no se atrevió a dar el paso más radical que significaba adoptar directamente el folio real, y en su reemplazo creó un “fichero inmobiliario”, en el cual se agrupan, sobre la base de un inmueble determinado, todos los datos referidos a los documentos archivados en el registro⁽⁴³⁾, pero sin que esto produzca efectos sustantivos. El artículo 3, 1 párrafo del Decreto N° 55-22 del 4 de enero de 1955, de reforma de la publicidad inmobiliaria dice: *“aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un bureau des hypothèques ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n”a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret”*, esto es, la actual transcripción del adquirente necesita la previa transcripción del enajenante en el fichero inmobiliario.

3. La pretendida (y falsa) expansión del principio de especialidad registral

Un grupo de autores españoles, especialmente vinculados al registro, ha sobredimensionado el principio de especialidad registral, hasta convertirlo en un sinónimo de la determinación precisa y clara de los derechos, de los titulares y hasta de la redacción y de los tipos de

(43) Téngase en cuenta que en Francia no existen “inscripciones” como nosotros las conocemos, en tanto el acceso de un documento al registro se materializa simplemente a través del archivo del título, de allí el nombre utilizado de “transcripción” (o “formalidad registral”) con el que se alude a la autorización del conservador de hipotecas (registrador) a efectos de que el documento sea archivado y produzca efectos de oponibilidad: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “El Sistema Registral Francés”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 423-427, Madrid, noviembre-diciembre 1963, p. 760.

asientos que se hacen constar en el registro⁽⁴⁴⁾. Esta expansión de la especialidad carece de todo sustento, pues mezcla cosas disímiles, de orden sustantivo y formal, con distintas funciones y consecuencias en caso de inobservancia.

Nótese que esta doctrina termina confundiendo la especialidad contractual o real y la registral, a pesar de que la ausencia de la primera puede determinar la nulidad del negocio o la inexistencia del derecho real, mientras la segunda solamente impide la inscripción por un defecto subsanable. Es difícil entender qué tiene en común una u otra hasta llegar a definiciones omnicomprendivas que se caracterizan por la pura construcción dogmática⁽⁴⁵⁾, sin ningún beneficio práctico. La institución registral nace bajo la égida de **dos principios sustantivos**: publicidad y especialidad civil (contractual y, obviamente, real)⁽⁴⁶⁾, pero la organización del registro es un principio meramente formal cuya sinonimia nominativa ha dado lugar a la confusión.

Por otro lado, la correcta determinación de los sujetos titulares es un elemento propio de la situación jurídica referido al titular⁽⁴⁷⁾; mientras que la delimitación del predio está referida al objeto, entonces ¿para

(44) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. “El principio de especialidad registral”. Ob. cit., p. 251.

(45) Un ejemplo de esas definiciones: “La especialidad registral consiste en definir o especificar todos los elementos de la relación jurídico-registral. Entendiendo por esta, todas las situaciones jurídicas inscribibles, es decir, aquellas susceptibles de ser inscritas y oponibles, lo cual implica tanto el sujeto (titular registral), como el objeto (finca y derecho)”: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María. *El principio de especialidad registral*. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris - CRPME, Madrid, 2005, pp. 13-14.

(46) “El principio de especialidad surge indudablemente unido a las hipotecas. En concreto, para tratar de paliar los nocivos efectos que las hipotecas generales podían producir al recaer sobre la totalidad del patrimonio del deudor, ya que generaban la inseguridad de sobre cuál de los diversos bienes del obligado iban a recaer. Ante esta situación, y dada la proliferación de este tipo de hipotecas, surgió la necesidad de ponerles fin, determinando o concretando, desde su inicio, sobre qué bienes particulares recaía el derecho real de hipoteca”. *Ibidem*, p. 23.

(47) “La necesidad de que quede perfectamente determinada la titularidad del derecho real es obvia, pues el derecho siempre tendrá un titular al cual corresponde y que tratará de hacerlo efectivo”. *Ibidem*, pp. 77-78. Nuevamente, la ilación de materias distintas es totalmente forzada, pues si bien es cierto que los derechos necesitan de un sujeto-titular, sin embargo, ese es un requisito sustantivo, que obviamente el registro debe respetar, pero se trata en realidad de una cuestión estrictamente civil, del cual lo tabular se limita a reflejar.

qué mezclar elementos distintos? Evidentemente un concepto tan amplio, como indefinido, carece de toda utilidad⁽⁴⁸⁾.

Por último, tampoco tiene justificación, y diríamos que menos aún, que se pretenda unificar cuestiones tan diversas como la configuración de los derechos y los tipos de asientos registrales o su redacción clara⁽⁴⁹⁾. Una cosa no tiene relación alguna con la otra, y es perfectamente posible que lo primero se cumpla, y lo segundo, no, sin que se afecte la validez y eficacia del derecho, con lo que se echa por tierra la posibilidad de encontrarle algún substrato común⁽⁵⁰⁾.

La doctrina debe entender que la disquisición dogmática o teórica debe tener alguna utilidad, lo que aquí no ocurre, sin perjuicio, además, que la teoría expansiva de la especialidad carece de sistemática y lógica

(48) Ni siquiera la doctrina partidaria de expandir la especialidad puede explicar cómo un principio de las hipotecas termine alcanzando a la organización del registro. Así: “A la vez, a ese aspecto sustantivo se va añadiendo un aspecto organizativo o formal que implica el modo de organizarse el registro (folio real), y el modo de practicarse los asientos”. *Ibidem*, pp. 45-46.

(49) Por ejemplo, de acuerdo con un sector de la doctrina española (*ibidem*, p. 54), no se cumple el principio de especialidad registral en el caso de un convenio regulador para el uso de la vivienda familiar a favor de los hijos, pues se dice que existe duda de su “carácter de derecho real”. Esta sola constatación descarta totalmente dicha postura, pues tal defecto no tiene relación alguna con la especialidad registral, sino con la simple circunstancia que en el registro solo se inscriben derechos reales. ¿Qué tienen en común el carácter oponible de los derechos reales con la forma técnica de organizar el registro? Nada. La conclusión obvia es que las teorizaciones inútiles son pseudo-ciencia.

(50) La doctrina criticada dice (*ibidem*, p. 72): “Para que exista publicidad de un derecho (o situación) es necesaria su perfecta determinación; sin especialidad no hay publicidad (oponibilidad). Para que un derecho inscrito sea oponible frente a todos es necesario que esté inscrito”. Esta opinión carece de sustento, pues la configuración del derecho real ni siquiera necesita de la inscripción, por lo tanto, menos aún tiene relevancia la organización formal del registro para condicionar la existencia del derecho.

Otra opinión claramente errada: “cuando un derecho inmobiliario accede al registro debe estar determinado, pues hemos dicho que su propia naturaleza de derecho real le exige esa cualidad” (*ibidem*, p. 95). La especialidad sustantiva se exige para el derecho real, y obviamente si el registro inscribe tales derechos, entonces necesita cumplir tal exigencia, pero porque es propia del Derecho Civil, pero no del registral.

Un nuevo error: “Cuando hablamos de principio de especialidad hipotecario lo hacemos como requisito de la inscripción y no del documento, porque mal va a ser la especialidad propia de los derechos reales la que se exija en la inscripción, cuando estos no son el objeto único de la misma (o sea de la publicidad registral)” (*ibidem*, pp. 101-102). La especialidad civil es propia de los derechos reales, pero también de otras prerrogativas de eficacia real. Por tanto, es una cuestión referida a la situación jurídica sustantiva, y no del registro, que solo refleja la realidad jurídica y no tiene carácter constitutivo.

(¿por qué se une lo desigual?), lo que hace necesario rechazarla. Por tanto, los requisitos para la existencia de los derechos subjetivos pertenecen al ámbito sustantivo, por lo que el registro solo refleja esa situación, pues no la crea, ni la determina ni la regula⁽⁵¹⁾, pero reflejarla con el efecto “espejo” no hace que las exigencias sustanciales se conviertan en registrales.

(51) Hasta un conocido extremista registral (Gómez Gáligo) dice lo siguiente –con lo cual, dicho sea de paso, niega su propia doctrina de la sustantividad del principio de especialidad registral–: “la necesaria determinación del derecho no es tanto una exigencia del Derecho hipotecario como del Derecho Civil en general, hasta el punto de que son muchos los civilistas que reiteran la necesidad de perfiles claros en la configuración del derecho para que este pueda ser conceptuado como derecho real” (cit. *ibidem*, p. 92); por tanto la “especialidad” así concebida no es materia registral, sino de Derecho Civil puro.

En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca. Apuntes iniciales

Martín Alejandro HURTADO REYES^(*)

I. NOTA INTRODUCTORIA

En este breve trabajo pretendemos presentar –sin agotarlas– algunas situaciones problemáticas que se presentan en el proceso de ejecución de hipoteca y desde nuestra particular óptica, proponer algunas pautas pretendiendo dar una posible solución a estas.

Debe entenderse desde ya que el proceso de ejecución de hipoteca es el mecanismo procesal que sirve para que el acreedor hipotecario busque la concesión de tutela judicial, intimando a los ejecutados para el cumplimiento del obligación; en caso de no cumplir con el auto de pago, se procederá a realizar (remate) la hipoteca otorgada.

En ese sentido, debe considerarse que el proceso de ejecución de garantía, siendo un proceso único de ejecución –según nuestro Código Procesal Civil– tiene dos finalidades: i) finalidad inmediata, buscar que los ejecutados (esencialmente el deudor) cumplan con pagar la obligación puesta a cobro (pago de la suma capital, intereses, costas y costos),

(*) Doctor en Derecho y magíster en Derecho Procesal. Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de la Academia de la Magistratura y juez superior de la Corte Superior de Justicia de Lima.

para lo cual se debe notificar (con emplazamiento válido) a los ejecutados el auto de pago y darles plazo para el efecto; ii) finalidad mediata, en caso de que los obligados no cumplan con pagar íntegramente la obligación puesta a cobro, se debe proceder a la ejecución forzada, es decir, al remate del bien dado en garantía, realizando el bien dado en garantía y proporcionando satisfacción al acreedor hipotecario.

Cuando el acreedor hipotecario tiene una relación jurídica conflictuada con los sujetos del deber por falta de colaboración de los obligados, normalmente por incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca, podría recurrir al órgano jurisdiccional para hacer viable la finalidad mediata e inmediata del proceso de ejecución de garantía.

Este acreedor recurre al órgano jurisdiccional buscando tutela jurídica al problema surgido con los obligados en la relación jurídica generada a partir de la constitución de hipoteca, obviamente la intención del ejecutante en este proceso es buscar satisfacer su crédito, que le paguen lo adeudado.

Al ejecutante –se entiende– no le interesa en demasía el remate del bien (última ratio de este proceso, al que se llega siempre por no cumplir con el auto de pago), sino que busca (finalidad inmediata) que le paguen lo que demanda como obligación incumplida. Para este propósito, el ejecutante necesita de un proceso célere y sin complicaciones, a través del cual pueda lograr la tutela judicial que busca, tutela oportuna y en plazo razonable.

Las partes en el proceso de ejecución de garantía hipotecaria deben tener un proceso en el que las reglas procesales y los criterios interpretativos de estas sean claros y uniformes, que el proceso no solo esté en manos de jueces realmente imparciales sino que existan homogeneidad en las decisiones judiciales, que los conflictos se resuelvan de forma predecible.

Si se presentan situaciones no previstas en las normas procesales o sustanciales que empantanar el proceso, o situaciones en las que se requiera hacer trabajo interpretativo por parte del juez o solucionar una problemática poco ortodoxa, se requerirá de la producción de respuestas judiciales que proporcionen a las partes una correcta tutela judicial efectiva.

Cuando las partes no obtienen de los órganos jurisdiccionales respuestas oportunas y correctas o, en todo caso, razonables, se presentan problemas de credibilidad en la forma de resolver por parte de los jueces.

II. EFECTIVIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Como sabemos, en nuestro sistema jurídico se han previsto dos derechos-principio con los que se encuentra protegido el justiciable en el proceso judicial, nos referimos al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho al debido proceso, ambos contemplados en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución.

Con relación a la tutela judicial efectiva, se ha podido denotar con su desarrollo teórico⁽¹⁾ y jurisprudencial⁽²⁾ que ella no solo implica proporcionar al justiciable una fórmula adecuada para acceder al servicio de justicia, generar un juez natural e imparcial, garantizarle el derecho de defensa, entre otras circunstancias. No basta conceder los remedios procesales adecuados, ni tener una respuesta adecuada y pronta del órgano

-
- (1) La efectividad de la tutela que otorga el Estado es una de las aristas que generan la razón de ser de la misma, pues sin el otorgamiento de una tutela que refleje su efectividad, será simplemente una tutela desconectada con los fines del proceso; acorde con Francisco Chamorro, esta efectividad tiene cuatro grados: el primero está referido a la garantía de los ciudadanos de obtener respuesta del órgano jurisdiccional; el segundo, vinculado a la garantía que el órgano jurisdiccional resuelva el problema planteado; el tercero, garantía de resolución del problema planteado con razonamiento y cifrada en el ordenamiento jurídico; el cuarto cifra la posibilidad de que la decisión tomada sea ejecutable. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona 1994.
- (2) En la sentencia N° 01592-2001-AA/TC se sostuvo que “la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional –por su parte– ha comprendido que el derecho a la ejecución de resoluciones constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en las Sentencias N°s 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC el Tribunal ha dejado establecido que ‘el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido’ [fundamento 11]. En esta misma línea de razonamiento, se ha precisado en otra sentencia que ‘la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela’, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que ‘el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución’ (STC Exp. N° 4119-2005-AA/TC, fundamento 64)”.

jurisdiccional, sino conceder tutela judicial significa también que las decisiones judiciales se puedan ejecutar en plazo razonable.

Conceder tutela judicial efectiva no solo significa emitir una sentencia con la que se resuelve el conflicto entre las partes, sino que la verdadera tutela judicial efectiva implica que las partes puedan ejecutar la decisión dictada a su favor, sin ningún problema, que tengan la posibilidad de lograr lo que se propusieron con el proceso. La tutela es efectiva cuando el justiciable logra ejecutar lo decidido en un plazo razonable⁽³⁾.

Cuando una decisión judicial presenta problemas de ejecución, es decir, cuando el justiciable por alguna razón no logra ejecutar la decisión a su favor en un plazo razonable, entonces nos encontramos con problemas de eficacia de las decisiones judiciales.

En los procesos únicos de ejecución, y en especial en los de ejecución hipoteca se presenta un grave problema de eficacia de las decisiones judiciales, pues los demandantes no logran en plazo razonable dar plena satisfacción a lo que buscaron con la demanda, es decir, a lograr que se les pague la suma de dinero puesta a cobro. Es la percepción que tengo y lo apreció directamente al resolver diferentes casos sobre el particular, ojala pudiera decir lo contrario, pero faltaría a la verdad.

Las decisiones del poder judicial solo logran eficacia en el momento en que se pueden ejecutar sin ningún inconveniente ni traba. La eficacia de toda decisión judicial radica en que se pueda cumplir sin ningún tipo de impedimento, salvo que exista una razón o justificación que

(3) Morello señala que la efectividad se despliega en dos planos, por una parte la idoneidad específica del remedio técnico a utilizar; en segundo lugar, la materialización que –a través de la jurisdicción– se debería alcanzar como manifestación de concreción de la tutela recabada. Agrega que el severo enjuiciamiento de estas horas al sistema procesal de la justicia centra las censuras más contundentes en poner de resalto la generalizada quiebra de ese resultado en la experiencia de la actividad judicial y el desencanto que ello conlleva. No es, por ende, suficiente, para disponer del proceso justo, contra con un “un juez en Berlín” imparcial y transparente, con la debida audiencia, con el ofrecimiento y práctica de la prueba pertinente, con la alegación sobre su mérito, con el dictado de una sentencia adecuadamente motivada, con poder para impugnarla y, firme, llevar adelante la ejecución. Es también imprescindible que la condena, el mandato jurisdiccional, satisfaga mediante su íntegro cumplimiento el interés específico del litigante ganador, en un plazo razonable. MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 48-49.

lo impida, siempre que se encuentre contemplada en la ley o que no resulte razonable.

En todos los casos, las decisiones judiciales que se obtienen en un proceso único de ejecución, y en especial en el de ejecución de hipoteca, deberían ejecutarse sin ningún tipo de problema y dentro del plazo razonable.

Sin embargo, aunque cueste decirlo, la realidad nos refleja otra cosa. El día a día en estos procesos nos lanza un mensaje preocupante respecto a la eficacia de las decisiones judiciales, dejando sinsabores a los actores de estos procesos, situaciones complicadas que suelen pasar las partes en la llamada “etapa técnica de ejecución” de los procesos de ejecución de garantías.

Por ello, es que considero que debemos estructurar un proceso de ejecución de garantías que busque recuperar ese aspecto trascendental para todo aquel sujeto que recurre al Poder Judicial.

La preocupación que tenemos por el éxito de este remedio procesal que tiene el acreedor hipotecario en el proceso de ejecución nos lleva a proponer algunos temas que reflejan una clara intención de ponerle mayor atención a la pérdida de tutela judicial efectividad que se viene produciendo en estos procesos. De ahí es que nos hemos decidido por el título asignado al presente trabajo.

III. APRETADO DIAGNÓSTICO DE LA MORA JUDICIAL EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECAS

En los procesos de ejecución de hipotecas, y en general en los procesos de ejecución, el mayor problema no lo vamos a encontrar –en cuanto a la demora en resolver– en la etapa en la que se discute si el demandado debe o no pagar al actor y de no hacerlo se rematarán los bienes dados en garantía, aun con los rasgos de cognición que se pudieran apreciar en algunos casos.

Entre la postulación de la demanda y la decisión firme, que abre la etapa técnica de ejecución o ejecución forzada, no se presentan muchos problemas, la rapidez del trámite establecido en el Código Procesal Civil, ayuda a esta tarea, el demandado debe absolver la demanda

formulando contradicción en tres días y luego se dictará el auto final, si no hubiera que actuar pruebas. Si no se formuló contradicción, la situación es mucho más sencilla, el juez sin más trámite dictará el auto final.

La decisión del juez es apelable (con efecto suspensivo) y lo que se decida en Sala Superior se puede revisar a través del recurso de casación (con el mismo efecto impugnativo). Probablemente, si pudiéramos establecer una ratio de tiempo en lo que se demora llegar en los procesos de ejecución de hipoteca a la etapa técnica de ejecución, diríamos que en promedio no es mayor a año y medio, obteniendo todas las posibles decisiones del juez de fallo, del juez de grado y del juez de casación⁽⁴⁾.

Hay muchos casos en los que la decisión del juez de fallo genera la cosa juzgada, y en otros la decisión del juez de apelación (si no fuera objeto de impugnación), con la cual hay decisión firme y corresponderá ante estas situaciones ejecutar lo decidido, en estos dos últimos casos el promedio de tiempo en llegar a ejecutar es mucho menor.

Entonces, en la etapa de “dilucidación” para determinar si el demandado paga o se rematan sus bienes, existe un breve espacio de tiempo, por lo menos, en la ciudad de Lima, en la que existen juzgados con Subespecialidad comercial con competencia para estos procesos, la experiencia no es negativa –en líneas generales–, ya que al auto final se llega rápido en estos procesos y probablemente no hay mucho tiempo para llegar a la etapa de ejecución forzada. Ello si comparamos con el tiempo que toma llegar a la cosa juzgada en los procesos de cognición.

El gran problema me parece que se presenta en la etapa de ejecución forzada de estos procesos, es decir, cuando el demandado no

(4) Alexander Rioja sobre este particular sostiene que la excesiva carga procesal existente en los juzgados originó que en la actualidad el trámite del proceso de ejecución de garantías tenga una duración de aproximada de 18 a 36 meses (esperando que este tiempo se reduzca con la creación de los juzgados comerciales), lo cual no solo es negativo para el acreedor, pues debe esperar demasiado tiempo para ejecutar un garantía y recuperar su crédito, sino también para el deudor, pues el bien dado en garantía se puede desvalorizar por el tiempo transcurrido, así como incrementarse la suma adeudada debido a los intereses devengados y también para los demás ciudadanos. RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. “Proceso de ejecución de garantías”. En: *El proceso único de ejecución, mecanismos de ejecución y defensa*, en co autoría con Dante Torres Altez. Gaceta Jurídica. Lima, 2014, p. 117.

cumple con pagar el íntegro de la obligación demandada y el actor tiene la necesidad de ejecutar el patrimonio dado en garantía. Aunque no podemos dejar de mencionar más adelante los problemas que presenta esta etapa.

En ese sentido, conviene realizar un análisis de los problemas que se generan en la etapa de ejecución forzada, sin dejar de lado algunas situaciones que se presentan durante el trámite de estos procesos, para luego ver cómo se podrían atacar estos problemas que evitan una oportuna tutela judicial efectiva al actor.

IV. ASPECTOS IMPORTANTES DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECAS

Todo proceso único de ejecución puede tener cinco etapas por las que trasunta: i) la etapa de calificación, en la cual el juez califica con la demanda, aquí se verifica si el título presentado por el actor califica para iniciar el proceso; ii) la etapa de la bilateralidad o contradictorio, que sirve para hacer saber al ejecutado la pretensión del actor; iii) el debate probatorio que puede haber si el ejecutado formula contradicción, excepciones o defensas previas; iv) la etapa decisoria, que se grafica en la emisión del auto final en el que se resuelven todos los temas propuestos; y, v) la etapa de ejecución forzada, de realización de los bienes afectados, del remate y pago al acreedor.

En las siguientes líneas trataremos de referirnos a cada una de estas etapas, no sin antes dejar clara nuestra posición de que el proceso único de ejecución, dentro del cual encontramos al proceso de ejecución de garantías, es cada vez menos un verdadero proceso que sirve para la ejecución, que sea esta su finalidad suprema, convirtiéndose más bien en un proceso que se ha sumarizado en los plazos y trámites, pero que no ha dejado de tener vocación cognitiva, este último aspecto se refleja en la amplia discusión que se permite al demandado frente al título ejecutivo.

Obviamente, esta observación respecto a la desnaturalización del proceso de ejecución o ejecutivo no es nueva, ya la hizo Lascano en

1943⁽⁵⁾ y es repetida actualmente por Morello⁽⁶⁾ y Gozaini⁽⁷⁾, lo que nos permite sostener que el tratamiento legislativo del proceso de ejecución siempre ha traído preocupaciones a la doctrina y la nuestra no es la excepción. La antigüedad que tiene de regulado el proceso ejecutivo en diversas legislaciones y tanta agua que pasó bajo el puente puede haber generado esta desnaturalización a la que se han referido tan importantes procesalistas, al punto que hoy algunos califican al proceso de ejecución como un proceso mixto, con una parte de cognición y otra parte de ejecución. Morello afirmó por ello que lo que se ejecuta en el proceso de ejecución no es el título ejecutivo, sino la sentencia que se dicta en él.

1. *Nulla executio sine título*

En los procesos de ejecución nos encontramos en un proceso al cual el actor tiene el privilegio de acceder debido al **título** que acompaña para demandar, nos referimos al título ejecutivo.

A los procesos de ejecución solo se puede acceder si se cuenta con alguno de los títulos ejecutivos a que se refiere el artículo 688 del Código Procesal Civil: i) resolución judicial firme; ii) laudos arbitrales firmes; iii) actas de conciliación conforme a ley; iv) títulos valores con las formalidades necesarias; v) constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta; vi) prueba anticipada de documento privado reconocido; vii) prueba anticipada con absolución de posiciones, expresa o ficta; viii) transacción extrajudicial; ix) documento impago por pago de arrendamiento, acreditando la relación contractual; x) testimonio de escritura pública; y xi) todos los otros títulos a los que la ley les confiere mérito ejecutivo.

Además, se requiere que el título que se acompaña a la demanda contenga una obligación expresa, cierta y exigible, adicionalmente debe ser liquida o liquidable (art. 687 del CPC).

(5) LASCANO, David. "Hacia un nuevo tipo de proceso". En: *Revista de Derecho Procesal*. 1943, p. 80.

(6) MORELLO, Augusto. Ob. cit., p. 557.

(7) GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "Conveniencia de reformar el sistema argentino en materia de juicio ejecutivo". En: <www.institutoderechoprocetual.org>.

Entonces, tenemos que no se trata de cualquier documento que pueda calificar como título ejecutivo; por un lado, habría que decir que solo la ley se encarga de calificar qué “documento” puede ser considerado como título ejecutivo. Las partes no pueden acordar darle la calidad de título ejecutivo a determinado documento, el pacto no es suficiente para este propósito, es la ley la única que posibilita esta situación, en consecuencia el título en los procesos de ejecución son siempre de naturaleza legal por su origen, siendo común que se encuentren contenidos en determinado documento. Aunque la legislación muchas veces deja ciertas dudas sobre el particular al abrir la vía ejecutiva sin mencionar cuál es el título para esta (art. 330 de la Ley de Instituciones Bancarias y Financieras, Ley N° 26702 y el art. 80 de la Ley General de Sociedades).

En los procesos de ejecución de garantía el título es complejo ya que muchas veces es suficiente la escritura pública del acto de constitución de hipoteca, siempre que la obligación se encuentre contenida en él; en otros casos, se complementará la escritura pública del acto constitutivo con otro título ejecutivo en el que se encuentre contenida la obligación (título valor, escritura pública, transacción extrajudicial, recibos impagos por arrendamiento, etc.), aunque en cualquiera de estas dos situaciones la obligación debe ser cierta, expresa y exigible, además de líquida o liquidable⁽⁸⁾.

Lo concreto hasta aquí es que nuestra legislación actual optó por la posibilidad de acceder al proceso de ejecución siempre que el demandante en su condición de acreedor presente el título simple o complejo en el cual aparezca la obligación que pretende exigir al demandado, ello se desprende del contenido del artículo 690-A del CPC: “A la demanda se acompaña el título ejecutivo (...)”.

2. Documentos a presentar y otros requisitos

Para el inicio del proceso de ejecución en general el demandante (acreedor) debe acompañar de forma elemental el título en el que aparezca la obligación que pretende exigir al demandado o ejecutado, por

(8) En el trabajo “Problemática actual del proceso de ejecución de garantía” hemos desarrollado nuestra posición sobre el título en el proceso de ejecución de garantías, publicado en *Gaceta Civil y Procesal Civil*, tomo 2, agosto de 2013.

ejemplo, el título valor, el recibo impago de arrendamiento, la transacción extrajudicial, etc.

En el proceso de ejecución de hipoteca la exigencia es mayor; según lo dispone el artículo 720 del CPC, se debe acompañar determinados documentos y cumplir con ciertos requisitos:

- i) Que la constitución de la garantía cumpla con las formalidades que la ley exige (en este caso que la hipoteca cumpla con las formalidades establecidas en el CC, situación que entendemos debe ser controlada por el juez al momento de calificar la demanda, por ejemplo, que la haya constituido quien tenía derecho inscrito, que tenga monto del gravamen, que se haya inscrito, etc.).
- ii) Que la obligación garantizada se encuentre contenida en el documento constitutivo (escritura pública de hipoteca), esto es, que se encuentre contenida en la escritura pública correspondiente, lo cual implica que en ella no solo se encuentra determinada la obligación, su monto, forma de pago, cuotas, intereses, entre otros (suele ocurrir en la compraventa de inmuebles con garantía hipotecaria y en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria), sino que además se haya constituido hipoteca para garantizar el pago del precio de venta o de la suma mutuada. En este supuesto podríamos encontrarnos frente a lo que podemos llamar **título completo**, porque no se requiere de otro documento que lo complemente, el contenido de la escritura pública es suficiente. Por ello, cuando la norma se refiere (inciso 2) a que el demandante acompañará el documento que contiene la garantía, en este caso será suficiente presentar la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria.
- iii) Si la obligación no se encuentra contenida en la escritura pública que contiene el acto constitutivo, debe acompañarse además el documento en el que se encuentre contenida la obligación, pero debe ser un documento que califique como título ejecutivo, conforme a lo señalado en el artículo 688 del CPC. Esta situación especial se presenta cuando la hipoteca garantiza obligaciones eventuales o futuras que aparecen señaladas

de forma genérica en el acto constitutivo. Suele ocurrir en los contratos de suministro de bienes, este tipo de garantías reales son de estilo cuando se busca garantizar obligaciones cuyo monto se determinará en el futuro (por tarjetas de crédito, títulos valores incompletos, contratos de los cuales se genere una cuenta corriente, entre otros). En una de las cláusulas del acto constitutivo debe aparecer el compromiso del garante hipotecario de garantizar un conjunto de obligaciones propias o de terceros que se deriven de las relaciones jurídicas establecidas entre las partes, propiamente obligaciones eventuales o futuras. En este caso, el título será **complejo**, ya que se complementa la escritura pública de hipoteca con el título ejecutivo, ambos constituyen en conjunto el título para la ejecución de hipoteca.

- iv) Se debe presentar el estado de cuenta del saldo deudor. Este documento ha generado uno y mil problemas en la práctica judicial. En primer lugar, porque el legislador no se preocupó de establecer una forma predeterminada para él, ni señaló mínimamente cuál sería su contenido. No se consideró que se trata de un documento unilateral que prepara y presenta el acreedor en el cual se debería consignar el capital adeudado, los intereses pactados y generados, los pagos realizados por el deudor, aunque este último aspecto es un verdadero dolor de cabeza, ya que suelen presentarse situaciones en las que el demandado afirma haber pagado sumas de dinero que no fueron consideradas por el ejecutante y que interesadamente olvidó consignar el acreedor en el saldo deudor, pese a que presentan sendos documentos que lo acreditan, en algunos casos se aceptan los pagos a cuenta y en otros suelen ser negados⁽⁹⁾.

(9) Según nuestro punto de vista, el saldo deudor puede presentar dos problemas importantes, a partir de los cuales, posiblemente, se pueda ver afectado el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes: i) que no se hayan considerado pagos a cuenta realizados por la parte demandada; ii) que con las sumas de dinero señaladas en el saldo deudor se pueda lograr una capitalización. En el primer caso, debemos indicar que con normalidad las salas superiores se han visto obligadas a anular el auto final debido a la poca importancia que le brinda el juez de fallo a la defensa del ejecutado cuando logra acreditar el pago de determinadas sumas que no aparecen consignadas como pagos a cuenta en el saldo deudor. Me explico, el demandado presenta un conjunto de documentos (recibos, vouchers, depósitos efectuados

- v) Se debe acompañar la **tasación comercial** actualizada del inmueble, realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados. La presentación de este documento para la admisión de las demandas de ejecución de hipoteca debe ser repensada para una futura modificación en el CPC, pues no tiene ninguna utilidad exigir al actor que presente la tasación actualizada, si este elemento no servirá para el desarrollo del proceso, sino que es un elemento importante en la ejecución forzada, es decir, para el inicio de los actos de ejecución de los bienes dados en garantía. Por lo cual, su presentación debería ser opcional. La presentación de este documento trae debates estériles en el trámite, debido a que el demandado al formular contradicción suele cuestionar la tasación efectuada por el demandante respecto al inmueble hipotecado, teniendo el juez que responder al emitir el auto final sobre este particular, sin embargo, la respuesta siempre es la misma, no se puede detener la ejecución alegando que el inmueble fue tasado por una suma menor a la que realmente vale, ya que este debate debe hacerse en la etapa técnica de ejecución, es decir, antes de iniciar el remate del bien ⁽¹⁰⁾.

en cuenta del acreedor, etc.) con los que acredita que hizo determinados pagos a cuenta del monto originariamente adeudado, el actor al absolver tal cuestionamiento, suele indicar que ya fueron descontados de lo adeudado, pero no lo explica de forma convincente o muchas veces se alega que se trata de pagos vinculados a otras relaciones comerciales sostenidas, sin acreditarlo. Esta situación no genera certeza en el juzgador de grado y decide anular la sentencia para que se ordene que el actor presente una liquidación conteniendo cada uno de los pagos efectuados por la parte demandada o que se ordene una pericia contable para el efecto, de no hacerse esto podría afectarse el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado y se beneficiaría indebidamente al actor. En el segundo caso, se presenta en los casos de títulos valores incompletos, los cuales fueron completados a determinada fecha con el capital originario más los intereses al cierre de la liquidación, el acreedor no separa el monto capital de los intereses generados y se hace un nuevo capital, esta suma es la que sirve para completar el título valor, generando capitalización. Aquí el saldo deudor debería contener el historial del crédito incluyendo capital e intereses generados para comprobar si se completó correctamente. Este aspecto debería ser denunciado por la parte demandada.

- (10) Casación N° 1496-2004-Tacna “(...) la exigencia de la presentación de la tasación actualizada del bien dado en garantía, no es rigurosa, pues si la tasación convencional ha sido celebrada en moneda extranjera, la misma sirve de resguardo a los posibles procesos inflacionarios que pudieran suscitarse; quedando a criterio del Juez ordenar una nueva tasación actualizada, como así lo han ordenado al demandante, esto es, que adjunte previo al remate una tasación actualizada del bien, con arreglo a ley”.

- vi) Se debe anexar a la demanda el certificado de gravamen. Este documento registral es de suma importancia en el proceso de ejecución de hipoteca, pues ayuda a definir al juez varias situaciones: i) determinar si la hipoteca que se pretende ejecutar se encuentra inscrita y si el demandante es titular registral de la misma, además de verificar la identificación plena del inmueble, monto del gravamen, etc.; ii) sirve para determinar si la hipoteca que se pretende ejecutar es de primer rango o tiene otro rango en el registro; iii) apoya al juez a verificar si existen otras hipoteca o embargos inscritos en el Registro con respecto al inmueble. En síntesis es el documento que permite al juez y a las partes en el proceso saber la información que arroja el Registro respecto al inmueble que se pretende ejecutar.

3. El auto de pago

El auto de pago en el proceso de ejecución en general sirve para requerir al ejecutado cumpla con pagar la suma de dinero o entrega de bienes muebles solicitada por el actor en la demanda, la cual incluye los conceptos de intereses, costos y costas.

En el proceso de ejecución de hipoteca, el auto de pago es la decisión judicial con la que el juez no solo admite a trámite la demanda sino que su vez requiere al demandado para que cumpla con pagar la suma de dinero expresada en la demanda, más los intereses, costos y costas. Advirtiendo en la misma decisión que de no pagarse dicha suma de dinero, se procederá al remate de los bienes dados en garantía.

El artículo 721 del CPC señala que “admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de los tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía”.

Algunas particularidades se presentan en estos procesos, por ejemplo, muchas veces el juez ordena a pedido de parte el monto total del saldo deudor, el cual obviamente incluye intereses. Esta situación no debe aceptarse porque implicaría una especie de capitalización. El juez debería siempre ordenar solo el pago de la suma capital consignada en

el llamado saldo deudor e indicar que esta es con los intereses pactados que se hubieran generado y que se generarán en el futuro, porque si ordena el pago de la suma global del saldo deudor y luego agrega que es más intereses, lo que se produce es la capitalización a la que ya nos hemos referido en líneas anteriores, ya que el deudor pagará el interés del interés, lo que afectará los derechos del deudor.

Ahora bien, el requerimiento de pago de la suma adeudada, técnicamente se debería hacer al deudor, es decir, al sujeto que participó en la relación material (relación jurídica obligacional) previa al proceso como obligado a cumplir con la obligación asumida, normalmente obligación de dar suma de dinero. El requerimiento de pago de dichas sumas de dinero no se debería hacer por ejemplo al garante hipotecario, quien asume un papel distinto en esta relación material: garantizar con el inmueble de su propiedad las sumas de dinero, no tiene la condición de deudor, a menos que se le haya consignado en el acto constitutivo además de garante, como fiador. Tampoco se debe considerar en este requerimiento de pago al nuevo propietario, cuando al momento de demandar el garante hipotecario ya dispuso del bien y aparece como otro sujeto como nuevo propietario.

En la práctica judicial no se hace este distinguo y el juez requiere el pago de la suma de dinero a todos aquellos que a pedido del ejecutante aparecen en la demanda como demandados, es decir, al deudor, al garante hipotecario, al fiador, entre otros.

Ello no implica que el juez no deba ordenar notificar con el mandato ejecutivo a todos aquellos que se encuentren involucrados en la demanda, lo que decimos es que –técnicamente– no se les debería requerir el pago, porque el pago solo debería hacerlo el deudor. Aunque admitimos que el garante hipotecario (si no es fiador solidario) tendría interés en pagar al acreedor, ya que con el pago de la obligación impediría el remate de su inmueble, pero no es el obligado a cumplir con el mandato ejecutivo.

Además, la parte *in fine* del artículo 720 señala con toda claridad que “En el mandato ejecutivo debe notificarse al deudor, al garante y al poseedor del bien en caso de ser personas distintas al deudor”.

4. Notificación al poseedor del bien a rematar

La norma procesal (art. 720 del CPC) señala que se debe notificar además del deudor y garante hipotecario, al llamado **poseedor del bien**, siempre que se trate de persona distinta al deudor. La norma procesal no tiene una adecuada redacción debido a que no siempre el deudor es el que ocupa el bien inmueble otorgado en garantía, probablemente sea el caso más común, una relación jurídica entre deudor y acreedor, donde el primero garantiza la obligación con su inmueble, aquí se podría dar la hipótesis normativa. Pero en los casos en los que el bien inmueble tiene como propietario al garante hipotecario, entonces el garante y no el deudor sería el que ocupe el bien y si es una persona distinta al deudor.

Aunque es previsible advertir la finalidad de la norma procesal, esto es, lo que se pretende es hacer saber la existencia del proceso a aquellos que no tomaron conocimiento de él con la notificación regular, como partes en el proceso, a aquellos que no aparecen en el auto de pago como deudor, garante hipotecario o fiador, sino que ocupan el bien a partir de determinada situación jurídica.

Por lo cual considero que la norma procesal no comprende esta situación, ya que solo se refiere al deudor y no al garante hipotecario; en tal sentido, se debió establecer que se debe notificar al poseedor del bien cuando se trate de persona distinta al deudor o garante hipotecario.

Por ello, soy de la opinión que si el inmueble es ocupado por el deudor o garante hipotecario y ellos fueron notificados con el auto de pago de manera regular, la notificación al poseedor deviene en inoficiosa o simplemente sirve para cumplir con lo que señala la norma procesal.

Ahora bien, la notificación al poseedor en la práctica judicial se hace de forma genérica, es decir, el juez para cumplir con la disposición procesal ordena que se notifique al poseedor del bien. Con el mandato judicial, el auxiliar judicial prepara una cédula de notificación consignando como destinatario en el inmueble objeto de ejecución al “poseedor” y así se notifica al probable poseedor del bien. Esta

situación presenta alguna problemática que muchas veces dilata la ejecución forzada⁽¹¹⁾.

Efectuada la notificación, tendremos que si en el inmueble existe un nuevo ocupante (normalmente un arrendatario, un detentador de la posesión o el nuevo propietario) este tomará conocimiento oportuno de la existencia del proceso en el que se pretende cobrar una deuda y de no ser pagada se rematará el bien que ocupa. Teniendo como carga procesal la de apersonarse al proceso y defender los derechos e intereses que se pudieran ver afectados por el resultado del proceso. Debiendo dejar aclarado que si se apersona el “ocupante” (que no tenga la calidad de nuevo propietario) su defensa quedará restringida a defender la posesión que ejercen en el inmueble.

Pero para qué sirve notificar al “poseedor” del bien que se rematará en caso no pague el deudor, qué utilidad tiene realizar este acto procesal; la respuesta es la siguiente: una vez notificado el poseedor la será oponible el mandato de desocupación y entrega del bien inmueble rematado y adjudicado, por lo cual, se podrá proceder al lanzamiento de este, en la debida oportunidad.

(11) Aquí algunos problemas: i) en el proceso de ejecución de hipoteca los “ocupantes” normalmente pretenden paralizar la ejecución forzada del proceso señalando que nunca fueron notificados con el auto de pago, se alega de corriente que la notificación en el inmueble se debió realizar de forma personalizada, es decir, con nombre y apellido; esta situación es difícil de controlar porque al empezar el proceso normalmente el ocupante del inmueble es el deudor o garante hipotecario, es por ello, que la notificación al poseedor se hace de forma genérica, aunque si el actor conoce la identidad del ocupante distinto a los ejecutados, lo proporcionará y se hace una notificación personalizada, pero, de lo contrario, lo común es notificarlos de forma genérica, es decir, sin ninguna identificación; ii) muchas veces los ejecutados pretende inventar a un ocupante, preparan una estrategia para demorar la ejecución con un supuesto ocupante no notificado, pero esta situación de desenmascara fácilmente, ya que normalmente no pueden acreditar que el ocupante ocupaba con fecha anterior al inicio del proceso, para lo cual presentan normalmente contratos de arrendamiento sin tener fecha cierta, por ello es que se desestiman los pedidos de oposición al lanzamiento o nulidad de actuados; iii) los ocupantes de forma sintomática aparecen en el proceso cuando el inmueble ya está siendo rematado o se encuentran pendiente de lanzamiento para desposeerlo, el argumento principal de defensa se centra en denunciar que nunca fue notificado con el auto de pago, sin embargo, como ya lo dijimos, el poseedor una vez notificado (aun de forma genérica) asume la carga procesal de apersonarse al proceso y defenderá sus intereses en el proceso, sino lo hace luego no puede buscar retroceder el trámite procesal con esta denuncia. El problema se presenta cuando no se hizo (por omisión) la notificación al poseedor, ni siquiera de forma genérica.

Esto significa que solo será posible disponer la entrega del bien inmueble al adjudicatario, siempre que el poseedor (diferente al deudor o garante hipotecario) hubiera sido notificado con el auto de pago, ello se desprende de lo que dispone el artículo 739.3 del CPC que señala: “La orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario dentro de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento. **Esta orden también es aplicable al tercero que fue notificado con el mandato ejecutivo o de ejecución**” (resaltado nuestro).

Con relación al nuevo propietario que posea el bien, la situación es diferente, ya que su condición de nuevo propietario antes o después de iniciado el proceso, genera la carga procesal de apersonarse al proceso, pues tiene pleno conocimiento por el Registro que el inmueble se encuentra gravado por hipoteca, en el cual compromete su patrimonio para adquirir un inmueble que puede ser rematado por falta de pago de la deuda que tiene su vendedor, además porque en un mínimo de responsabilidad el comprador debería haber hecho un estudio de títulos para adquirirlo, lo cual implica una revisión minuciosa del Registro. Por lo cual, considero que el nuevo propietario debería apersonarse al proceso durante el trámite, si lo hace en la ejecución forzada para frustrar el remate, verá disminuidas sus posibilidades de defensa. En estos casos se busca la forma de hacer saber del proceso al nuevo propietario, con la notificación al poseedor, con las publicaciones del remate, con los carteles fijados en el mismo inmueble⁽¹²⁾.

5. La contradicción

En el proceso de ejecución de garantías el demandado tiene un mecanismo para defenderse al ser notificado con el mandato ejecutivo, este medio para defenderse se llamada contradicción. Aunque la doctrina nacional es unánime en señalar que lo que se debió regular —técnicamente— en este caso es el mecanismo de la oposición. Este nombre por ejemplo

(12) Se propone que solo se deba notificar con el proceso de ejecución de hipoteca al nuevo propietario con derecho inscrito, si ello aparece en la información registral, quedando fuera del acto de notificación al nuevo propietario que no inscribió su derecho, porque se trata de un nuevo propietario oculto para el demandante y para el juez, ellos no pueden saber que existe, por tanto, no habría obligación de notificarlo, con ello se estaría evitando que este nuevo propietario se aparezca a última hora pretendiendo detener la ejecución forzada.

lleva el mecanismo de defensa que tiene el ejecutado en la ejecución de laudos arbitrales (Decreto Legislativo N° 1071).

El contradictorio, en cualquier proceso de ejecución, según las reglas del proceso civil, se hace a través de la contradicción, esta no puede ser considerada como una contestación de demanda, simplemente porque nos encontramos en un proceso de ejecución y no en un proceso de cognición. La contestación de demanda es propia de los procesos de cognición, con la cual, los demandados pueden ejercer ampliamente su derecho de defensa. Por el contrario, la contradicción es un mecanismo menos pleno de defensa que tienen los ejecutados en el proceso de ejecución.

Tiene sentido la restricción en el derecho de defensa de los demandados en los procesos de ejecución, debido a que en este proceso no hay que discutir la existencia de la obligación que se pone a cobro, ya que el actor al postular la demanda presenta un título en el que se entiende debe estar contenida una obligación cierta, expresa y exigible.

Por ello es que básicamente en la contradicción la parte ejecutada debería cuestionar el título alegando que no contiene una obligación exigible o que es ilíquida esta. Como hecho extintivo podría argumentar que la obligación se ha extinguido o puede cuestionar el título debido a que este se encuentra afectado por nulidad formal o falsedad. Además, como medio de defensa en la contradicción se podrían formular las excepciones procesales contenidas en el artículo 446 del CPC e inclusive defensas previas, si fueran procedentes. Si el demandado realiza una defensa que no se relacione con las situaciones antes señaladas, el juez debería declarar improcedente la contradicción.

6. Causales de contradicción

El proceso único de ejecución tiene causales comunes para todos los procesos de ejecución, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 690-D del CPC: la contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en: 1. inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado

en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. la extinción de la obligación exigida.

6.1. Inexigibilidad e iliquidez

Se puede alegar la inexigibilidad de la obligación cuando esta no se encuentre vencida en cuanto al plazo para su cumplimiento, es decir, que no resulta exigible y pese a ello se ha demandado. Puede que la obligación se encuentre sujeta a alguna condición o plazo⁽¹³⁾ que no se ha visto cumplido⁽¹⁴⁾.

Solo se puede demandar en el proceso de ejecución obligaciones que son exigibles; esto significa que no debe existir ningún impedimento de exigibilidad en el título para que el demandante pueda lograr que el juez requiera el cumplimiento de la obligación al ejecutado, básicamente que la obligación tenga el plazo de cumplimiento vencido y que

(13) Casación N° 1747-2003-Lima: “(...) la obligación contenida en el título debe ser cierta, expresa y exigible, además de líquida o liquidable si se trata de sumas de dinero. Es cierta cuando no existe duda de su existencia, es expresa cuando fluye del propio título y es exigible cuando se ha vencido el plazo otorgado para su cumplimiento y no se encuentra sujeta a condición alguna o si existiendo se ha satisfecho. Que por su parte el artículo 722 del Código Procesal Civil señala las causales por las que el emplazado puede formular contradicción, fuera de las cuales la contradicción será liminarmente rechazada; siendo una de ellas la de inexigibilidad de la obligación, que se configura cuando ella está sujeta a condiciones de lugar, plazo o cargo”. Casación N° 3779-2002-Cusco: “(...) tratándose de la causal de inexigibilidad de la obligación, esta debe estar referida a que dicha obligación esté sujeta a alguna condición, plazo o modo, empero, de manera alguna puede estar basada a la ausencia de algún requisito de procedibilidad de la acción”.

(14) Hemos podido encontrar casos en los que se celebró un contrato de mutuo, pero no se consignó en la escritura pública de mutuo con garantía hipotecaria desde qué momento resultaba exigible la devolución de la suma mutuada. Sin embargo, esta omisión no hace que la obligación no sea exigible, debido a que la ley permite subsanar esta omisión con lo regulado en el artículo 1656 del CC, ya que se entiende que el plazo es de 30 días contados desde la entrega de la suma mutuada. Otro supuesto de inexigibilidad lo hemos encontrado postulado por los demandados en los casos en los que se alega que se le debería demandar recién cuando el actor hubiera remitido una carta notarial dando por resuelto formalmente el contrato; en tanto esta situación no se produzca no era posible demandarlo, por tanto, la obligación resultaba inexigible. Esta situación tiene una respuesta negativa para el demandado ya que se entiende que pese al pacto, el incumplimiento del deudor en la relación obligación facultaba al acreedor sin mayor requerimiento a iniciar el proceso judicial para cobrar la suma de dinero adeudada y en todo caso, esta situación quedaría convalidada con la presentación de la demanda y el emplazamiento, con el que quedaría superada cualquier situación que ponga en duda que el actor pretende ejercer su derecho a exigir el pago de su crédito.

no se pueda apreciar el título que se haya pactado una condición y que esta no se haya cumplido.

Aunque suele señalarse con relación a esta causal que la exigibilidad de la obligación significa que la obligación puesta a cobro resuelta inexigible en razón de tiempo, lugar o modo precisando que una obligación es inexigible por razones de tiempo, lugar y modo si la obligación ha de cumplirse en determinado plazo y este no ha vencido; si el demandado acude a un juez del lugar distinto al pactado o si la obligación de pago a cumplirse está pendiente de una condición o cargo; o cuando la ejecución no se realiza en la forma señalada. Sobre el particular no nos encontramos de acuerdo con la exigibilidad con razón al lugar, ya que en estos casos la obligación es exigible aun si se recurre a un juez incompetente por razón del territorio, debido a que este criterio de competencia es prorrogable y solo puede ser cuestionado por el demandado por excepción procesal; si lo hace pasará a otro juez, pero ello no perjudica la exigibilidad de la obligación. Aunque algunos autores sostienen que cuadra en esta causal el supuesto en el que el acreedor pretende cobrar más de lo debido y que se debe declarar fundada la contradicción por el exceso y ordenar el pago de la suma realmente adeudada.

En cuanto a la **iliquidez**, se debe indicar que la pauta general en estos casos es que la obligación sea líquida o liquidable, es decir, por un lado, que se trate de obligación que contiene una suma fija, que no exista la menor duda de la suma que se adeuda. Por ejemplo, en los pagarés y letras de cambio la suma que se consigna en ellos califica como líquida, para mayor seguridad se señala muchas veces en letras y números. Puede entenderse normalmente que es la suma líquida la que constituye el capital que se adeuda, respecto de la cual se podrían generar otros conceptos, como veremos a continuación.

También se puede tratar de una suma liquidable, lo cual significa que el título no contiene una suma final adeudada, pero que esta con una simple operación aritmética se puede establecer, por ello, se le denomina liquidable, debido a que se puede llegar a ella con determinada fórmula; así, por ejemplo, cuando la obligación deba pagarse por el pacto con los intereses compensatorio y moratorios, en estos casos se sabe cuál es la suma capital (suma líquida), pero no se sabe con exactitud, por el contenido del título, cuál sería el monto que se debe pagar por concepto de

intereses pactados (suma liquidable), lo cual no implica que no se puede exigir su cumplimiento, si es viable, pero, en el auto de pago se debe señalar la suma líquida a pagar y consignar qué conceptos liquidables también lo comprenden.

En la ejecución de hipoteca, la determinación de estos elementos (exigibilidad y liquidez) se deberían ubicar en el acto constitutivo de la garantía o en el título ejecutivo que se acompaña.

Si se trata de un contrato de compraventa o de un contrato de mutuo garantizado con hipoteca, la obligación, su exigibilidad y liquidez deben desprenderse del contenido de la escritura pública de hipoteca. En estos casos debe aparecer la obligación que asume el deudor, normalmente la de restituir determinada suma de dinero al acreedor, la suma líquida estará constituirá por la suma capital adeudada y se deben indicar los conceptos que integran las sumas liquidables: intereses, gastos, comisiones, etc., se precisa que se indique el plazo para cumplir con la obligación, entre otros.

Si la obligación se encuentra en el título ejecutivo (título valor o escritura pública, etc.), el juez deberá establecer a partir del título que ella sea exigible, entendiendo por exigible en las obligaciones con plazo que este se encuentre vencido y que la obligación no se encuentre sujeta a condición suspensiva o cualquier otra circunstancia que no la haga exigible, además de comprobar que sea líquida o liquidable.

La iliquidez de la obligación abre la posibilidad de formular contradicción, por no saber con exactitud el monto que finalmente se va a pagar, no se incorporan en el concepto de obligación ilíquida a los conceptos que son liquidables.

6.2. Nulidad formal o falsedad del título

Cuando el demandado pretenda cuestionar el título en el que se sustenta la ejecución de nulo o falso, debe tomar en cuenta que nos encontramos en un proceso de ejecución, por lo que no será posible en este tipo de procesos discutir la **nulidad del título** desde el punto de vista sustancial, sino simplemente desde el aspecto formal, con ello se evita convertir el proceso de ejecución en un proceso cognitivo.

Se requiere que el título que da lugar a la ejecución cumpla con los requisitos exigidos para su validez y eficacia, que lo hagan viable en un proceso de ejecución; la causal de nulidad en la contradicción atacaría este elemento, pero solo desde el punto de vista formal, no es el proceso adecuado para discutir la nulidad sustancial⁽¹⁵⁾.

Aunque no cabe duda que si el juez determina que el título adolece de nulidad manifiesta debe denegar la ejecución, y en algunos supuestos probablemente echando mano a lo señalado en el artículo 220 del Código Civil, e indicará que el título presenta nulidad manifiesta.

Debe tenerse en cuenta igualmente lo que dispone el artículo 225 del Código Civil (no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo), ya que la forma en el caso de las hipotecas es muy importante, si la escritura pública tuviera algún problema de formalidad, esta situación puede ser atacada por la parte demandada siguiendo las causales de nulidad de escritura pública señaladas en la Ley del Notariado.

La máxima que se sigue en estos casos por los órganos jurisdiccionales, cuando la nulidad del título no es formal ni manifiesta y evitan con este razonamiento la paralización de la ejecución, es que el título no es nulo en tanto no sea declarada su nulidad judicialmente y con sentencia firme.

Pese a ello, la nulidad del título es una situación poco admitida por los jueces en este tipo de procesos, por lo cual, si no se toma en cuenta este apunte, es probable que sean rechazadas las defensas del ejecutado con las que se pretende discutir la nulidad de la escritura pública de hipoteca en la que se encuentra contenida la hipoteca y otras veces la obligación, alegando problemas que se deben dilucidar en un proceso cognitivo y no en un proceso de ejecución: nulidad de la hipoteca porque no participó el cónyuge del demandado en la constitución de hipoteca, se argumenta la causal de nulidad por falta de manifestación de voluntad

(15) “(...) el cuestionamiento planteado por el recurrente no comporta una nulidad formal del título de ejecución que como única causal, de esa clase, establece como contradicción el artículo setecientos veintidós del Código adjetivo, sino la nulidad sustantiva, la misma que no puede hacerse valer en este tipo de proceso sino en vía de acción”. Casación N° 2838-2020-Lambayeque.

u otra causal contenida en el artículo 219 del Código Civil; nulidad de hipoteca por simulación, sustentado en que la garantía real se constituyó para perjudicar los derechos de quien posee el bien inmueble, entre otras situaciones que se deben discutir en un proceso más amplio, quedando vedado en este tipo de procesos discutir situaciones sustanciales con relación al título que se deben ventilar en otro proceso.

En cuanto a la escritura de hipoteca, considero que podrían ser materia de cuestionamiento con esta causal de contradicción situaciones relacionadas a la falta de inscripción de ella, falta de correspondencia de los datos del inmueble con el registro o los defectos de formalidad que se presenten con relación a esta, aunque se puede admitir que podrían ser alegados los defectos formales de la escritura pública que no permitan hacer viable su ejecución.

Si el título de ejecución es un título valor, la causal se verá reflejada en el cuestionamiento a los elementos esenciales del título que hacen inviable la ejecución, por ejemplo, que no cuente con protesto cuando se requiere de este que su formalidad no se ha cumplido; que no se ha consignado el DOI del obligado, que tiene enmendaduras en las sumas señaladas en número o letras, que se hayan pactado intereses no permitidos por ley, entre otros elementos esenciales de validez del título.

En los procesos de ejecución de garantías cuando la obligación se encuentra contenida en un título valor, se ha generado toda una polémica para definir si el juez debe calificar de oficio los defectos formales esenciales que tenga el título valor o puedan ser cuestionados a pedido de parte. Algunas posiciones han señalado que sí es posible y otras posturas sostienen que no, la primera —la cual suscribo— señala que sí es posible hacerlo debido a que el título valor para ser considerado como título de ejecución en estos procesos debe cumplir con todos los requisitos esenciales (establecidos en la Ley de Títulos Valores) para proceder a la ejecución; si no los cumplen, simplemente no se debe ordenar la ejecución. La otra posición —que me parece superada— sostiene que no es posible hacer este análisis en un proceso de ejecución de hipoteca debido a que el título en estos procesos lo constituyen la escritura pública de hipoteca y el saldo deudor, precisando

que el título valor no es el título, sino un documento complementario⁽¹⁶⁾, tesis que considero errada por la posición que hemos desarrollado en este trabajo sobre el título en el proceso de ejecución de hipoteca.

Agregando a ello que en los procesos de ejecución de hipoteca en el que se acompaña un título valor (donde está contenida la obligación) el juez de forma oficiosa debe controlar el cumplimiento de los requisitos esenciales de estos documentos cartulares, de este control depende la posibilidad de ordenar o denegar ejecución, ello simplemente porque en este título se encuentra contenida la obligación, siendo precisamente esta la que se debe exigir en el proceso; si el título valor no cumple con los requisitos exigidos, no habrá ejecución.

En cuanto a la **falsedad del título** suele alegarse que el título que genera la ejecución es falso debido a la falta de declaración de voluntad del sujeto obligado, lo común es el cuestionamiento del título por falsificación de firma. Podría decirse que el título es falso cuando el demandado sostiene en su contradicción no haber firmado ni participado en la constitución de este que da lugar a la ejecución de garantía, de forma conjunta la parte demandada al formular contradicción suele proponer la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

Son pocos los supuestos de falsedad de título porque ello implica que se ha presentado un título que no corresponde a la realidad (alguno alegan que es falso por su contenido o por la suscripción), es decir, que no existe como título para la ejecución. El título se encuentra normalmente contenido en un documento, lo que nos podría llevar a afirmar que como documento existe, es real, es tangible se puede apreciar en el proceso, pero se le cuestiona de falso porque su contenido no

(16) Casación N° 233-2003-El Santa: “(...) el Banco ha presentado al proceso además, el pagaré insoluto que corre a fojas setenticinco, en el cual se consigna a doña Rosa Esther Quezada Tapia como una de las obligadas principales del mismo, ello para acreditar la suma puesta a cobro, pese a que tal hecho no resultaba necesario, toda vez que la presente acción no es un proceso ejecutivo de pago de soles sino un proceso de ejecución de garantías”. Casación N° 3001-2002-Arequipa: “(...) Los títulos valores y demás documentos que se puedan anexar para acreditar la obligación no constituyen formalidades establecidas en la ley para el ejercicio de la acción real, tratándose de simples anexos complementarios (...) por lo que (...) en los procesos de ejecución de garantías el título de ejecución está constituido por el documento que contiene la garantía y no por los títulos valores anexados a la demanda”.

guarda relación con la realidad debido a que fue obtenido sin la correspondiente declaración de voluntad del obligado, no firmó el demandado o le falsificaron la firma; en estos casos suele realizarse, a pedido de parte o de oficio, una pericia para determinar si la firma consignada en el título corresponde o no al obligado. El resultado de la pericia definirá el conflicto. Aunque admitimos que esta es una situación que desnaturaliza totalmente el proceso de ejecución, porque aquí entramos realmente un proceso de cognición.

Situación particular se presenta cuando el ejecutado postula como sustento para la causal de contradicción por falsedad del título el hecho de que el acreedor haya completado el título valor contraviniendo los acuerdos, señalando que el monto ahí consignado no guarda relación con la realidad, debido a que adeuda un monto menor o que no se han tomado en cuenta pagos realizados, por lo cual el título es falso. Esta situación obviamente no es atendible.

6.3. Extinción de la obligación

La extinción de la obligación se puede postular como causal de contradicción cuando respecto de dicha obligación se ha producido el pago íntegro, no parcial, de ella. Los pagos a cuenta no sirven de sustento para alegar esta situación jurídica, ello en virtud a lo que señala el artículo 1220 del Código Civil.

También puede alegarse esta causal si se produce compensación, condonación, transacción, mutuo disenso o cualquier otra situación jurídica que haya generado la extinción de la obligación.

La utilidad de esta causal de contradicción, es que se pueda comprobar, a partir de la defensa del demandado, que la obligación se encuentre extinguida por cualquier mecanismo que permita ley, entendiendo por obligación extinguida una obligación que no se puede ejecutar porque ya no existe por alguna razón.

Suele alegarse la prescripción de la obligación como causal de extinción de la obligación, lo cual, obviamente, es viable debido a que no se puede ordenar la ejecución de una obligación que ya no existe. Las obligaciones que no fueron exigidas dentro del plazo pueden ser cuestionadas por las partes u observadas por el juez de oficio; en este último

caso, es viable pronunciamiento oficioso del juez respecto al vencimiento de los plazos de prescripción en caso de títulos valores, siguiendo lo dispuesto en el artículo 95.1 de la Ley de Títulos Valores (ya que deben ser exigidas dentro de los plazos de prescripción), en otros casos debe ser necesariamente a pedido de parte.

La parte demandada, para evitarse cualquier inconveniente con el resultado del proceso, considero que debería formular la prescripción como argumento de defensa utilizando esta causal y además proponer la correspondiente excepción procesal; en este caso, la excepción de prescripción extintiva, de esta forma se asegura el pronunciamiento inequívoco para definir si la obligación se encuentra prescrita o no.

6.4. Las excepciones procesales y defensas previas

Antes de la vigencia del artículo 690-D del CPC se discutía si era posible en el proceso de ejecución de garantías proponer excepciones procesales o defensas previas, hoy no queda ninguna duda sobre el particular, ya que el demandado al formular contradicción puede deducir ambas.

En la práctica, este particular tópico no presenta ningún inconveniente, la parte demandada de común propone las excepciones procesales que más le favorecen al formular contradicción, se corre el respectivo traslado a la parte contraria para que las absuelva y el juez las resuelve en el auto final.

En estos procesos se podrá formular cualquiera de las excepciones procesales que se encuentren reguladas en el artículo 446 del CPC y las defensas previas que el ordenamiento sustantivo permita.

V. SITUACIONES QUE IMPIDEN LA CONCESIÓN DE TUTELA JUDICIAL REALMENTE EFECTIVA

En esta parte pretendemos describir el conjunto de situaciones que no permiten que el proceso de ejecución de hipoteca se convierta en un proceso expeditivo, célere, con una respuesta oportuna al justiciable.

Pretendemos de alguna manera dar las razones –según nuestro punto de vista– de por qué las partes en este proceso no reciben una tutela

judicial realmente efectiva y también desde nuestra óptica perfilar algunas posibilidades de solución.

Desde ya planteamos la existencia de problemas de concesión de real tutela judicial en este tipo de procesos, nos proponemos hacer una descripción de aquellos problemas que se presentan en este tipo de procesos y como juegan en contra de la tutela que deberían recibir las partes en este proceso.

En el desarrollo de los procesos de ejecución de garantía podemos encontrar dos momentos marcados: el primero, que va desde la presentación de la demanda hasta la emisión del auto final y su firmeza; el segundo, la ejecución de la garantía hipotecaria. En ambos estadios podemos encontrar problemas que juegan en contra de la concesión de tutela efectiva.

1. Uso de argumentos de defensa no permitidos como contradicción

Como sabemos, el proceso de ejecución, la defensa del demandado se encuentra tasada por las causales de contradicción, excepciones procesales y defensas previas.

Las causales de contradicción –ya desarrolladas– buscan proporcionarle al demandado una adecuada herramienta que puede hacer valer en el proceso para defender sus intereses, sin embargo, en la práctica judicial los demandados utilizan diversos argumentos que no se relacionan propiamente con las citadas causales solo con el afán de dilatar el proceso.

Esta situación afecta el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, puesto que el juez admite cualquier argumento como sustento del derecho de defensa del demandado –muchas veces no relacionado con las causales de contradicción– con el que el ejecutado busca simplemente dilatar el proceso. Ello a pesar de que la norma autoriza al juez a desestimar *in limine* la contradicción que no se ajuste a las causales.

Esta práctica es nociva para la duración del proceso y, por ende, para los intereses del ejecutado en lograr en el menor tiempo la tutela que busca con su demanda.

Aquí encontramos, por ejemplo, los argumentos relacionados al cuestionamiento de la tasación del inmueble⁽¹⁷⁾, nulidades sustanciales del acto constitutivo, entre otros.

Es una buena práctica rechazar la contradicción cuando no se ajusta a las causales, porque ayuda a emitir el auto final sin mayor contratiempo y define la controversia; sin embargo, los jueces vienen admitiendo contradicciones sin el necesario contraste con la finalidad de cada causal de contradicción, permitiendo de esta forma una dilación innecesaria del debate procesal.

2. La impugnación en el proceso de ejecución

Los mecanismos de impugnación en el proceso de ejecución no aparecen muy claros y generan cierta controversia en el uso diario de estos, sobre todo para saber si la apelación del auto final (con el que se define la controversia) debe concederse con efecto o sin efecto suspensivo.

De otro lado, no aparecen reglas de inimpugnabilidad de decisiones judiciales en el proceso de ejecución, todas las resoluciones –que no sean decretos– emitidas en el trámite admiten la posibilidad de ser apeladas.

La primera situación genera una preocupante inseguridad jurídica debido a que la regla contenida en el artículo 691 del CPC propicia diversas interpretaciones y no presenta claridad.

Cuando la citada regla procesal señala que “el auto que resuelve la contradicción, **poniendo fin al proceso** único de ejecución es apelable con efecto suspensivo” (resaltado nuestro), nos preguntamos si el efecto suspensivo de la apelación solo se refiere a los autos finales que declaran fundada la contradicción o desestiman la ejecución, de lo contrario es para todos los autos finales, sin importar su resultado.

(17) Creo que se debe diferir el debate sobre la valorización o tasación del bien para el momento en que se inicia la ejecución forzada. En este momento el juez debe hacer saber al demandado que hará el remate tomando en cuenta el valor de la tasación acompañado a la demanda o al señalado voluntariamente por las partes. El demandado tendrá la oportunidad aquí para cuestionarlo y pedir que se actualice el realizado o el juez, dependiendo de las circunstancias, podría autorizar su actualización.

Conforme al contenido e interpretación de la norma procesal entendemos que **cuando se refiere a las decisiones que ponen fin al proceso**, nos está mencionando aquellas resoluciones que evitan que el proceso continúe, por ejemplo, cuando en el auto final se resuelve declarar fundada la contradicción por alguna causal propuesta o también cuando se declara fundada la excepción de prescripción, entre otras situaciones que evitan que el demandante logre la tutela judicial peticionada; es decir, aquellas resoluciones que no permiten realizar los bienes hipotecados, cuando el ejecutado no cumple el pago de la obligación demandada, y por el contrario la decisión obstruye este propósito.

En los procesos de ejecución no se hace distingo de ningún tipo cuando de conceder la apelación del auto final se trata. Los jueces conceden todas las apelaciones del auto final con efecto suspensivo, aun cuando la contradicción es infundada o se desestimaron las excepciones o defensas previas o se declaró fundada en parte la contradicción. En cualquier circunstancia la apelación es concedida con efecto suspensivo y, por lo tanto, el proceso principal será elevado para el control de la decisión por el juez de grado.

Consideramos que en una futura modificación de la norma procesal se debe dejar aclarado con precisión cuándo se debe conceder la apelación con efecto suspensivo y en qué situación sin efecto suspensivo. Esta incertidumbre no hace más que generar inseguridad jurídica en el justiciable que no tiene claro desde cuándo debe empezar a realizarse los actos de ejecución forzada en tanto se discute la impugnación ante el juez de grado. Aunque abogamos por la apelación con efecto suspensivo del auto que resuelve la contradicción,

De otro lado, la ausencia de reglas de inimpugnabilidad permite que todas las resoluciones que se dicten en el proceso de ejecución tengan la posibilidad de ser apeladas, sin excepción, salvo que se traten de decretos. Por ejemplo, no admitir la apelación del auto de pago haría más expeditivo el proceso de ejecución, dejando que sea el demandado quien se encargue de cuestionarlo con la contradicción. Tampoco la resolución que simplemente autoriza sacar a remate el bien cuando se inicia la ejecución forzada del bien inmueble.

Se debe dar preferencia a la apelación sin efecto suspensivo y con calidad de diferida de todas aquellas resoluciones que se dicten entre el auto de pago y el auto final, también a todas aquellas que se dicten desde que se ordena sacar a remate el bien inmueble y la resolución de adjudicación, su inscripción en el registro y la entrega del bien al adjudicatario. En el primer caso, conjuntamente con el auto final, subirán todas aquellas apelaciones que se hubieran dado durante el trámite del proceso. En el segundo caso, se verán por el juez de grado todas las apelaciones que se hubieran dado en la etapa técnica de ejecución para evitar de esta forma que se detenga la ejecución forzada; en este segundo tramo se podrán ver la apelación de la tasación, de la orden de remate, del acto de remate, de la nulidad del remate y del auto de adjudicación y cualquier incidencia que se pudiera ocasionar en esta etapa. Sobre este particular existe un proyecto de ley presentado por magistrados de la especialidad comercial ante la Corte Suprema.

Con relación al recurso de casación en materia civil –ya lo sostuve en otro trabajo⁽¹⁸⁾–, que aplica también al proceso de ejecución, se debe retornar la calificación del recurso de casación a las salas superiores, por lo menos de los elementos de forma. Con relación al efecto del recurso de casación, considero que debe ser sin efecto suspensivo, con lo cual es admisible ejecutar lo decidido en tanto se resuelve este recurso (ejecución provisional), igualmente que el recurso de casación procede solo en los casos que se supere una cuantía determinada (*summa gravaminis*).

3. La suspensión del proceso de ejecución por medida cautelar

Suele suceder que una vez iniciado un proceso de ejecución de garantías se abre la posibilidad que los sujetos involucrados como ejecutados puedan dar inicio de otros procesos de cognición con los cuales pretenden rebatir los efectos del primer proceso.

Nos referimos a los casos en los que se demanda en otro proceso la nulidad o ineficacia del acto de constitución de la hipoteca y su inscripción registral, la nulidad del título valor en la que se encuentra contenida la obligación, la prescripción del título valor, etc.

(18) HURTADO REYES, Martin. *La casación civil, una aproximación al control de los hechos*. Idemsa, Lima, 2012.

En este otro proceso, las partes suelen obtener medidas cautelares innovativas, de no innovar, genéricas o anticipadas que tienen por objeto paralizar los procesos de ejecución de hipoteca, sobre todo cuando en el proceso de ejecución ya se vienen realizando actos tendientes a rematar el inmueble otorgado en garantía.

Las medidas cautelares derivadas de un proceso cognitivo buscan la suspensión de todos los actos procesales que tengan por propósito rematar el bien inmueble.

Esta situación resulta a todas luces inaceptable ya que afecta el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales (su eficacia) que tiene el ejecutante y resulta contrario a la cosa juzgada obtenida en el proceso de ejecución (art. 139 inc. 2 de la Constitución), afectando de manera radical los derechos del justiciable que busca rematar el bien por el incumplimiento del demandado deudor.

Un juez de la justicia ordinaria, ajeno al proceso de ejecución de hipoteca, no puede paralizar vía medida cautelar la actividad jurisdiccional del juez de la ejecución, ello implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo cual, ante un mandato judicial de esta naturaleza, el juez de la ejecución forzada deberá denegar de plano el pedido de suspensión del proceso y continuar con el remate de este, para lo cual se necesita la emisión de una decisión con la motivación necesaria de rechazo de la intromisión de un juez de la justicia ordinario en otro proceso. No aplica para esta situación la medida cautelar que se hubiera dictado en un proceso constitucional, ya que la fórmula correcta en nuestro sistema para atacar las decisiones judiciales lo constituye el proceso de amparo.

El único autorizado para suspender el proceso y paralizar los actos de ejecución es el mismo juez del proceso de ejecución. Ello como medida excepcional y siempre que hubieran motivos justificados para hacerlo. Se debe disponer la medida de suspensión del proceso solo cuando se puede determinar que continuar con el remate del bien pueda genera perjuicios irreparables a la parte demandada. En todo caso, la podrá disponer un juez constitucional, nunca otro juez ordinario.

Una reciente sentencia publicada por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 00978-2012-PA/TC) ha desarrollado esta situación, negando la posibilidad de que una medida cautelar dictada por un juez ordinario permita afectar el goce de la cosa juzgada lograda con la sentencia en un proceso ordinario, dejando abierta la posibilidad de cuestionamiento de esta para el proceso constitucional.

El Tribunal Constitucional ha señalado en esta importante sentencia que constituye doctrina vinculante: “(...) la suspensión de los efectos de una sentencia dictada en un proceso ordinario, producto de una medida cautelar también ordinaria, pueden generar perjuicios irreparables sobre el vencedor del proceso ordinario, titular indiscutible del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y a que lo resuelto sea ejecutado en sus propios términos”.

Si el juez admite la suspensión del proceso por medida cautelar dictada por un juez de la justicia ordinaria, estaría afectando el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante y no le permitirá gozar de los efectos de la cosa juzgada, a su vez renunciando a realizar la actividad jurisdiccional que la Constitución le impone.

4. Limitación probatoria

Como sabemos, en el proceso de ejecución existe, dada su naturaleza, una admisible limitación probatoria que se encuentra prevista en el artículo 690-D del CPC (permitiendo solo la declaración de parte, documentos y pericias), siendo posible la realización de audiencia solo cuando existan medios probatorios que necesiten actuación, de lo contrario se dictará el auto final.

Esta limitación probatoria no presenta grandes problemas en este proceso; si hay un evidente retardo en la solución del conflicto, cuando la prueba que necesita actuación es una pericia, por ejemplo, cuando se niega la firma en algún documento presentado, aquí encontramos a los títulos valores en los que se encuentra contenida la obligación.

Este tipo de situaciones hace que el proceso de ejecución, pensado para ser resuelto rápidamente, se convierta en un real proceso cognitivo, que empieza con la pericia ordenada por el juez, luego viene la pericia de parte o una segunda pericia e inclusive se puede propiciar un

debate pericial, con las correspondientes audiencias. El mayor problema se suscita cuando en el proceso se han actuado varias pericias, pero con resultados divergentes. También cuando las pericias del proceso civil no son convergentes con las pericias realizadas en el proceso penal iniciado por el mismo motivo.

Esta problemática hace que las partes y el juez se enfrasquen en un debate probatorio, que si bien tiene una razón de ser justificada: determinar la veracidad de las afirmaciones del demandado de cuestionar la validez del título por considerar que se ha falsificado su firma, permite que la solución al conflicto se dilate, ya que la realización de las pericias y su actuación toman su tiempo y engrosan los actuados judiciales.

En el plano práctico, son pocos los casos en lo que la veracidad de la afirmación del demandado se ve corroborada con las pericias realizadas, por el contrario, muchas veces se trata un argumento de defensa que sirve para dilatar el proceso y evitar el remate pronto de los bienes dados en garantía.

Obviamente, si el demandado cuestiona el título porque sostiene que no lo firmó, por esta sola afirmación, el juez ingresa a un grado de incertidumbre que solo puede ser levantada con este medio de prueba, sin él no se podrá resolver con el grado de certeza que se requiere.

5. Ausencia de anotación de demanda

La medida cautelar de anotación de demanda se constituye como pilar fundamental en los procesos de cognición en los cuales la sentencia modificará o generará un determinado efecto jurídico en el Registro, con respecto a los bienes o derechos que se discuten en el proceso judicial.

La anotación de demanda sirve para publicitar una litis a través del Registro. Evita que terceros que se vinculen con bienes o derechos registrados puedan alegar buena fe en el futuro, basada en el Registro.

La anotación de demanda es la mejor forma de garantizar el resultado de un proceso, pues con ella se hace saber a todos los que se vinculen con bienes o derechos registrados, que sobre estos existe un proceso judicial, que se encuentran en litis, que están cuestionados judicialmente,

por lo cual, si se vincula con ellos sufrirá las consecuencias que se deriven (favorables o desfavorables) del resultado del proceso judicial.

Siendo este el marco teórico –breve, por cierto– de la anotación de demanda, no sería prima facie admisible una medida cautelar de esta naturaleza en un proceso de ejecución de garantía, ello debido a que este tipo de procesos judiciales no tienen por finalidad la modificación del registro (el remate lo logra, pero es parte de la ejecución forzada, no es lo que se decide en el auto final, que contiene una sentencia de condena a cargo del ejecutado).

Sin embargo, dada la magnitud de la problemática que presenta el proceso de ejecución de hipoteca, se vienen concediendo a nivel judicial medidas cautelares de anotación de demanda, con las que se busca evitar circunstancias que se produzcan en el Registro que conviertan en infructuosa la ejecución de los bienes hipotecados⁽¹⁹⁾.

Concretamente, evitar que se perjudique al acreedor hipotecario de primer rango, cuando exista otro proceso judicial de ejecución de hipoteca del mismo bien, en el que por situaciones de fraude no se haya hecho saber al acreedor hipotecario de primer rango, la existencia de este proceso.

Puede servir para neutralizar la posibilidad que el deudor o garante hipotecario logren levantar la hipoteca por caducidad en aplicación de la Ley N° 26639 y una vez levantada se disponga del bien a favor de terceros.

Es útil para evitar que los liquidadores designados en los procesos concursales, transfieran el bien hipotecado a terceros, aun sabiendo que existe un proceso judicial (muchas veces con autoridad de cosa juzgada).

(19) A esa conclusión de llegó por mayoría en el Pleno Distrital Comercial 2011 realizado en la Corte Superior de Justicia de Lima: “(...) se protege la viabilidad de la ejecución, evitando que se produzca la extinción de la inscripción registral de la hipoteca al amparo del artículo 3 de la Ley N° 26639, a través de la “extensión de un asiento de cancelación por caducidad de la inscripción del gravamen” o si el inmueble se remate en otro distrito judicial en virtud de una hipoteca posterior, y en dicho proceso no se notifica al acreedor hipotecario de rango preferente, se evita que el adjudicatario o sucesivos adquirentes del bien, no invoquen la fe pública registral”.

La anotación de demanda en estas circunstancias neutraliza cualquier posibilidad del deudor y/o garante hipotecario de variar el registro y evitar con ello que se produzca el remate del bien, ya que en cualquiera de estas situaciones descritas se puede llegar a levantar la hipoteca inscrita y solicitar la conclusión del proceso de ejecución; pedido, que obviamente no procede, porque no basta que la hipoteca materia de ejecución, se haya levantado para concluir el proceso (ya que si bien no sería posible ejecutar la hipoteca, la deuda no fue cancelada), pues aun levantada la hipoteca, la deuda continua impaga y se pueden afectar –en este mismo proceso, conforme a lo que dispone el artículo 724 del CPC– otros bienes del deudor para satisfacer la acreencia del ejecutante.

Pero pese a la utilidad que tiene en estos procesos la anotación de demanda derivada de un proceso de ejecución de hipoteca, no estamos de acuerdo con que reciba el nombre que se le viene dando a esta medida cautelar; por el contrario, hemos abogado por considerarla como una medida cautelar genérica ya que, como habrá podido comprobar nuestro lector, la medida cautelar dictada no cuadra con la finalidad del proceso de ejecución de garantías pues busca ordenar el pago de lo adeudado o el remate de bienes hipotecados en caso de incumplimiento, no propiamente la modificación del Registro.

La ausencia de reglas en el proceso de ejecución de hipoteca sobre este particular no permite que fácilmente se puedan neutralizar las argucias que pudiera utilizar el deudor, interesado en evitar el remate de los bienes; por ello es que se viene proponiendo que el juez, al admitir la demanda de ejecución de hipoteca, ordene en el mismo auto la anotación de la demanda en el registro, con lo cual no estaríamos evitando cualquier tipo de problema en el proceso de ejecución que pueda atentar contra la concesión oportuna y correcta de la tutela judicial que se busca con la demanda.

6. Posiciones divergentes sobre la intervención de la persona que adquiere el bien

Una relación jurídico-procesal simple en un proceso de ejecución de hipoteca, se genera con el **ejecutante**, **acreedor hipotecario** y teniendo como **ejecutados**, al **deudor** y al **garante hipotecario**.

A partir de esto, se ha sostenido que existe un **liticonsorcio necesario** en la parte ejecutada (pasivo), debido a que no se puede iniciar y ser válido un proceso de esta naturaleza si solo se emplaza al deudor y se olvida del garante hipotecario o, por el contrario, si solo se emplaza con la demanda al garante hipotecario y se olvida del deudor. En suma, en un proceso de ejecución de hipoteca no se puede escindir la parte demandada, debe estar integrada (para la validez del proceso) por el deudor y el garante hipotecario, si fueran dos personas diferentes.

En el proceso de ejecución de hipoteca con estos sujetos en la parte pasiva se ejercita la acción real (contra el garante hipotecario, porque no es el deudor) y la acción personal (contra el deudor, por ser el obligado), pero se hace **de forma conjunta**, no me parece admisible jurídicamente, el inicio de cualquiera de ellas de forma independiente en los casos de ejecución de hipoteca, porque ambos deben estar presentes.

Con lo cual podemos afirmar que en situaciones normales el garante hipotecario, cuando es una persona distinta al deudor, siempre debe estar presente en la parte ejecutada, en calidad de **liticonsorte necesario**.

El problema, obviamente, no lo encontramos ahí, se presenta la cuestión cuando el garante hipotecario (propietario del bien) dispuso del bien hipotecado, es decir, que el bien fue transferido a un tercero por el garante hipotecario.

En esta circunstancia, nos preguntamos qué condición jurídica debe tener en el proceso el nuevo propietario, el cual, técnicamente no es garante hipotecario, sino el nuevo propietario del bien materia de ejecución. Y la otra pregunta que nace en este contexto es si el garante hipotecario pierde legitimidad procesal por el hecho de haber dejado de ser propietario del bien a ejecutar.

Me parece que para dar respuesta a estas interrogantes se debe averiguar en primer lugar lo siguiente: i) si la transferencia se hizo antes de iniciado el proceso o después de este; ii) si la transferencia se inscribió en el Registro o se mantiene fuera de él (oculta y sin publicidad); iii) si la intervención se hace durante la ejecución forzada.

Si la transferencia del bien hipotecado operó antes de iniciado el proceso y corre inscrita (o se puede deducir de la información proporcionada

por el ejecutante, aunque no esté inscrita), el garante hipotecario (si es persona diferente al deudor y no tiene la condición de fiador) perdió legitimidad para obrar, en tal sentido, el proceso debe entenderse necesariamente con el nuevo propietario, quien defenderá su posición de *domine*, teniendo sin lugar a dudas la condición de litisconsorte necesario.

Si la transferencia se realizó antes del proceso y no corre inscrita en el Registro, además la parte ejecutante y el juez no saben de ella (no cuentan con la información necesaria), la parte ejecutada debe estar integrada por el garante hipotecario que aparece en el Registro, siendo una carga del nuevo propietario el apersonarse al proceso y pedir su intervención en este o del anterior propietario que aparece en el proceso como garante hipotecario de hacerlo saber al juez.

La relación procesal será válida si el nuevo propietario no aparece en el proceso, pese a tener tal condición, debido a que en este caso, considero que el juez no estuvo en posibilidad de saber por información del Registro, del ejecutante o del garante hipotecario (quien además debió hacerlo saber oportunamente al juez) que existía un nuevo propietario, no siendo posible atender el pedido de nulidad procesal —es lo que ocurre de forma cotidiana— si el nuevo propietario aparece en el proceso en la etapa técnica de ejecución, pretendiendo detener el remate y solicitando la nulidad de todo lo actuado, alegando principalmente no haber sido emplazado, la conducta de la parte ejecutada y del nuevo propietario abonan a desestimar la nulidad, ya que pese al sistema de transferencia de bienes inmueble que rige en nuestro medio, se debe entender que se mantuvo oculta esta situación para luego postular la nulidad de lo actuado, cuando ya se produjo la cosa juzgada.

Me parece que la situación se presenta diferente cuando la transferencia del bien hipotecado se realizó durante el proceso (en trámite) y el nuevo propietario pretende su intervención en el proceso, en este particular caso se ha sugerido la idea de considerar al nuevo propietario como un **sucesor procesal**, en armonía con lo que dispone el artículo 108 inciso 3 del CPC⁽²⁰⁾.

(20) Artículo 108.4 del CPC: “El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor”.

Los problemas surgidos hasta ahora con el garante hipotecario y el nuevo propietario se pretenden solucionar con la propuesta de modificación del proceso de ejecución de garantía: i) el sujeto legitimado en la parte pasiva además del deudor es el propietario registral del bien; ii) si no se inscribe la transferencia en el registro, el adquirente debe hacerlo saber al acreedor hipotecario con carta notarial, si se hace esta actividad luego no hay posibilidad de postular la nulidad de actuados; iii) tiene legitimidad para obrar pasiva quien tenga el derecho de propiedad a la fecha de la interposición de la demanda.

En la práctica judicial, no hay acuerdo pleno de si el nuevo propietario del inmueble debe ingresar al proceso como **tercero con interés, litisconsorte necesario o sucesor procesal**, lo cual genera una preocupante inseguridad jurídica para los justiciables, sobre todo para aquellos que adquieren el inmueble a rematar.

Sin embargo, lo normal es que el nuevo propietario se aparezca en las postrimerías del proceso y solicite ser notificado con el auto de pago, pidiendo la nulidad de los actuados, señalando inclusive que es dueño desde mucho antes del inicio del proceso.

En el Pleno Jurisdiccional Nacional en materia comercial realizado el año 2013 en Piura sostuvimos nuestra posición sobre el particular, en la cual la calificación que debería darle el juez a dicha intervención dependía del momento en que se producía la transferencia del bien, la inscripción de esta en el Registro y el momento en el que interviene el nuevo propietario en el proceso.

Caso 1: el garante hipotecario transfiere el bien inmueble antes del proceso, el nuevo *domine* inscribe su derecho en el Registro. Sin embargo, el acreedor demanda al garante hipotecario.

En este primer caso, sostuvimos que el garante hipotecario ya no tenía legitimidad para obrar debido a que perdió la condición de garante hipotecario y, por lo tanto, la de propietario del bien. Por lo cual, en esta situación el juez que ya cuenta con dicha información debería al calificar la demanda y tener como demandado al nuevo propietario en su condición de litisconsorte necesario (conjuntamente con el deudor).

Sostuvimos igualmente que si el demandante postula la demanda contra el nuevo propietario porque tiene la información que le permite comprobar que es el nuevo titular del inmueble objeto de ejecución, pero que no inscribió su derecho, el juez debería proceder de igual forma, siempre que se pueda verificar que el garante hipotecario ya perdió legitimidad para obrar.

Caso 2: el nuevo propietario adquirió el derecho de propiedad durante el trámite del proceso y lo inscribió.

En este segundo caso, la intervención se produce cuando el proceso se encuentra en trámite y antes de que se emita el auto final o este último se encuentra en apelación y se puede comprobar que el auto final se dictó con fecha posterior a la adquisición e inscripción del derecho de propiedad del nuevo propietario.

En este caso me parece que si el nuevo propietario tiene derecho inscrito y se apersona al proceso, lo hace para defender la propiedad que puede ser afectada con el remate, por lo cual su participación resulta necesaria, pero esta calificación la recibirá siempre y cuando el proceso se encuentre en trámite, no se ha dictado aun el auto final o este se encuentre en apelación.

Esto le permitirá, como nuevo propietario y litisconsorte necesario, hacer uso de los medios de defensa que le fueran permitidos al garante hipotecario, no se puede llevar adelante un proceso contra un garante hipotecario que ya dejó de ser propietario y prescindir del nuevo propietario, además con derecho inscrito.

Si en este estado del proceso se apersona el nuevo propietario, pero sin derecho inscrito, me parece que no habrá un cambio significativo de posición sobre lo expresado, aunque conviene dejar sentado con claridad que el derecho de nuevo propietario debe estar acreditado de forma suficiente.

Puede suceder que sea el mismo actor el que informe al juez que existe un nuevo propietario y solicita que sea notificado con la demanda y el auto de pago. También puede suceder que el mismo juez, de los actuados toma conocimiento de la existencia de un nuevo propietario y dispone que este sea notificado para intervenir porque puede ser afectado

con el resultado del proceso. En ambos casos me parece perfilada la necesidad de contar en el proceso con este sujeto.

Algunos jueces consideran que en estos casos se puede hacer uso de la figura de la sucesión procesal, es decir, que al haberse transferido el derecho de propiedad al nuevo propietario, este debe aparecer en el proceso simplemente como sucesor procesal.

Sin embargo, consideró que el uso de esta figura presenta algunos inconvenientes: i) el sucesor procesal se debe integrar al proceso en el estado en el que se encuentre, sin posibilidad de ejercer el derecho a formular contradicción, no tendría posibilidad de ejercer su derecho de defensa para enfrentar la pretensión del actor; solamente estar a lo que venga en el proceso; ii) por la sucesión procesal, toda la actividad procesal realizada es nula desde que el titular del derecho discutido perdió la titularidad; es decir, que no es válida la actividad procesal realizada después de la transferencia y habrá que declarar la nulidad de lo actuado, con lo cual habría que regresionar la actividad procesal realizada.

Caso 3: el nuevo propietario interviene durante la ejecución forzada.

En este último caso me parece que al nuevo propietario ya no se le puede considerar como litisconsorte necesario porque ello significaría declarar la nulidad de lo actuado y afectar la cosa juzgada.

Su participación se limitará a defender su posición de nuevo propietario en el estado en que se encuentre el proceso, debiendo ser considerado como **tercero con interés**, teniendo todas las atribuciones de parte demandada, pero sin el derecho a ser notificado con el auto de pago y la demanda. Por lo que cualquier pedido de nulidad de actuados no debe ser procedente.

Para esta respuesta se debe considerar que el nuevo propietario asume como carga procesal la de apersonarse al proceso en la debida oportunidad que tuvo para hacerlo; si decidió hacerlo durante la ejecución forzada, debe asumir las consecuencias de no haber defendido a tiempo sus intereses.

CONCLUSIONES

1. Nuestro país vive en el llamado *boom* inmobiliario por la gran colocación de créditos hipotecarios, sin embargo, el aspecto económico no tiene una clara correlación con el aspecto judicial, pues ante esta situación, consideramos que los agentes económicos necesitan contar en el aspecto judicial con un proceso de ejecución de hipoteca que se constituya como el remedio idóneo para recuperar su inversión, lo cual, actualmente –considero– no ocurre.
2. El proceso judicial actual para ejecutar hipotecas presenta problemas de eficacia, la que se refleja en dos aspectos: la primera, porque existen muchas posibilidades para evitar el cobro del crédito y dilatar el proceso; y la segunda, porque la satisfacción al ejecutante no se produce en un plazo razonable.
3. La efectividad de la tutela judicial en los procesos de ejecución de garantías se ve afectada por la insatisfacción objetiva que se aprecia en los sujetos que buscan tutela jurídica con la demanda, concretamente, por no lograrla en un plazo razonable.
4. El proceso de ejecución de hipoteca presenta dos problemas de eficacia; por un lado, por la posibilidad de dilatación del trámite que puede sufrir a partir de las situaciones que la hacen posible, algunas generadas por la argucia de la defensa, otras por la permisividad del juez y también por la ausencia de regulación normativa; y, de otro lado, por los innumerables problemas que se generan en la llamada etapa técnica de ejecución que provocan muchas veces una satisfacción tardía y en no pocas oportunidades una parcial satisfacción (cuando no se puede recuperar la posesión del inmueble adjudicado).

Constitución y ejecución de la garantía mobiliaria

Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS^(*)

INTRODUCCIÓN

Junto a la hipoteca, la garantía mobiliaria es la más importante garantía real prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Implementada mediante la Ley N° 28677, publicada el 1 de marzo de 2006 y con vigencia desde el 30 de mayo del mismo año, reemplazó a la antigua prenda, la cual estaba prevista en los artículos 1055 al 1090 del Código Civil, ahora derogados.

En este estudio nos concentraremos en revisar la regulación de la constitución y ejecución de la garantía mobiliaria, para lo cual comentaremos los artículos de la Ley N° 28677 más importante sobre el particular. Además, efectuaremos diversos comentarios sobre la problemática que origina dicha regulación y su aplicación práctica.

(*) Abogado, magister en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Exmagistrado del Tribunal Constitucional.

I. LA GARANTÍA MOBILIARIA

1. Definición de garantía mobiliaria

El artículo 3 de la Ley de la Garantía Mobiliaria no solo define sino que también describe los principales elementos de este derecho real de garantía, de la siguiente manera:

Artículo 3.-

- 3.1. La garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. La garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble. En caso de desposesión, puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario.
- 3.2. La garantía mobiliaria comprende, salvo pacto distinto, la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos procesales, los eventuales gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes hasta el monto del gravamen establecido en el acto jurídico constitutivo.
- 3.3. El pago derivado de la ejecución de la garantía mobiliaria se imputará al capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor, las costas y costos procesales, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios, los gastos y las comisiones, en ese orden, salvo pacto en contrario.
- 3.4. Puede constituirse garantía mobiliaria abierta para asegurar obligaciones propias o de terceros, presentes o futuras. El monto de las obligaciones garantizadas puede ser variable, siempre que sea determinable. No será exigible la indicación de un monto determinable cuando se acuerde que garantiza todas las obligaciones presentes o futuras asumidas con el acreedor garantizado.

Los artículos 1058 y 1059 del Código Civil –ahora derogados– aludían a los requisitos para la validez de la prenda y a la entrega jurídica de la prenda, respectivamente. En lo tocante al primer aspecto, la ley disponía que debía gravar el bien quien sea su propietario o quien estuviere autorizado legalmente; además, que el bien se entregue físicamente (i) al acreedor; (ii) a la persona designada por este o (iii) a la que señalen las partes.

En el **contrato de prenda** las partes son “el constituyente” y “el acreedor garantizado”. Cualquier otro, es un tercero, es decir, ajeno al contrato. Quisiéramos recordar que el Código Civil utilizaba la expresión “prenda” con tres acepciones distintas⁽¹⁾: en unos casos, como contrato; en otros, como cosa o bien mueble; y en una tercera, como derecho real de garantía. Este tratamiento dispar, sin duda, también originaba confusión.

Con relación al plazo del poder irrevocable y a la facultad para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes –que se presentaban como serios inconvenientes para la adecuada y pragmática regulación de esta Ley, los artículos 47.1 y 53.6 de este cuerpo legal hacen cita a los artículos 153 y 156 del Código Civil⁽²⁾ y dispone su inaplicación. Conste que el artículo 47.1 lo hace en forma explícita; el artículo 53.6 en cambio, solo alude expresamente al artículo 153 y la normativa de todo el artículo 53 va a suponer una suerte de modificación para los efectos de la Ley de la Garantía Mobiliaria, del artículo 156. Por ello que no hay imperiosa necesidad de citarlo.

Tradicionalmente se ha entendido que al constituirse la prenda, el bien gravado debía ser entregado al acreedor, quien en calidad de depositario debía conservar el bien a fin de devolverlo al constituyente al pagarse la deuda o, por el contrario, ejecutar la garantía en caso de que no se cumpla con honrar el crédito.

(1) Agreguemos que el término “prenda” es objeto de una triple acepción: 1) se habla de un contrato de prenda para identificar el acto jurídico constitutivo de tal garantía; 2) se dice derecho real de prenda entendiendo por tal el derecho que tiene el acreedor sobre la cosa pignorada; 3) se habla de la cosa dada en prenda para designar el objeto del contrato. (VALIENTE NOAILLES, Luis M. *Derechos Reales*. Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 489). “En el Código vigente (1936) el termino ‘prenda’ se usa indistintamente en estas tres acepciones: como contrato, aunque no figura en la sección de los contratos; como derecho real, emergente de un convenio; y como objeto, materia de esta garantía real”. (MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los Derechos Reales, Concordado con la Constitución de 1979*. 2ª edición, 1980, p. 126).

(2) **Código Civil**

Artículo 153: Poder irrevocable. “El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año”.

Artículo 156: Poder especial para actos de disposición. “Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitante y por escritura pública, bajo sanción de nulidad”.

Autores como Martín Wolff afirman que la entrega en la prenda consiste justamente en procurar la posesión inmediata, no la mediata, del bien mueble. Esta necesidad de que se entregue el bien al acreedor –o a la persona designada por este o por las partes, es lo que se denominaba en el Código Civil o leyes especiales, la entrega física del bien prendado⁽³⁾. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, se hizo evidente la poca utilidad económica de este mecanismo.

Generalmente –como se sabe–, se solicita un préstamo para llevar adelante una actividad económica o empresarial, y en este contexto el deudor necesita disponer de todos sus activos para explotarlos, reunir dinero y con él, hacer frente a las obligaciones económicas que asume. Es así que surge la prenda sin desplazamiento o también conocida como prenda con entrega jurídica⁽⁴⁾.

(3) **Código argentino**

Artículo 3204.- Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda.

Artículo 3206.- Los derechos que da al acreedor la constitución de la prenda solo subsisten mientras está en posesión de la cosa o un tercero convenido entre las partes.

Código uruguayo

Artículo 2300.- En todos los casos, el acreedor no adquiere el derecho de prenda, sino en cuanto la cosa ha sido entregada y ha permanecido en su poder o en el del tercero en quien las partes convinieron o que fue designado por el juez.

Código chileno

Artículo 2384.- Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

Artículo 2386.- Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor. “La desposesión del deudor es un elemento esencial para el perfeccionamiento del contrato. El simple acuerdo de voluntades no crea ningún derecho sobre el objeto entregado en prenda, a favor del acreedor, quien solo adquiere un derecho real sobre dicho objeto a condición de que se le haya hecho tradición del mismo. El cumplimiento de este requisito, insistimos, es necesario entre las mismas partes. Para que el acreedor se pueda valer del contrato contra el deudor hace falta que la cosa haya sido pignorada, es decir, que se haya puesto a aquel en posesión efectiva del objeto empeñado (...)” (AMBROSIO COLIN, H. Capitant. *Curso Elemental de Derecho Civil. Garantías personales y reales*. Tomo VI, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1925, p. 63).

(4) **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (México)**

Artículo 346.- La prenda sin transmisión de posesión, constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes. Excepcionalmente, podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados. En cualquier caso, el proceso de ejecución de la garantía se sujetará a lo establecido por el título tercero bis del Código de Comercio.

Respecto al artículo 1059 del CC, ahora derogado, este hace cita a que la entrega jurídica solo procede respecto de bienes muebles inscritos. Pero la inmensa mayoría de bienes muebles no son justamente bienes muebles inscritos. Esta Ley N° 28677 supera este escollo y además ahora crea un sistema de folio personal.

Nuestra legislación desde hacía tiempo ha adoptado, más bien un sistema de registro de garantías, a diferencia de un verdadero registro de propiedad, que debía contener la historia registral del bien, es decir, su inmatriculación y las sucesivas transferencias. En efecto, solamente se limitaba a consignar la garantía. Así ocurrió con la prenda agrícola, la prenda industrial, la prenda minera, la prenda pesquera y la prenda global y flotante. Reglas que asignaban al deudor la calidad de depositario, sin derecho ni capacidad para trasladar los bienes sin conocimiento y consentimiento del acreedor garantizado, y del mismo modo, impedido de vender los bienes dados en prenda o garantía sin presencia del acreedor para cobrar la obligación pendiente con el precio o producto de la venta, era cosa de todas estas leyes de prendas especiales, tales como las citadas. Para conseguir el propósito deseado se forzaban las instituciones a límites inaceptables para el Derecho, se disponían conductas determinadas al deudor y se le intimidaba y amenazaba con consecuencias penales en casos de incumplimiento. Se le daba “préstamos” pero bajo condición de amordazarlo y maniatarlo. El Derecho y el “deudor”, sufrían. Con la nueva Ley N° 28677 se acaban las expresiones “entrega física” y “entrega jurídica”, eufemismo este último que lo único que significaba era el registro del bien.

“A nuestro parecer, lo que el Código Civil llama prenda con entrega jurídica guarda una gran similitud con lo que los españoles llaman hipoteca mobiliaria. En estricto, se parece más a una hipoteca que a una prenda. La oponibilidad a terceros se desprende, inequívocamente, del registro respectivo, y, en tal virtud, es este último el que establece qué relaciones jurídicas priman sobre cuales otras. Basta acudir a la partida correspondiente para conocer que se ha constituido, a favor de un acreedor, un “estatus” que lo protege contra el incumplimiento. La relación jurídica se constituye, entonces, con la inscripción, y con ello la protección esta asegurada. Quien adquiere el bien lo hace a sabiendas del gravamen existente, asumiendo esta carga. Asimismo, creemos que la figura recogida en el Código Civil es distinta a las llamadas prendas especiales (léase agrícola o industrial), donde la oponibilidad tiene alcances diversos a los de la prenda con entrega jurídica (...)” (BULLARD GONZALES, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones*. Prólogo de Fernando de Trazegnies Granda. 1ª impresión, Ara Editores, 1990, p. 299).

El artículo 3.1 de la Ley define a la garantía mobiliaria como la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. Puede darse con o sin desposesión. En caso de desposesión puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al **acreedor garantizado** o a un **tercero depositario**. Se ha dicho antes que las obligaciones pueden ser de cualquier naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad.

Los párrafos 3.2 y 3.3 establecen que, **salvo pacto distinto**, la garantía mobiliaria cubre o comprende los siguientes ítems:

La deuda principal;

1. Los intereses;
2. Las comisiones;
3. Los gastos;
4. Las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado;
5. Las costas y los costos procesales;
6. Los eventuales gastos de custodia y conservación⁽⁵⁾;
7. Las penalidades;
8. La indemnización por daños y perjuicios; y
9. Cualquier otro concepto acordado por las partes **hasta el monto del gravamen establecido en el acto jurídico constitutivo**.

Ahora bien, el pago derivado de la ejecución de la garantía mobiliaria se imputa⁽⁶⁾ a los siguientes rubros y en el orden que se indica, **salvo pacto en contrario**:

(5) La doctora Lucrecia Maisch Von Humboldt en relación a los derechos del acreedor, “e) El derecho a que el deudor le indemnice los gastos incurridos en la tenencia de la prenda (artículo 900), lo cual es perfectamente lógico y justo, naturalmente que no solo se deberían alegar tales gastos, sino también probarlos. (MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los Derechos Reales. Concordado con la Constitución de 1979*. 2ª edición, 1980, p. 130).

(6) **Código uruguayo**
Artículo 2314.- Si vendida o adjudicada la prenda, su precio no alcanzare a cubrir la deuda, se imputará primero a los intereses y gastos y el resto al capital; observándose en

- a. Al capital;
- b. A los intereses que devengue;
- c. A las primas del seguro pagadas por el acreedor;
- d. A las costas y costos procesales;
- e. A las penalidades;
- f. A la indemnización por los daños y perjuicios;
- g. A los gastos; y
- h. A las comisiones

Este artículo 3.3 trastoca, enreda, confunde y embrolla el artículo 1257 del Código Civil⁽⁷⁾; en todo caso, lo modifica para los fines de esta Ley. Tenemos ahora distintas reglas de imputación según se trate de una obligación respaldada o no con garantía mobiliaria, claro que en ambos casos es “salvo pacto distinto”. Pero, por ejemplo, en el caso de tener una con hipoteca y otra con garantía mobiliaria, habrá que hacer dos liquidaciones distintas –si no hubo pacto distinto, aunque se trate de un mismo crédito–, lo cual suele generar conflictos tontos e inútiles. En lo posible y ante situaciones similares hay que procurar uniformar criterios legislativos para evitar el conflicto y la judicialización de asuntos triviales. Como si fuera poco y echando más leña al fuego, el cuarto párrafo del artículo 12 establece que si el acreedor garantizado tiene la posesión del bien y este produce frutos o intereses, deberá imputarlos primero a los intereses de la deuda garantizada y el exceso que hubiera, al capital, salvo pacto distinto. Otra regla distinta.

El parágrafo 3.4 acaba con los vericuetos y el camino sinuoso que siguió la institución en los últimos diez años. En efecto, ahora se define que puede constituirse garantía abierta para asegurar obligaciones propias y de terceros, incluso obligaciones presentes o futuras.

caso de ser dos o más las deudas, lo dispuesto en el Título De los modos de extinguirse las obligaciones, Capítulo I, SECCIÓN III De la imputación de la paga.

(7) Artículo 1257 del CC. “Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos ni a estos antes que a los intereses”.

Recuérdese que el artículo 172 de la Ley N° 26702, Ley de Bancos, fue modificado por la Ley N° 27682 que a su vez fue sustituido por la Ley N° 27851. El artículo 2 de la Ley N° 27682 establecía que: “Los acuerdos, declaraciones y/o pactos que hubieran asumido o pudieran asumir los usuarios frente a las empresas del sistema financiero según los cuales no pueden gravar, vender o enajenar sus bienes, ni incrementar deudas, fianzas y/o avales, sin la previa intervención de las referidas instituciones financieras, son nulos”. Con la Sexta Disposición Final han quedado derogados la Ley N° 27682 que modificó el artículo 172 de la Ley N° 26702; y la Ley N° 27851 que a su vez modificó la Ley N° 27682. Ahora, con la Ley N° 28677 se admite la garantía mobiliaria o “prenda sábana” aun para acreedores que sean Bancos y aun cuando el constituyente no sea el deudor, sino un tercero. De otro lado se deroga la prohibición de pactar la previa intervención del Banco para gravar, vender o enajenar bienes afectos a favor de Bancos. En el futuro, el artículo 172 de la Ley N° 26702 tendrá un solo párrafo.

El párrafo 3.4 agrega: El monto de las obligaciones garantizadas puede ser variable, siempre que sea determinable. Ahora bien, cuando el constituyente **acuerda que garantiza todas las obligaciones presentes o futuras que asume el deudor para con dicho acreedor garantizado**, no es exigible indicar el monto determinable. Sobre el tema, el artículo 28 inciso 6 del Reglamento⁽⁸⁾ de la Ley de la Garantía Mobiliaria (RLGM), establece que: “en el formulario de inscripción se indicará lo siguiente: El monto del gravamen con la indicación de determinado o determinable. De ser determinable se indicará además los criterios, datos o fórmulas con las que se pueda obtener dicho monto, criterios que no son objeto de calificación registral”.

En el RLGM existen varios artículos que son concordantes con este importante artículo tercero. Entre ellos destaca el controvertido tema de la “garantía abierta”. Por ejemplo, el artículo 28.6⁽⁹⁾ expresa que “En el formulario de inscripción se indicará el monto del gravamen con la indicación de determinado o determinable. De ser determinable se indicará

(8) El artículo 28 es uno de los diez que fueron modificados por la R. N° 219-2006-SUNARP/SN del 5 de agosto de 2006.

(9) Modificado por la R. N° 219-2006-SUNARP/SN del 5 de agosto de 2006.

además los criterios, datos o fórmulas con las que se pueda obtener dicho monto, criterios que no son objeto de calificación registral”. El artículo 67⁽¹⁰⁾, ahora modificado, definía la garantía mobiliaria disponiendo que “Las garantías mobiliarias que garantizan obligaciones futuras o eventuales, se inscribirán en el RMC o en los Registros Jurídicos de Bienes, cuando corresponda, siempre con la calidad de preconstituida, hasta que las obligaciones sean determinadas conforme al artículo 82 de este Reglamento”; con la modificación se le ha antepuesto un párrafo que expresa: “Las garantías mobiliarias abiertas serán inscritas como constituidas, siempre que una de las obligaciones garantizadas tenga la condición de presente”. El segundo párrafo ahora empieza así: “Tratándose de garantías mobiliarias que **garantizan solo obligaciones futuras o eventuales (...)**”. Y en efecto, el tercer párrafo del artículo 82⁽¹¹⁾ ordena que en el caso del literal c) del artículo anterior (asegurar obligaciones futuras o eventuales) adquiere eficacia la garantía con la inscripción de **por lo menos una obligación acreditada mediante su determinación en el formulario respectivo**. Dicho formulario podrá ser otorgado únicamente por el acreedor si fue expresamente facultado para ello en el acto de preconstitución.

2. Bienes muebles comprendidos en la Ley de la Garantía Mobiliaria

El artículo 4 de la Ley de la Garantía Mobiliaria prevé los bienes que pueden ser objeto de dicha garantía. Así la mencionada norma señala que:

Artículo 4.- La garantía mobiliaria a que se refiere la presente Ley puede constituirse sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles o sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía mobiliaria, sean presentes o futuros, corporales o incorporales.

Pueden ser objeto de la garantía mobiliaria:

1. Los vehículos terrestres de cualquier clase.
2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.

(10) Modificado por la R. N° 219-2006-SUNARP/SN del 5 de agosto de 2006.

(11) Ídem.

4. Los materiales de construcción o procedente de una demolición si no están unidos al suelo.
5. Los inventarios, estén constituidos por bienes fungibles o no fungibles.
6. El saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos u otras entidades financieras.
7. Conocimientos de embarque o títulos de análoga naturaleza.
8. Las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones, aunque sean propietarias de bienes inmuebles.
9. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patente, nombres comerciales, marcas y otros similares.
10. Los créditos, con o sin garantía mobiliaria.
11. Los títulos valores de cualquier clase incluyendo aquellos amparados con hipoteca o los instrumentos en los que conste la titularidad de créditos o derechos personales, excepto los cheques.
12. Los bienes muebles futuros.
13. Las pólizas de seguro.
14. El derecho de obtener frutos o productos de cualquier bien.
15. Todo tipo de maquinaria o equipo que conserve su carácter mobiliario.
16. Los derechos a dividendos o a utilidades de sociedades.
17. Todo bien mueble dado en arrendamiento financiero o arrendado.
18. Las concesiones privadas que sean muebles y que no tengan carácter personalísimo.
19. Las naves y aeronaves.
20. Los pontones, plataformas y edificios flotantes.
21. Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.
22. En general, todos los bienes muebles, registrados o no registrados, excepto las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios, los *warrants* y los Certificados de Depósito.

Los bienes muebles inembargables, señalados en el artículo 648 del Código Procesal Civil, no están afectos a garantía mobiliaria.

No pueden afectarse en garantía mobiliaria los recursos que constituyen el encaje bancario de conformidad con el artículo 163 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Tampoco están afectos a garantía mobiliaria los bienes que integran los Fondos de Aportes Obligatorios, el Encaje Legal, el Fondo de Longevidad, el Fondo Complementario y los demás señalados en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 054-97-EF, TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Este artículo cuatro tiene dos partes sumamente claras y diferenciadas. En una primera se advierte que la garantía mobiliaria a que se refiere esta ley puede constituirse sobre (i) uno o varios bienes muebles específicos; (ii) sobre categorías genéricas de bienes muebles o (iii) sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía mobiliaria, sean presentes o futuros, corporales o incorporeales⁽¹²⁾.

Los primeros pueden ser, por ejemplo, dos tractores Caterpillar, seis grupos electrógenos y cuatro camionetas Nissan de doble cabina. Los segundos pueden ser 500 quintales de café de Chanchamayo o tantas toneladas de harina de pescado. En el tercer ítem hay una totalidad, que incluso incluye bienes presentes o futuros, y tanto corporales (camiones, computadoras, equipos) como incorporeales (nombres comerciales, marcas, etc.).

La posibilidad de afectar bienes aun no existentes o que aun no son de propiedad del constituyente (artículos 20 y 21), bajo la condición de que existan o sean adquiridos por este, es toda una novedad. Si bien podían garantizarse créditos sujetos a condición o a plazo, no era posible afectar bienes inexistentes o futuros⁽¹³⁾. Estimamos muy positivo este cambio pues posibilitará afectar bienes en proceso de fabricación, o en proceso de importación, o de producción, como de cosechas futuras de

(12) “(...) Son corporales los que tienen existencia material, que caen bajo la acción de los sentidos, que pueden verse y tocarse (*qua esa natura tangi possunt* decían las Institutas de Justiniano, lib. 2, tit. 2; § 1). Así, una heredad, un sillón. (...). Incorporeales son los derechos. Así, los créditos, las servidumbres no aparentes. Estos carecen de forma, de apariencia sensible; solo se conciben por la inteligencia. Se critica esta clasificación que nada distingue. En estricto sentido, las cosas no son bienes, sino los derechos que podemos tener sobre ellas. Empero la división en corporales e incorporeales tiene importancia porque la ocupación y la accesión, modos de adquirir el dominio, solo juegan con respecto a los bienes corporales” (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales*. Tomo I, Lima, 1952, pp. 66-67).

(13) Artículo 3.4 Puede constituirse garantía mobiliaria abierta para asegurar obligaciones propias o de terceros, presentes o futuras.

algodón, café, hortalizas o frutos, todo lo cual posibilitará financiarlos con la seguridad, la adquisición o existencia de esos bienes.

La segunda parte del artículo cuatro contiene un listado bastante extenso cuyo último inciso, el 22, señala que (además) pueden ser objeto de la garantía mobiliaria, en general, todos los bienes muebles, registrados o no registrados, precisando algunas excepciones.

Veamos las semejanzas y diferencias de este artículo 4 con el artículo 886 del CC:

- (i) **Los cuatro primeros incisos** de uno y otro, son idénticos, es decir, vehículos terrestres, fuerzas naturales, construcciones en terreno ajeno y materiales de construcción procedentes de una demolición.
- (ii) Los títulos valores del **inciso 5** del artículo 886 y 11 del artículo 4 de esta ley, también, pero debemos anotar tres distingos que tornan a este último, mejor que el anterior: a) El hacer la indicación de que incluye a aquellos amparados con hipoteca, caso del Título de Crédito Hipotecario Negociable⁽¹⁴⁾; b) De que en vez de decir “instrumentos donde conste la adquisición de créditos” dice “instrumentos donde conste la titularidad de créditos”, precisión absolutamente acertada; y, c) El hacer exclusión expresa del “Cheque”, que no lo hizo, que lo había olvidado el Código sustantivo. Veamos por qué.

El profesor Castellares⁽¹⁵⁾ lo explica bien cuando comenta el ahora derogado artículo **1089 Prenda de Dinero**⁽¹⁶⁾, del Código Civil: “Este tema nos trae otra situación de aparente contradicción, pues si admitimos la prenda sobre dinero, por qué no se

(14) Ver artículo 240 de la Ley N° 27287 modificada por la Ley N° 27640.

(15) CASTELLARES AGUILAR, Rolando. *Prenda de dinero. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 913.

(16) **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (México)**

Artículo 336.- Cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de estos se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Este pacto debe constar por escrito. Cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá, transferida la propiedad, salvo convenio en contrario.

admite la prenda de cheques, si este título valor no es más que un sustituto del dinero, un cuasi dinero. La respuesta en este caso es que, aun siendo un título que representa dinero, no lo es. Lo será solamente una vez que el banco girado atienda su pago, lo que se persigue asegurar impidiendo utilizarlo como bien objeto de prenda. Admitir la prenda sobre cheques sería asimilar esta orden de pago de dinero o título representativo o sustitutorio de dinero a un crédito (prenda de crédito), y como sabemos el cheque no es un título de crédito” sino un título de pago⁽¹⁷⁾. Nosotros responderíamos con el mismo texto de la Ley N° 27287.

En efecto, según el artículo 178.1: “El Cheque, como instrumento de pago (que es), no puede ser emitido, endosado o transferido en garantía”. Es más, según el artículo 178.3, “si se prueba que el tenedor recibió el Cheque a sabiendas de que se infringe la prohibición anterior el título no producirá efectos cambiarios”, vale decir, efectos legales. Pero aún hay más. El artículo 179.1 expresa que “(...) se considera no puesta la fecha post datada o la cláusula que consigne un plazo para la negociación o pago del cheque”. Por último, el artículo 181 establece que “toda estipulación de intereses inserta en el cheque se considera no puesta (...)”. Por todo lado se le cierra el paso. El cheque es título o mandato de pago a la vista sin opción alguna de plazo: para nada puede considerarse un mueble susceptible de prestar o ser afectado en garantía mobiliaria de otras obligaciones pendientes de pago, propias o de un tercero.

(17) No creo que hubiere sido indispensable hacerlo, pero siempre quedará en el pensamiento del lector si acaso debió excluirse expresamente y por tanto, considerarse bien mueble afecto a garantía mobiliaria, al denominado “cheque de pago diferido”, novedad que regulan los artículos 199 a 203 de la Ley N° 27287. Para nosotros, el cheque de pago diferido es un injerto jurídico, es una promesa de pago desde la fecha de emisión hasta la fecha prevista para su presentación al banco, en que deja de ser promesa para convertirse en orden o mandato de pago: absolutamente cheque, cuya carencia de fondos posibilita la denuncia y encausamiento penal por el delito de libramiento indebido con pena privativa de la libertad de uno a cinco años, artículo 215 del Código Penal, modificado por la Cuarta Disposición Modificatoria de la Ley N° 27287.

- (iii) Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, etc., que –en semejanza al caso anterior– cuentan con una precisión no anotada en el **inciso 6**, del artículo 886, en tanto ahora hace cita a los “nombres comerciales” que habían sido puestos en el Código Civil, pero solo con la expresión o vocablo “nombres”. Por el contexto, todos entendíamos de qué se trataba, pero la precisión era conveniente hacerla.
- (iv) “Las rentas o pensiones de cualquier clase” del **inciso 7**, no aparecen ahora. En lugar de estas ahora se alude al “derecho de obtener frutos o productos de cualquier clase”, en el inciso 14, y a los “derechos a dividendos o utilidades de sociedades” en el inciso 16. La imprecisión de “rentas” era mayúscula. Para nada aparecen las “pensiones”. Se aclara, por el contrario, que quedan particularmente excluidas las remuneraciones y el fondo de compensación por tiempo de servicios.
- (v) Las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones del **inciso 8**, sí aparecen, pero en vez de expresar “aunque a estas pertenezcan bienes inmuebles” ahora dice “aunque sean propietarias de bienes inmuebles”. Por su importancia, este rubro lo hemos apartado y lo consideramos más adelante, para un comentario especial.

Los **incisos 9 y 10** eran una suerte de cajón de sastre, pues allí se puede guardar de todo: “Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro”; y “los demás bienes no comprendidos en el artículo 885”.

Ahora bien, las novedades vendrían a estar en las menciones que se hacen en los incisos siguientes:

- Inciso 5, los inventarios⁽¹⁸⁾, estén constituidos por bienes fungibles o no fungibles⁽¹⁹⁾;

(18) Inventario, según la definición que ofrece el artículo 2.14 de esta Ley, “es el conjunto de bienes muebles en posesión de una persona para su consumo, transformación, venta, permuta, arrendamiento o cualquier otra operación comercial en el curso de su actividad económica”.

(19) Salvat, citado por Jorge Eugenio Castañeda, señala que: “Son fungibles los que presentan estos caracteres: 1.- Que un individuo de la especie equivale a otro de la misma especie. 2.- Que pueden sustituirse unos bienes por otros, a condición de que sean de la misma

- Inciso 6, el saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos u otras entidades financieras;
- Inciso 7, los conocimientos de embarque o títulos de análoga naturaleza⁽²⁰⁾;
- Inciso 10, los créditos, con o sin garantía mobiliaria;
- Inciso 12, los bienes muebles futuros;
- Inciso 13, las pólizas de seguro;
- Inciso 14, los derechos de obtener frutos o productos de cualquier bien⁽²¹⁾;
- Inciso 15, todo tipo de maquinaria o equipo;
- Inciso 16, los derechos a dividendos o a utilidades de sociedades;
- Inciso 17, todo bien mueble dado en arrendamiento financiero o arrendado;
- Inciso 18, las concesiones privadas que sean muebles y que no tengan carácter personalísimo;
- Inciso 19, las naves y aeronaves;

especie y calidad. La fungibilidad importa este concepto de la sustitución, o sea que un bien haga las veces de otro. Son no fungibles los bienes dotados de individualidad propia, razón por la que aún siendo de la misma especie no pueden sustituirse unos por otros". (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales*. Tomo I, Lima, 1952, p. 62).

- (20) Ver artículo 247 de la Ley N° 27287. Ver Carta de Porte, artículo 251 de la misma Ley.
- (21) Los artículos 890 a 892 del Código Civil disponen lo siguiente "Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia"; "los frutos son naturales, industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica"; y "los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan". El artículo 894 del mismo precisa que "son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien".

- Inciso 20, los pontones⁽²²⁾, plataformas⁽²³⁾ y edificios flotantes⁽²⁴⁾;
- Inciso 21, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles; e
- Inciso 22, en general, todos los bienes muebles, registrados o no registrados.

Si quisiéramos incluir ejemplos, diríamos que en lo tocante a los (i) Vehículos terrestres de cualquier clase, podemos citar automóviles, camionetas, camiones, triciclos y carretillas, motocicletas, bicicletas, vagones, ferrocarriles; (ii) Fuerzas naturales susceptibles de apropiación, tales como el gas, aire comprimido, energía eléctrica, vapor, la energía nuclear y la energía solar. Estas fuerzas que son susceptibles de trasladarse de uno a otro lugar, tienen, consecuentemente, el carácter de bienes muebles por naturaleza⁽²⁵⁾; (iii) Construcciones en terreno ajeno hechas para un fin temporal, caso de circos, juegos mecánicos, parques industriales, ferias, casinos, restaurantes, tiendas por temporada y otros similares; (iv) Materiales de construcción o procedentes de una demolición, si no están unidos al suelo; (v) Inventarios, ver el artículo 2.14, el mismo que expresa: conjunto de bienes muebles en posesión de una persona para su consumo, transformación, venta, permuta, arrendamiento o cualquier otra operación en el curso ordinario de su actividad económica; (vi) Saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos; (vii) Conocimientos de embarque o cartas de porte, ver los artículos 252 y 256 de la Ley de Títulos Valores; (viii) Acciones o participaciones en sociedades o asociaciones, ver los artículos 82 y ss., y 292 y ss., de la Ley General de Sociedades N° 26887 y artículo 82 inciso 3, del Código Civil; (ix) Los

(22) CABANELLAS. *Barco de calado escaso utilizado para el paso de ríos y la construcción de puentes*, p. 313.

(23) Tablero horizontal descubierto y elevado sobre el mar, de concreto armado, con diseño y ejecución de alta ingeniería marina, instalado como base para su uso en exploración, explotación petrolera y otros. Para trabajos en la plataforma continental y otros de carácter submarino. Ver además, comentario in extenso en punto IV (xx).

(24) Obra o fábrica de ingeniería que se construye por tiempo determinado para investigación en asuntos marítimos, ecológicos o medio ambiente. Puede ser también para seguridad y defensa nacional.

(25) ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo IV, Derechos Reales, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 79.

créditos, con o sin garantía mobiliaria, caso de acreencias pendientes de la contraprestación por parte del deudor, que pueden estar respaldadas o aseguradas, en cuanto a su pago –si en obligación de dar suma de dinero consistiera dicha contraprestación, por una garantía mobiliaria o no; (x) Derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patente, nombres comerciales, marcas y otros similares; (xi) Los títulos valores, excepto los cheques; (xii) Los bienes muebles futuros⁽²⁶⁾; (xiii) Las pólizas de seguro; (xiv) El derecho a obtener frutos o productos de cualquier bien; (xv) Todo tipo de maquinaria o equipo; (xvi) Los derechos a dividendos o a utilidades de sociedades previstos en los artículos 39, 221, 230 y ss., de la Ley General de Sociedades N° 26887; (xvii) Todo bien mueble dado en arrendamiento financiero o arrendado; (xviii) Las concesiones privadas; (xix) Las naves y aeronaves; (xx) Los pontones⁽²⁷⁾, plataformas

(26) “(...) Bienes presentes y futuros: Esta distinción se basa en que es posible en el ordenamiento civil la contratación sobre bienes aún no producidos; es más, en el campo de la compraventa internacional las transacciones se verifican casi siempre sobre bienes aun no cosechados o producidos, de allí la trascendencia de este criterio divisorio. Son bienes presentes los que tienen existencia real y efectiva en el momento del contrato jurídico del que son objeto; por el contrario, son futuros aquellos que todavía no existen, pero que presumiblemente llegarán a existir en un futuro próximo, como ejemplo; la cosecha pendiente, las reservas probadas de mineral, los productos manufactureros ya planeados (...)” (VON HUMBOLDT, Lucrecia Maisch. *Los Derechos Reales. Concordado con la Constitución de 1979*. 2ª edición, 1980, p. 18).

(27) La palabra “pontón”, tiene diversas acepciones, y ni los proyectos, ni la Exposición de Motivos, explican cuál o cuáles de esas acepciones pueda ser reclamada como normada por la Ley de la Garantía Mobiliaria. Pontón será, entonces, el “puente formado de maderos de una sola tabla” o “la obra de fábrica menor que el puente y mayor que la alcantarilla que se construye en las carreteras sobre los ríos, acequias o arroyos de poco caudal”, o podrá ser, asimismo, “el barco chato para pasar ríos o construir puentes”, o “el barco que se usa para limpiar sus fondos” o el “buque viejo que amarrado de firme en los arsenales o puertos sirve de almacén, de hospital o de depósito de prisioneros”. Esto es que no se sabe con qué criterio se usa el vocablo, si en acepción general o específica. El Reglamento de Capitanías y de la Marina Mercante Nacional, en el inciso 2 de su artículo 391, define los pontones: “Se denomina pontones los buques retirados de la navegación y fondeados permanentemente en el puerto”. Se trata de embarcaciones de servicio portuario, incluidas como tales en el inciso g) del artículo 383 de dicho Reglamento de Capitanías. Si bien es cierto que el Reglamento no señala el servicio específico, es indudable que esas embarcaciones retiradas de la navegación podrán tener cualesquiera de los destinos propios de los servicios portuarios compatible con su construcción, capacidad y estado. Tampoco las fuentes de Código, explican en qué sentido debe tomarse la palabra “plataforma”. ¿Serán acaso las plataformas terrestres; o más bien las plataformas que se utilizan en los servicios de transporte acuático? El inciso hay que interpretarlo conjunta y coordinadamente. Los tres conceptos que menciona han de referirse a la actividad portuaria. De ese modo, pontones serán las embarcaciones en desuso, que afirmadas, son destinadas a depósitos u otros fines auxiliares de los servicios portuarios. Las plataformas, serán los lanchones

y edificios flotantes; (xxi) Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles; y (xxii) en general, todos los bienes muebles, registrados o no registrados.

La ley con este artículo deroga algunos incisos del artículo 885 del Código Civil cambiando la naturaleza de ciertos bienes de inmobiliaria a mobiliaria. Veamos.

Aun cuando ontológicamente ciertos bienes son muebles por naturaleza debido a su posibilidad física de traslación, el Código Civil los catalogaba de inmuebles (eran entonces inmuebles por determinación de la ley). De esta manera al asimilarlos al régimen de la propiedad inmobiliaria disfrutaban de la mayor protección que le confiere la ley a esta última, así como de sus posibilidades crediticias.

La ley de la garantía mobiliaria modifica esta calificación de inmuebles por determinación legal en tres casos:

- a) Las naves y aeronaves.
- b) Los pontones, plataformas y edificios flotantes.
- c) Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.

Así, en virtud de tal modificación, dichos bienes ahora son considerados muebles. Este cambio ha repercutido en distintos campos del Derecho Civil. Veamos:

construidos sin cubierta que sirven para el transporte de mercancía, sobre todo entre los puertos y los buques y viceversa. En el Reglamento de Capitanías, no se encuentra una referencia expresa a las plataformas, ni a los edificios flotantes. Cuando se trata de las embarcaciones por el servicio portuario que prestan, se alude a las dragas, chatas, pontones, grúas y cisternas. Edificios flotantes, podrán ser entonces, todas las construcciones que se hacen sobre el agua, para fines del servicio portuario, casi siempre desplazables de un lugar a otro, por razón de su destino. Pero podrán ser también las islas artificiales y estructuras que se pueden construir para fines de exploración, explotación, investigación científica o protección de las aguas de la contaminación, a que se refiere la Convención de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como derecho del país ribereño en la zona económica y que entonces, pueden servir de vivienda y también prestar servicio. O ser asimismo las viviendas construidas para fines permanentes sobre materiales flotantes, como el caso de los uros, habitantes del lago Titicaca, o los habitantes de la selva (CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Tomo I, 1994, pp. 107 y 108);

En el Derecho de Familia, específicamente en el régimen patrimonial del matrimonio. La norma, cuando nos habla sobre la disposición de los bienes sociales, nos dice que se requiere de una voluntad compartida por ambos cónyuges, es decir, se requiere la voluntad concorde de los esposos como elemento constitutivo necesario para la validez del acto. Se trata pues, de una coparticipación en la disposición de bienes sociales. En efecto, el artículo 315 dice que “para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer (...)”. Pero luego, la misma norma nos dice que tal regla no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, es decir, será válida la adquisición de muebles por parte de un solo cónyuge, sin necesidad del consentimiento del otro. Ejemplo: antes de la Ley de la Garantía Mobiliaria, para comprar un barco se requería de la actuación conjunta de los cónyuges; hoy, será válida dicha compra si es efectuado solamente por uno, cualquiera de ellos.

En el Derecho de los Contratos tenemos otro claro ejemplo de cómo afecta el cambio de ciertos bienes inmuebles a muebles. Así, en la donación encontramos distintas formalidades según se trate de si son muebles o inmuebles: En el caso de donación de muebles, la ley dice que se puede realizar verbalmente cuando su valor no exceda del 25 % de la UIT; en caso se sobrepase dicho límite, se debe realizar por escrito de fecha cierta bajo sanción de nulidad; en cambio, cuando se dé el caso de donación de inmuebles, debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad. Con esta Nueva Ley, en resumen, se podrá donar una nave mediante documento escrito de fecha cierta.

El cambio de inmuebles a muebles de ciertos bienes en virtud de la Ley N° 28677 podría influir incluso –y además–, en el ámbito del Derecho Penal. En efecto, antes de la Ley de la Garantía Mobiliaria, el acto de apoderarse⁽²⁸⁾ de un buque, nave, etc, podría haber sido considerado en el Código Penal dentro de los delitos contra el patrimonio, en

(28) Por apoderarse se entiende toda acción de poner bajo su dominio y disposición inmediata un bien que antes se encontraba en la esfera de custodia de otra persona. Cuando se da el apoderamiento, el sujeto tiene la posibilidad inmediata de realizar actos de disposición sobre el bien, posibilidad de la que carecía antes de este comportamiento al encontrarse dicho bien en la esfera de dominio del poseedor (BRAMONT ARIAS, Luis. Ob. cit., p. 292).

la modalidad de usurpación, cuyo bien jurídico protegido es el disfrute de un bien **inmueble**⁽²⁹⁾. Hoy solo sería considerado en las modalidades de hurto, robo o apropiación ilícita, que son tipos penales en los que el objeto material de la acción recae sobre bienes muebles.

Excepciones:

- Las remuneraciones;
- El Fondo de compensación por tiempo de servicios;
- Los *warrants* y certificados de depósito;
- Los bienes muebles inembargables señalados en el artículo 648 del CPC;
- Los recursos que constituyen el encaje bancario de conformidad con el artículo 163 de la Ley N° 26702;
- Los bienes que integran los Fondos de Aportes Obligatorios;
- El encaje legal;
- El Fondo de Longevidad;
- El Fondo Complementario y los demás señalados en el artículo 20 del D.S. N° 054-97-EF TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de pensiones.

El inciso 22 dice que, en general, pueden ser objeto de garantía mobiliaria todos los bienes muebles, registrados o no registrados, excepto las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios (...). La Ley de la Compensación por Tiempo de Servicios admite que el 50 % de los fondos de las CTS pueden ser afectados en garantía, lo que estimamos debería seguir igual. Esta Ley N° 28677 no hace distingo alguno y podría llevar a interpretaciones erradas impidiendo que un trabajador afecte fondos presentes o futuros de su CTS en la parte de libre

(29) Habrá que tomar en consideración las teorías privatista del Derecho Penal, autonomista pura y la de interpretación teleológica.

disposición para los créditos que requiera. Debería corregirse o precisarse este extremo.

Tampoco podrán darse en garantía los recursos que constituyen el encaje bancario⁽³⁰⁾, ni los Fondos de Aportes Obligatorios⁽³¹⁾, el encaje legal⁽³²⁾, el Fondo de Longevidad⁽³³⁾, el Fondo Complementario⁽³⁴⁾, ni los demás regulados por el TUO del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones⁽³⁵⁾.

Tal como lo ofrecimos, deseamos hacer un comentario singular para el caso de la garantía mobiliaria sobre acciones o participaciones en sociedades o asociaciones del inciso 8 del artículo 886 del CC, que –coincidentalmente–, también es inciso 8 del artículo 4 de la Ley N° 28677. En primer lugar, en cuanto a la redacción, en vez de expresar “aunque a estas pertenezcan bienes inmuebles” ahora, con precisión, se dice “aunque sean propietarias de bienes inmuebles”, lo cual es correcto por cuanto la “pertenencia” es vocablo o voz impropia o, en todo caso, difusa, para el derecho; la “propiedad”, en cambio, tiene ubicación destacada en el Libro Derechos Reales (artículos 923 y siguientes del Código Civil). En segundo lugar, entre los artículos 80 a 98 del Código Civil se regula el régimen de las Asociaciones y en dicha normativa no hay alusión expresa alguna a “participaciones”. Sin embargo, hay que reconocer

(30) El **encaje bancario** son las reservas de dinero de circulación legal que, por disposición de las autoridades pertinentes, los bancos deben mantener en caja para atender posibles retiros.

(31) El **aporte obligatorio** se constituye por el 10 % de la remuneración asegurable. Un porcentaje está destinado a financiar las prestaciones de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, y otro lo es la comisión porcentual aplicada a las aportaciones voluntarias, de darse el caso.

(32) El **encaje legal** es la parte de los depósitos fijados por el BCR que los bancos deben guardar en caja como efectivo o depósitos en el mismo BCR; también se denomina “reserva legal”.

(33) Aplicable a la modalidad de Renta Vitalicia Personal, que es una de las cuatro modalidades de jubilación, por la que el afiliado contrata con una AFP una renta vitalicia mensual hasta llegado su fallecimiento; el **fondo de longevidad** se constituye por las retenciones efectuadas bajo esta modalidad.

(34) El **fondo complementario** es el constituido por el porcentaje que se le descuenta al afiliado, a fin de cubrir las prestaciones de invalidez, sobrevivencia, y el monto de los gastos del sepelio (riesgos), de darse el caso; este fondo podrá ser administrado por las AFP o por Empresas de Seguros, a elección de las primeras; pero se admite la petición del mismo afiliado.

(35) Estas son: Pensión de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

que tampoco hay prohibición o impedimento para que en uso de la autonomía privada, los fundadores puedan establecer un régimen de participaciones en el patrimonio de modo tal que en atención a los respectivos porcentajes se puedan adoptar determinados acuerdos en las asambleas generales siempre que no contravengan la Ley.

No olvidemos que siendo la Asociación una persona jurídica sin fin de lucro no hay reparto de utilidades y que de otra parte, cuando ella opte por su disolución y liquidación, el haber neto resultante de la liquidación se destina a las personas designadas en el estatuto con exclusión de los asociados o, de no ser posible, la decisión la adopta la Corte Superior con arreglo al artículo 98 del CC. De modo tal que no tendría sentido establecer un régimen de “participaciones” si no fuere para la adopción de determinados acuerdos en la asamblea general, siempre que no contravengan la Ley.

En el Reglamento de la Ley N° 28677 (RLGM), confirmando nuestra apreciación, no hemos encontrado alusión alguna a “participaciones” en asociaciones; la que sí existe y obvio, es absolutamente correcta, es la cita a “participaciones sociales”⁽³⁶⁾ en el artículo 14, párrafo final, referida naturalmente al Libro de Sociedades. Juzgamos, entonces, en razón a lo expuesto, que la garantía mobiliaria sobre acciones de sociedades se dará con mucha mayor frecuencia que la garantía mobiliaria sobre participaciones en asociaciones por no contar esta con un tratamiento legislativo especial y más bien hallar dicha posibilidad en base, solamente, a no existir impedimentos puntuales; mientras que es el artículo 109 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, el que regula la “prenda de acciones”, con claridad y suficiencia, aunque lamentablemente, con algunas incorrecciones.

En efecto, la Nueva Ley de Sociedades ha establecido que los derechos de accionista corresponde –salvo pacto en contrario– al “accionista” y que el ejercicio de estos deberá ser definido mediante acuerdo en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria (prenda). Conste que (i) el ejercicio de los derechos del accionista, (ii) la forma de pagar los

(36) Sociedad Colectiva, artículo 271; Sociedad en Comandita Simple, artículo 281.1; Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, artículo 283; y, Sociedades Civiles, artículo 298.

dividendos pasivos, (iii) la forma de venta o realización de la prenda, (iv) los gastos para facilitar el ejercicio de los derechos del accionista, (v) la obligación del acreedor prendario de colaborar con el accionista para que este pueda ejercer sus derechos y (vi) la preferencia legal de la sociedad para el cobro de los dividendos pasivos en caso de venta de la prenda⁽³⁷⁾, admite pacto en contrario, según la letra del artículo 109 en comento, aunque es de admitir que la Ley se equivocó porque no parece acertado que ello sea posible en cuanto a los puntos (v) y (vi) precitados.

Quisiéramos referirnos a continuación al caso de las naves (los buques) y por qué estos no pueden ser considerados por la ley peruana, como muebles, y en todo caso, menos –mucho menos– sujetos a garantía mobiliaria. En efecto, debe darse marcha atrás de inmediato, es decir, retroceder el paso en falso que se ha dado y continuar manteniendo a las naves como inmuebles, tal como lo preveía el texto original del inciso 4 del artículo 885 del Código Civil y lo dispuso así hace mucho, la ya muy antigua Ley N° 2411 de Hipoteca Naval que data de 1916 y que modificó el artículo 598 del Código de Comercio de 1902 que consideraba a los buques, como muebles.

Considerar como un bien mueble al buque –nave, y por consiguiente y sobre todo, objeto de garantía mobiliaria– implica desconocer la particularidad y autonomía del Derecho Marítimo. Expresó que si fuera poco considerar que así –además, lo es en casi todas partes del mundo, en el caso peruano se tiene un agravante: esta Ley N° 28677 en este extremo contraviene la Decisión 487 de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, sobre Hipoteca, Privilegios Marítimos y Embargo Preventivo de Buques. Queden claro dos cosas. Una, que el artículo 15 de esta decisión 487 permite la venta directa del buque hipotecado en la forma pactada al constituirse la obligación, en el caso de su incumplimiento; y, dos, que la Decisión 532 modificó la definición de buque o nave, expresando que lo es “toda construcción flotante apta para navegar, cualquiera que sea su tipo, clase o dimensión”, ergo, también se incluyen las bolicheras o embarcaciones de pesca, yates y embarcaciones de

(37) ELÍAS LAROZA, Enrique. *La Ley General de Sociedades comentada*. Normas Legales, Trujillo, p. 231.

recreo, dato que puede ser valioso para ciertos empresarios pesqueros, navieros o armadores.

A partir del 31 de mayo de 2006, si no se modifica esta norma, el Perú se encontrará en una situación de “incumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. La normativa supranacional andina goza de los principios de “primacía” y “aplicabilidad directa” en los territorios de los Países Miembros de la CAN y prevalece incluso, frente a los convenios internacionales que hubieren sido ratificados. Conste que la Decisión 487 ha sido invocada acertadamente por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la república en la Casación N° 3473-2002 de modo tal que para nada es ajena al Derecho peruano.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en reiterados fallos ha dicho que “basta el hecho de mantener vigentes –aunque no se apliquen, normas que contravengan el ordenamiento comunitario para que se configure la conducta del incumplimiento”. Incluso, así se manifestó en el proceso 50-AI-2002 que inició la Secretaría General de la CAN con la República del Perú por las facultades que se le dieron al Senasa mediante D.S. N° 029-99-AG. Cuidado, la CAN después de un procedimiento sumario puede autorizar sanciones económicas contra el Perú.

La sanción económica no consiste en una multa al Estado peruano que puede dejarse de pagar o solucionarse después por la vía política o diplomática. La consecuencia es directa y afecta a determinados empresarios y –eventualmente– a numerosos consumidores. Nos explicamos. Se ordena, por ejemplo, que los países miembros establezcan un arancel del 5 % que se aplicará a los cinco productos de mayor exportación que hace nuestro país a los otros cuatro integrantes de la Comunidad. Esto es recibido con beneplácito por el Estado beneficiario porque mejora la recaudación de sus ingresos en la balanza comercial, y por empresarios de a competencia en dichos países porque podrán colocar sus productos en el país anfitrión y en los demás, en mejores condiciones que el de los empresarios peruanos.

El buque puede ser considerado mueble o inmueble; eso no tiene tanta trascendencia. Lo principal es que son bienes registrables y no sujetos a garantía prendaria –este es el error– a nuestro juicio, sino a garantía

hipotecaria. Estamos entonces de completo acuerdo con que se trata de una hipoteca mobiliaria. Correcto.

Según Cabanellas⁽³⁸⁾, prenda e hipoteca han aparecido unidas o confundidas en diversas etapas del Derecho; e incluso en la Edad Media española las garantías reales mobiliarias o no aparecen indicadas con la denominación de *pennos*. En la actualidad, al extenderse la hipoteca a ciertos muebles (como los buques) y al existir alguna prenda como la agraria en que el deudor no es desposeído, se está produciendo un nuevo retorno a la unidad. Sin embargo, se mantienen todavía como características preponderantes: 1) que la prenda consiste en bienes muebles; y la hipoteca en inmuebles; 2) que la primera trasmite la posesión de la cosa al acreedor y la segunda no; 3) el predominio del procedimiento judicial para la efectividad de la hipoteca, mientras la prenda se enajena ante notario o escribano. Extrayendo circunstancias de los distintos artículos que el Código Civil español dedica a la prenda, Alcubilla la define o describe así: “Un contrato por el cual el acreedor u otra persona recibe la posesión de una cosa propia del pignorante para retenerla hasta que se extinga el crédito y como garantía del mismo aplicar sus intereses si los produce a disminuir o solventar el descubierto que la motiva y venderla en su caso para hacer pago al acreedor con el precio o con la misma cosa dada en fianza”.

En cuanto al RLGGM, cabe destacar sobre los artículos 59, 61 y 63 a 65: El primero de estos dispone que “la garantía mobiliaria se inscribía en el RMC o en el Registro Jurídico de Bienes cuando correspondiera, con arreglo al artículo 33 de la Ley, en mérito del formulario o título respectivo (...)”. Regula, a continuación, la constitución unilateral de garantía. El artículo 61 prescribe que “en el formulario sobre garantía mobiliaria sobre acciones deberá indicarse que el accionista constituyente del derecho ha comunicado a la sociedad la constitución de la garantía”. El artículo 63 faculta denominar “patrimonio mobiliario” al total de bienes muebles del constituyente, resultando de aplicación los artículos 16 a 18 del Reglamento. Y los artículos 64 y 65 regulan la afectación de bienes muebles presentes y bienes muebles futuros, respectivamente.

(38) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., 1979, p. 366.

3. Capacidad para ser acreedor garantizado o deudor

Artículo 5.- Para los efectos de esta Ley, cualquier persona con capacidad legal de ejercicio, sea física o jurídica, nacional o extranjera, puede ser constituyente, deudor o acreedor garantizado.

No obstante lo elemental de su versión, era conveniente afirmar desde los inicios de la Ley, que cualquier persona con capacidad de ejercicio⁽³⁹⁾, sea física o jurídica, nacional o extranjera, puede ser constituyente, deudor o acreedor garantizado, que son, prácticamente, los principales protagonistas de esta Ley, excepción hecha del “representante” y del eventual “depositario”. En otro nivel, se ubican los agentes económicos, el notario y el registrador. El artículo 42 del CC, establece que “tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas

(39) **Código argentino**

Artículo 3213.- Solo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa y tiene capacidad para enajenarla, y solo puede recibir la cosa en prenda, el que es capaz de contratar. El acreedor que de buena fe ha recibido del deudor un objeto del cual este no era propietario, puede, si la cosa no fuese perdida o robada, negar su entrega al verdadero propietario.

Código chileno

Artículo 2387.- No se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga facultad de enajenarla.

Código español

Artículo 1857.- Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

1. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
2. Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.

3. Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes (el resaltado es nuestro).

Código colombiano

Artículo 2412.- No se puede empeñar una cosa sino por persona que tenga facultad de enajenarla.

“Se requiere para la constitución del derecho en estudio: 1) el desplazamiento de la cosa; es decir, que sea entregada al acreedor pignoraticio o al tercero que se designe; 2) que sea propietario de la cosa el que la entrega; 2) que tenga capacidad de enajenar el constituyente y de contratar el acreedor pignoraticio; 3) que el contrato sea instrumentado”. (VALIENTE NOAILLES, Luis M. Ob. cit., p. 490).

“La capacidad para constituir el derecho de que se trate, dependerá del acto mediante el que se constituya (así, por contrato, por disposición testamentaria), pero es diferente, según este se intervenga como gravando los propios bienes o bien como adquiriendo el derecho sobre los bienes de la otra parte. Para el concedente, si lo establece por acto mortis causa, basta la capacidad de testar, y si por acto inter vivos, puede bastar, sin más, que sea menor emancipado (...)” (ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Derecho de Bienes. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*. Tomo III, Volumen segundo, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 241).

que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44⁽⁴⁰⁾”.

A su turno, el artículo 63 de la Constitución nos recuerda que la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones; y los artículos 70 y 71, que el derecho de propiedad es inviolable, el Estado la garantiza, y que en cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Con relación al acreedor garantizado⁽⁴¹⁾, al constituyente⁽⁴²⁾ y al deudor⁽⁴³⁾, el lector puede remitirse a los artículos 2.1, 2.5, y 2.7, de la Ley.

Por último, con relación al RLGGM, el artículo 44 alude a los tipos de calificación –plena o atenuada–, los que se explican en los artículos 45 y 46. En esta última, se expresa: “Cuando el acto inscribible se presenta en formulario la calificación será atenuada. La calificación de legalidad así como la validez del acto inscribible y la capacidad de los otorgantes por parte del registrador se limitarán únicamente a lo que se desprenda del contenido de dicho instrumento y su certificación. El registrador deberá calificar la representación invocada, de ser el caso (...)”.

4. Extensión de la garantía mobiliaria

Artículo 6.- La garantía mobiliaria tendrá la extensión, en cuanto al bien mueble afectado, que las partes convengan. A falta de pacto, la garantía mobiliaria afectará el bien mueble, sus partes integrantes y accesorios existentes al tiempo de la ejecución y, eventualmente, el precio de la enajenación, el nuevo bien mueble que resulte de la transformación del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, la indemnización del seguro que se hubiese contratado y la justipreciada en el caso de la expropiación.

Las partes deberán pactar la extensión que tendrá la garantía mobiliaria, en cuanto al bien mueble afectado. Por ejemplo, si se da como

(40) Incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

(41) 2.1 La persona en cuyo favor se constituye la garantía mobiliaria o quien hubiese adquirido, bajo cualquier título, la obligación garantizada.

(42) 2.5 La persona, sea el deudor o un tercero, que constituye la garantía mobiliaria conforme a esta Ley.

(43) 2.7 La persona obligada al cumplimiento de la obligación garantizada.

garantía mobiliaria “inventarios”, o una “demolición” o determinados “conocimientos de embarque”, las partes pueden convenir los límites de la garantía, es decir, qué bienes muebles sí y cuáles no, describiendo sus calidades o especificaciones, porque a falta de pacto la extensión de la garantía mobiliaria será total, afectará el bien mueble, sus partes integrantes y los accesorios existentes **al tiempo de la ejecución**.

Eventualmente –dispone la ley– la garantía mobiliaria estará dada por:

- El precio de la enajenación del bien mueble.
- El nuevo bien mueble que resulte de la transformación del bien mueble afectado en garantía mobiliaria.
- La indemnización del seguro que se hubiese contratado.
- La indemnización justipreciada en el caso de expropiación⁽⁴⁴⁾.

El artículo 14 de la Ley establece que la garantía mobiliaria se extiende sobre el precio de la enajenación⁽⁴⁵⁾. El artículo 2.17 lo define indicando que este es la contraprestación de todo tipo, ya sea en bienes, dinero o derechos, recibida por el deudor en razón de la venta o permuta del bien mueble afectado en garantía y que también se considera

(44) “Bien se ha dicho que la expropiación debe tener por finalidad la utilidad pública y que no se concibe que tenga por objeto privar a una persona de su propiedad para transferírsela a otra en su beneficio particular. Por eso podemos elaborar el siguiente concepto: es la ocupación de las cosas de propiedad privada, con fines de utilidad pública, retribuida con una justa indemnización de su valor y de los perjuicios derivados directamente de ella. La expropiación, por los fundamentos de su ejercicio, por su reglamentación y el principio que rige la indemnización, es de derecho público; en cambio, por la defensa de los derechos del expropiado y la medida de su resarcimiento, es de derecho privado” (VALIENTE NOAILLES, Luis M. *Derechos Reales*. Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 191).

(45) “Castañeda señalaba que: enajenar no significa solo transferir el dominio. El artículo 890 del Código Civil se refiere al enajenante de la posesión; no del derecho de propiedad. Sin embargo, nuestro Código Civil de 1852 tenía un concepto restringido de enajenación. En su artículo 571 declaraba: ‘Por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa, o a título gratuito, como la donación, o a título oneroso, como en la venta y la permuta’ (...) citando a García Calderón nos dice: ‘(...) La palabra enajenación es por consiguiente, una voz genérica que comprenda todas las transmisiones de dominio; así es que el testador enajena sus bienes cuando dispone de ellos en testamento; y los enajena igualmente el que constituye una servidumbre o una renta vitalicia sobre sus fincas’” (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales*. Tomo I, 4ª edición, Lima, 1973, pp. 225-226).

precio de la enajenación a la indemnización abonada en virtud de una póliza de seguros. Aquel artículo catorce dispone: “Si el deudor enajena a título oneroso el bien dado en garantía mobiliaria, esta se extenderá al precio de la enajenación mientras permanezca en su posesión o control, sin perjuicio de la persecutoriedad a que se refiere el artículo 13 de la presente Ley. Se presumirá que el precio de la enajenación es resultado de la disposición o transferencia del bien mueble dado en garantía mobiliaria, salvo que el deudor pruebe lo contrario”.

Como quiera que una de las opciones a que hace referencia el artículo seis, bajo comentario, es el de que la garantía mobiliaria se extiende al nuevo bien que resulte de la transformación del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, hacemos cita al artículo 15 de la Ley, el mismo que le es concordante y pertinente, que dispone: “Si el deudor transforma, en un segundo bien mueble, el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, esta se extenderá al nuevo bien mueble. El deudor está obligado a comunicar al acreedor garantizado, dentro de los cinco días y mediante carta notarial, la fecha en que ocurra la transformación y las características del nuevo bien mueble, resultante de la transformación. En este caso, el acreedor garantizado deberá inscribir en el registro correspondiente la garantía mobiliaria que recae sobre el nuevo bien mueble, levantándose la garantía anteriormente constituida”. Pudiera darse la hipótesis de que el deudor⁽⁴⁶⁾ ignore la transformación del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en un segundo bien mueble, o que no hubiese forma de probar que él lo conocía; por ello, hubiese sido preferible extender la responsabilidad también al constituyente⁽⁴⁷⁾.

El derogado artículo 1057 del CC, bajo el título “Extensión de la prenda”, decía: “La prenda se extiende a todos los accesorios del bien. Los frutos y aumentos del bien prendado pertenecen al propietario, salvo pacto distinto”. Como sabemos, el artículo 888 del CC., explica la noción de bienes accesorios expresando “Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. La afectación

(46) Artículo 2.7: Deudor: la persona obligada al cumplimiento de la obligación garantizada.

(47) Artículo 2.5: Constituyente: la persona, sea el deudor o un tercero, que constituye la garantía mobiliaria conforme a esta Ley.

solo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros. Los accesorios pueden ser materia de derechos singulares. El aprovechamiento pasajero de un bien para la finalidad económica de otro no le otorga la calidad de accesorio. La separación provisional del accesorio para servir a la finalidad económica de otro bien, no le suprime su calidad”. A su turno, el artículo 889 con el título de “Partes integrantes y accesorios” dispone que: “Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de este, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación”. Con relación a la segunda parte de este artículo 1057 ahora derogado, en el sentido de que los frutos y aumentos del bien prendado pertenecen al propietario, salvo pacto distinto, es pertinente comentar que respecto a los frutos, la ley precisa que “son los provechos renovables que produce un bien sin que se altere ni disminuya su sustancia” según lo dispone el artículo 890 del CC.; y que estos pueden ser de tres clases: naturales, industriales y civiles, según lo prevé el artículo 891. En efecto, esta última norma dice: “Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica”. Conste que no hemos encontrado un antecedente que precise el uso de la expresión “los aumentos”, toda vez que se afirma que la fórmula de este artículo fue recogida literalmente del artículo 288 de la ponencia de la Comisión Revisora sin que exista una exposición de motivos oficial que permita acercarnos a su definición original.

5. Garantías mobiliarias sucesivas

Artículo 7.- Durante la vigencia de la garantía mobiliaria, el constituyente puede constituir garantía mobiliaria de segundo y posteriores rangos sobre el mismo bien mueble, con aviso notarial al acreedor garantizado de la primera garantía.

Las características de “persecutoriedad” y “prelación”⁽⁴⁸⁾ en los Derechos Reales de Garantía, en caso de las prendas e hipotecas, permite

(48) Alfredo Bullard, comentando los artículos 1067 y 1068 derogados, señala: “La preferencia subiste solo en tanto el bien dado en prenda permanezca en posesión del acreedor o del tercero designado por las partes, o cuando se trate de prenda inscrita. Esta preferencia no rige tratándose del acreedor por el saldo del precio de venta, cuando este derecho

afirmar en doctrina y sostenerlo en la legislación, que no afecta el derecho de los acreedores garantizados el que los constituyentes de la garantía puedan gravar con segundas, terceras o más prendas o hipotecas registradas, los bienes muebles o inmuebles, respectivamente, dados o concedidos en garantía. Este pensamiento y esta convicción han sido tradicionales en los estudiosos del derecho.

En la práctica, sin embargo, han ocurrido dos cosas. Por un lado, se han dictado leyes populistas prohibiendo a los acreedores –en particular si son empresas del sistema financiero nacional, establecer en los contratos que celebran con sus clientes, estipulaciones que contengan la prohibición de enajenar, vender, gravar, arrendar o de algún otro modo afectar el mueble (prenda) o inmueble (hipoteca) materia de garantía, si antes no cuentan con autorización por escrito del acreedor garantizado, bajo amenaza o sanción de dar por vencidos los plazos de todas las obligaciones y proceder a su ejecución inmediata. Naturalmente, muchas de estas leyes han sido dictadas con la mejor buena intención y sustentadas no solo en el conocimiento teórico de los Derechos Reales de Garantía, sino –además– y porque no decirlo, en la conducta de algunos Bancos prepotentes, verdaderamente abusivos y que manejan y manipulan el poder económico del país. En los últimos lustros el movimiento ha sido pendular, es decir, para un lado y para el otro, y es que en ambos casos

aparece inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la prenda. En primer lugar, vemos como la oponibilidad va unida a la entrega física del bien, en tal nivel que si se pierde la tenencia del mismo, se pierde la oponibilidad de la relación jurídica, pues desaparece el mecanismo de reconocibilidad. Otro punto importante es lo preceptuado en el último párrafo de la citada norma. Se refiere al Registro Fiscal de Ventas a Plazos. En este caso, el derecho de prenda, con todo su carácter real, no puede ser opuesto a una relación personal (deuda generada por una compra venta de un bien a plazos). Esta es otra muestra de cómo, antes de interesarnos el carácter de real o no de una determinada relación jurídica, debemos preocuparnos por el grado de oponibilidad que esta pudiera alcanzar en caso de un eventual conflicto con otras. Y en este caso concreto, lo obligatorio prima sobre lo real. (...) y comentando el artículo 1060 señala que: Los acreedores seguirán el orden en que han sido constituidos las prendas para efecto de la preferencia. Siendo que el mismo bien puede ser gravado a favor de varios créditos distintos, interesa en este aspecto el problema de la oponibilidad. Esto es importante en cuanto al acreedor prendario posterior no solo le interesa saber que existe la prenda constituida a favor de un tercero, sino protegerse de que el monto del gravamen anterior sea cierto, de manera que pueda saber si el derecho real de garantía que constituye lo protege realmente contra la “venta estratégica” que tiene el deudor (...)” (BULLARD GONZALES, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones*. Prólogo de Fernando de Trazegnies Granda, Ara Editores, 1ª impresión, 1990, pp. 300-301).

—dicha sea la verdad, se presentan razones y argumentos, pero también excesos y abusos.

La ley bajo comentario sí permite constituir garantía mobiliaria de segundo y posteriores rangos sobre el mismo bien mueble siempre que se dé aviso notarial al acreedor garantizado de la primera garantía. Los agentes económicos, los profesionales y los estudiosos del derecho nos hacemos varias preguntas, cuando menos cinco. Veámoslas, sobre todo, sus tentativas respuestas:

- Uno: ¿Para qué el aviso?
- Dos: ¿Previo? ¿Posterior? La Ley no lo dice.
- Tres: ¿Qué pasa si no lo hacemos? ¿Cuál será la consecuencia de su incumplimiento?
- Cuatro: ¿Por qué solo al acreedor garantizado de la primera garantía?
- Cinco: ¿Podemos pactar en contrario?

Pensando de la mejor forma, es decir, de buena fe, podemos responder que (i) se debe dar el aviso para que el acreedor de primer rango tenga noticia oficiosa, porque lo mismo se enterará días después por sus propios medios, los informáticos, y como consecuencia de la publicidad registral. Las garantías mobiliarias de segundo y posteriores rangos serán registradas; (ii) el aviso notarial debe ser previo o paralelo; carece de sentido hacerlo después de un mes porque el destinatario de la comunicación probablemente ya se habrá enterado por los medios descritos antes; (iii) la consecuencia de no hacerlo será —para el constituyente—, asumir los daños y perjuicios que eventualmente irroge si es que acreedores de posteriores rangos ejecutan sus créditos con irrespeto de algunos trámites o procedimientos afectando intereses y derechos del titular del primer rango⁽⁴⁹⁾; la respuesta a la pregunta cuatro (iv) sería así: será

(49) Esta hipótesis es improbable porque el artículo 49 de la ley establece que: “Cuando hubiere garantías mobiliarias sucesivas sobre el mismo bien mueble, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada por el representante correspondiente a la garantía mobiliaria que ocupe el primer rango, en la forma y en el valor previstos en el acto constitutivo de la referida garantía mobiliaria de primer rango. El plazo para

poco frecuente que sobre un bien mueble se constituyan tres, cuatro o más garantías mobiliarias. Podría ser el caso de un buque o de una aeronave. Pero además, del texto de la ley fluyen con claridad, dos cosas: (a) De acuerdo al artículo 26 de esta ley, cuando se hubiesen constituido garantías mobiliarias sobre el mismo bien mueble, la preferencia se regula de acuerdo a la fecha de inscripción en el registro correspondiente”; y, (b) que quien ejecutará la garantía mobiliaria por incumplimiento de la obligación, será el de primer rango, respetando en hacer los depósitos judiciales con arreglo a los artículos 47.4 y 53.4, segunda parte, de esta Ley; y la respuesta a la quinta (v) será: no habiendo previsto la ley la nulidad del pacto en contrario, este será perfectamente válido. Adviértase que en numerosas ocasiones en esta misma ley, el legislador ha previsto casos de nulidad, situación que encontramos, por ejemplo, en los artículos 47.1, 47.2, 53.1, y 53.4, entre otros, cuando expresan, respectivamente: “No se admite el pacto mediante el cual el propio acreedor garantizado sea el representante”; “es nula la venta realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes (...)”; “Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y, además, otorgarse el poder a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo”; “Todo pacto que fije un monto inferior, es nulo”. En sus conferencias sobre la materia, el Dr. Rolando Castellares Aguilar se hace la siguiente interrogante, a la misma que hemos dado respuesta en las líneas anteriores: Si hay pacto para no hacerlo (*covenant*⁽⁵⁰⁾), ¿estará impedido el constituyente de constituir estas garantías de posrango?

Admitimos que es un tema polémico. No concederle el derecho al constituyente es maniarlo a un solo acreedor, eventualmente abusivo. Extenderle el derecho para constituir garantías de segundo y posteriores rangos, al constituyente, es darle ocasión a que fabrique vericuetos y amarres legales para eludir sus obligaciones. Es lamentable verse –en ocasiones, entre abusivos y prepotentes de un lado, y sinvergüenzas y delincuentes de su crédito, del otro.

la venta será de 90 días, si no se realiza pasará sucesivamente y por el mismo plazo a instancias del segundo o ulteriores acreedores”.

(50) *Covenant*, vocablo inglés: “convenio, contrato”. *Pacto*. p. 405. CABANELLAS. Ob. cit.

El derogado artículo 1060 del CC, bajo el título de “Prenda sucesiva sobre un mismo bien”, decía: “Un bien puede ser gravado con prenda en garantía de varios créditos y en favor de varias personas sucesivamente, con aviso a los acreedores que ya tienen la misma garantía. Los acreedores seguirán el orden en que han sido constituidas las prendas para el efecto de la preferencia”. El artículo 1058 guardaba cierta incompatibilidad con este, toda vez que para la validez de la prenda se exigía que el bien se entregara física o jurídicamente al acreedor o a la persona que este designe o a la que señalen las partes. La prenda con entrega jurídica no tenía problema porque esta no requería desplazamiento del bien; bastaba su inscripción registral. Ergo, no encontraba inconveniente para que se materialicen sucesivas prendas sobre un mismo bien pero las prendas con entrega física? Es casi imposible que un mismo bien sea poseído por más de una persona por lo que intentar aplicar literalmente los artículos 1058 y 1060 sería un absurdo. La respuesta, “que uno de los acreedores lo posea a favor de los otros. Pero, ¿cuál? El artículo 986 del Código Civil de 1936 sí traía una respuesta: “Un objeto puede ser dado en prenda a varias personas sucesivamente, con aviso a los acreedores que ya tienen la misma garantía, y siempre que consienta quien recibe la prenda en guardarla para todos. Los acreedores seguirán el orden en que han sido constituidas las prendas para efecto de la preferencia”.

El profesor Manuel A. Torres Carrasco⁽⁵¹⁾ advierte que este artículo, el 1060 del CC, ahora derogado, es inconveniente. Responde que la posibilidad del acreedor primigenio de oponerse a la constitución de futuros gravámenes, con arreglo a ley, es nula. Expone así: “En nuestra opinión esta norma tal como esta redactada, lejos de incentivar la concesión de mayores créditos, tiende a desalentarlos. Por supuesto, no es acaso muy desalentador para un acreedor prendario saber que el deudor podrá constituir –sin poder oponerse, nuevas garantías sobre el bien prendado y eventualmente tener que ceder la posesión que detenta sobre dicho bien, ya que no existe precisión sobre cuál de los acreedores debe custodiarlo”. Bueno, ahora, con arreglo a esta Nueva Ley de la Garantía Mobiliaria N° 28677 este asunto está superado. No existe –a nuestro juicio–, inconveniente legal alguno para que el constituyente renuncie

(51) *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Ob. cit., p. 795.

a su derecho a constituir garantías mobiliarias de segundo y posteriores rangos sobre el mismo bien mueble.

En el Libro VI Las Obligaciones, Sección Primera, las Obligaciones y sus modalidades del Código Civil, se incluye el artículo 1136 relativo a la “Concurrencia de acreedores de bien mueble” el mismo que dispone: “Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamaren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

6. Amortización de la garantía mobiliaria

Artículo 8.- El constituyente podrá pactar pagos con el acreedor garantizado para disminuir la garantía y usar los bienes, materia de la garantía mobiliaria, para constituir nuevas garantías.

El derogado artículo 1056 del CC, bajo el título “Indivisibilidad de la Prenda”⁽⁵²⁾ decía que: “La prenda es indivisible y garantiza la obligación

(52) Código colombiano

Artículo 2430.- La prenda es indivisible. En consecuencia, el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aún en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados.

Código argentino

Artículo 3233.- La prenda es indivisible, no obstante la división de la deuda. El heredero del deudor que ha pagado su porción de la deuda no puede demandar su porción en la prenda, mientras que la deuda no haya sido enteramente pagada, y recíprocamente, el heredero del acreedor que ha recibido su porción de la deuda, no puede librar la prenda en perjuicio de los coherederos que no han sido pagados.

Artículo 3234.- La indivisibilidad de la prenda no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda. El derecho del acreedor se limita a ejercer su privilegio sobre el precio de la cosa.

Artículo 3235.- Cuando muchas cosas han sido dadas en prenda, no se puede retirar una sin pagar el total de la obligación.

Código uruguayo

Artículo 2317.- La prenda es indivisible, aunque la deuda se divida entre los herederos del deudor o del acreedor. En consecuencia, el heredero del deudor que ha pagado su parte de la deuda, no puede reclamar la restitución de la prenda, mientras la deuda no

mientras no se cumpla íntegramente, aun cuando dicha obligación o el bien prendado sea divisibles. Cuando se han dado en prenda varios bienes no se puede desafectar ninguno sin pagar el total de la obligación, salvo pacto distinto”.

Los artículos 1172 y 1173 del CC., establecen, respectivamente: “Prestación divisible. Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores solo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda” y “Presunción de

esté completamente pagada; y recíprocamente, el heredero del acreedor que ha recibido parte de la deuda, no puede entregar la prenda en todo o en parte, con perjuicio de los herederos que no han sido pagados.

Código chileno

Artículo 2396.- El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia.

Artículo 2405.- La prenda es indivisible. En consecuencia, el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aun en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados.

Código español

Artículo 1860.- La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda n o haya sido satisfecha por completo. Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos. Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito. El deudor, en este caso, tendrá derecho a que se extingan la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.

“Ser indivisibles en el sentido de que con el íntegro derecho de garantía de que se trate, recayendo sobre la cosa entera, se asegura toda la obligación garantizada, hasta su cumplimiento completo. De forma que: 1º Por el hecho de haber pagado parte de la deuda, no cabe pedir la cancelación parcial de aquel (...), como si se pretendiese al pagar media deuda obtener que en adelante el derecho recaiga solo sobre la mitad alícuota de la cosa gravada. 2º Por el hecho de dividirse la cosa gravada, no cabe pedir que se fraccione el total derecho de garantía, estableciendo uno parcial (que garantice cierta fracción de la obligación total) sobre cada una de esas partes en que se dividió, sino que sobre cada una de esas partes subsiste unitariamente el derecho de garantía, que es ejercitable íntegramente sobre cada una de ellas, o sobre todas a la vez”. (ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Derecho de Bienes. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*. Tomo III, Volumen segundo, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 237).

división alícuota. En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintas e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso”.

Cuando la ley dice que el constituyente “podrá pactar pagos con el acreedor garantizado para disminuir la garantía y usar los bienes, materia de la garantía mobiliaria, para constituir nuevas garantías” está haciendo expresa referencia a una voluntad compartida, a que exista acuerdo de voluntades. No podemos aludir a un derecho irrestricto proveniente de la ley en favor del deudor-constituyente ni de una obligación inexcusable por parte del acreedor garantizado. Adviértase el modo de redacción “el constituyente podrá pactar pagos con el acreedor garantizado (...)”. No se precisará, pues, pactar nada en contrario. Bastará simplemente que no exista dicho pacto, con lo cual deberá interpretarse que la prenda es indivisible y garantiza la obligación mientras esta no se cumpla íntegramente, aun –por supuesto, cuando el bien prendado sea divisible–.

Es verdad, de una parte, que todo derecho real de garantía se caracteriza por la indivisibilidad del bien sobre el que se constituye el derecho, que no permite la división del mismo para efectos de una restitución parcial, hasta que no se cumpla íntegramente la obligación garantizada. Sin embargo, de otra, también es cierto que la doctrina casi uniforme, representada por Cámara, Papaño, Kiper, Dillon y Causse, comparte la tesis de que no se trata de una característica absolutamente esencial, ya que generalmente se permite el pacto en contrario, siempre que no afecte el interés del acreedor. Del mismo modo, Pérez Vivez nos ilustra de que en ocasiones, el mismo juez puede declarar la divisibilidad del bien objeto de la garantía cuando verifica un supuesto de abuso del derecho por parte del acreedor, según nos lo refiere Carlos Flores Alfaro⁽⁵³⁾.

Este principio –el de la indivisibilidad de la prenda, con la posibilidad del pacto en contrario⁽⁵⁴⁾, deviene de una regla eficiente porque

(53) *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 771.

(54) **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (México)**

Artículo 349.- Cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales, la garantía se reducirá desde luego y de manera proporcional con respecto de los pagos realizados,

cumple con la finalidad de favorecer el tráfico comercial de los bienes, protegiendo el crédito y permitiendo a las partes modularlo de acuerdo con sus intereses. Héctor Cámara, sobre el tema, nos dice: “(...) este dogma, establecido en beneficio de los intereses del acreedor –quien contará con mayor seguridad, como del deudor –quien logrará un crédito con mayor facilidad, no es de la esencia de la institución sino de la naturaleza, por lo cual es renunciable al no ofender el orden público”. Quede claro que el pago íntegro de la obligación no es el único supuesto fáctico del fin de la indivisibilidad de la prenda y su restitución al propietario ya que además de las otras modalidades de extinción de las obligaciones, como la novación, compensación, condonación, consolidación o transacción, también se debe restituir el bien prendado cuando se declara la nulidad o ineficacia de la obligación principal y por supuesto, en el caso de renuncia unilateral del acreedor prevista en el artículo 1299 del Código Civil.

7. Garantía mobiliaria sobre títulos valores representativos del dominio de bienes muebles

Artículo 9.- Cuando se afecte en garantía mobiliaria, conforme a las disposiciones de la presente ley, un título valor representativo del dominio de bienes muebles, no se podrá constituir la garantía mobiliaria directamente sobre los bienes muebles que dicho título valor representa.

En esta Ley N° 28677 se toca el tema de los títulos valores desde distintos enfoques, en los artículos 2.23, 9, 18, 29, 30, 54 y 2ª DD.TT; por lo mismo, nos remitimos a sus respectivos comentarios en lo que les fuere atinente. Conste que títulos valores que representan el dominio de bienes muebles solamente tenemos (i) al certificado de depósito y al warrant, al (ii) conocimiento de embarque y (iii) a la carta de porte, que regulan los artículos 224, 246 y 251 de la Ley N° 27287. La factura conformada merece comentario especial.

La factura conformada fue regulada originalmente, en el artículo 163 de la Ley N° 27287 como un título valor que se originaba en la compra venta de mercaderías, así como en otras modalidades contractuales

si esta recae sobre varios objetos o estos son cómodamente divisibles en razón de su naturaleza jurídica, sin reducir su valor, y siempre que los derechos del acreedor queden debidamente garantizados.

de transferencia de bienes susceptibles de ser afectados en prenda, en el que se acordaba el pago diferido del precio. El objeto de la compraventa debía ser mercaderías o bienes objeto de comercio, distintos a dinero, y no sujetos a registro. Los bienes y mercaderías podían ser fungibles o no, identificables o no, y no debían estar sujetos a carga o gravamen alguno, salvo al que el título iría a representar. Desde su “conformidad” representaba, además del crédito consistente en el saldo del precio señalado en el mismo título, el derecho real de prenda en el que quedaba constituida toda la mercadería y bienes descritos en el mismo documento, a favor del tenedor.

En este contexto, sí cabía hablar de este título valor como uno susceptible de prestarse a ser “mueble objeto de garantía mobiliaria”. Pero los artículos 163, 167 y 169, entre otros, de la Ley N° 27287 fueron modificados por la Ley N° 28203, habiéndose dispuesto ahora varios cambios, tales como:

1. Que no solo será para compraventa de mercaderías, también podrá utilizarse en la prestación de servicios.
2. Se han retirado las siguientes expresiones: “que se trate de bienes susceptibles de ser afectados en prenda”; “que no deben estar sujetos a carga o gravamen alguno salvo el que el título representa”; “que no estén sujetos a registro”; y que “solo desde que cuente con la conformidad el título puede ser objeto de transmisión y que desde entonces, además, representa el derecho real de prenda que queda constituida sobre toda la mercadería y bienes descritos en el mismo documento, a favor del tenedor”.
3. Se agrega que se trata de “un título valor a la orden transmisible por endoso”.
4. Se agrega que “para su emisión se podrá utilizar una copia adicional la misma que podrá servir como factura o boleta de venta”.
5. Finalmente, (i) Quede constancia que surge solo de una transacción mercantil de mercaderías o servicios; ergo, en las transacciones crediticias entre personas no comerciantes o no

empresarios, no es posible emitir este título valor. (ii) Puede tratarse simplemente de bienes fungibles o no, identificables o no. (iii) Igual que en una letra de cambio, no es absolutamente indispensable la aceptación porque en todo caso, el tomador, previo protesto por la falta de aceptación del girado, puede demandar contra el responsable por la aceptación y el pago, que lo es el girador⁽⁵⁵⁾; aquí también, mientras no se de la “conformidad”, el responsable por el pago –si la factura conformada se endosa, es el emitente; y, (iv) Puede emitirse por un plazo mayor a un año.

Con relación al certificado de depósito y *warrant* encontramos por ahora el obstáculo de la equivocada Segunda Disposición Transitoria de esta Ley en tanto expresa que “en el supuesto que llegara a existir un conflicto de prendas, una constituida al amparo de la presente Ley y otra derivada de la emisión y endoso de *Warrants* y Certificados de Depósito, primará esta última, por encontrarse las cosas materia de la garantía en posesión de un Almacén General de Depósito”.

En efecto, conforme ya ha sido expuesto en varios eventos académicos, esto puede dar lugar a que inmorales agentes económicos, aprovechándose del defecto de la Ley, warrante en mercaderías o bienes que ya han sido afectados, mediante el correspondiente acto constitutivo y adecuado registro, como garantía mobiliaria en favor de terceros de buena fe, que ven en esta última operación, correctamente asegurado su crédito, y después se encuentran que al ejecutar la garantía mobiliaria ante el incumplimiento de la obligación, tales bienes o mercancías han sido depositadas en un almacén general, quien ha expedido warrant y cuyo titular –el mismo que ofreció antes los mismos bienes en garantía mobiliaria con arreglo a la Ley N° 28677, lo endosó a una entidad del Sistema Financiero Nacional, la que con la seguridad que le ofrece la Ley de Títulos Valores en sus artículos 224 a 239 y más aún, la precitada Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28677, concedió un crédito dinerario que ha usado sin escrúpulos el susodicho agente económico.

(55) Artículo 123 de la Ley N° 26287. “El girador responde por la aceptación y pago. Cualquier cláusula liberatoria de tales responsabilidades se considera no puesta”.

En otras palabras, un mismo lote de mercaderías ha sido utilizado por el sujeto de marras –primero– como garantía mobiliaria para obtener un préstamo de “X” entidad financiera y luego, ya logrado este financiamiento, warrantea el mismo lote de bienes, y para evitar incluso levantar mayores sospechas, lo hace vía *field warehouse*, es decir, almacén de campo⁽⁵⁶⁾, sin desplazarlas e ingresarlas al propio local del Almacén, sino conservándolas en la fábrica, negocio, establecimiento o tienda. Aunque ajustado “a la letra” de la Ley, el almacén general de depósito aparece mejor protegido, nos preguntamos cómo podremos esquivar, rehuir o soslayar el artículo 2012 del Código Civil concordante con el artículo 38 de la Ley N° 28677 y el propio artículo 228.1 de la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287, cuyos textos expresan:

- **Artículo 2012 del Código Civil**

“Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

- **Artículo 38 de la Ley N° 28677**

“La inscripción en el Registro correspondiente se presume conocida, sin admitirse prueba en contrario”.

- **Artículo 228 de la Ley N° 27287**

228.1 “Bajo responsabilidad del almacén general de depósito, con la única excepción señalada en el inciso k) del artículo 224⁽⁵⁷⁾, no podrá emitirse Certificado de Depósito ni *Warrant* por mercaderías sujetas a gravámenes o medidas cautelares que le hubieren sido notificadas previamente”.

(56) El almacén de campo está regulado en el artículo 225.1 de la Ley N° 27287.

(57) **Artículo 224.1.-** Empresas autorizadas a emitir y contenido. “Las sociedades anónimas constituidas como almacén general de depósito están facultadas a emitir el Certificado de Depósito y el Warrant a la orden del depositante, contra el recibo de mercaderías y productos en depósito, expresando en uno y otro documento: (...) k) La indicación de estar o no las mercaderías afectas a derechos de aduana, tributos u otras cargas a favor del Fisco; en cuyo caso se agregará en el título la cláusula “Aduanero” inmediatamente después de su denominación y en tal caso le será de aplicación además la legislación de la materia; y (...)”.

228.2 “Bajo responsabilidad del depositante, no podrá solicitar la emisión de Certificado ni de *Warrant* por mercaderías que están sujetos a registro público especial y/o gravamen con entrega jurídica”.

Si se presume sin admitirse prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, ¿debe interpretarse esta expresión como que el almacén general de depósito ha sido “notificada previamente” tal como lo dispone el artículo 228.1 *in fine* de la Ley N° 27287. En nuestra opinión, sí.

El artículo 228.2 no afecta al almacén general de depósito porque se trata de una responsabilidad –civil y penal–, a cargo del depositante, es decir, del sujeto de marras, en el ejemplo descrito líneas arriba y no del almacén.

En nuestra opinión y para resolver este conflicto de leyes, bastará que se deje sin efecto la equivocada segunda disposición transitoria de la Ley de la Garantía Mobiliaria, y punto. Teniendo en cuenta el artículo 2012 del Código Civil, los abogados del almacén general de depósito recomendarán a su cliente que solicite a los depositantes –para la emisión de certificados de depósito y *warrant*–, el correspondiente certificado negativo de registro a que hace referencia el artículo 70 inciso b) del Reglamento de Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos. Así, el almacén asume su responsabilidad y todo quede corregido. Sin embargo, para un mejor hacer y aclarar definitivamente el tema, este asunto también se podría corregir con la promulgación de una pequeña Ley de dos artículos: el primero, que deje sin efecto lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 28677; y el segundo, que sustituya el texto del artículo 228.2 de la Ley N° 27287, por el siguiente:

228.2 “Bajo responsabilidad del depositante y del almacén general de depósito, no se podrá solicitar y tampoco emitir Certificado de Depósito ni *Warrant* por mercaderías que estén sujetos al registro público que regula la Ley de la Garantía Mobiliaria”.

Finalmente, en lo que concierne al conocimiento de embarque y a la carta de porte, como sabemos, estos son títulos valores que representan

mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo, lacustre o fluvial; o terrestre o aéreo, respectivamente. Aprovechamos para recordar las tres particularidades que tienen estos títulos valores: (i) la omisión de uno o varios de los requisitos dispuestos en la ley, no afecta su validez jurídica⁽⁵⁸⁾; (ii) el endosante solo responde por la existencia de las mercancías al momento de verificarse la transmisión, sin asumir responsabilidad solidaria⁽⁵⁹⁾; y (iii) No requiere de protesto, sin que, obvio, precise cláusula liberatoria de este acto⁽⁶⁰⁾.

El artículo 9 dispone que cuando se afecte en garantía mobiliaria un conocimiento de embarque o una carta de porte, no será posible constituir la garantía mobiliaria directamente sobre los bienes muebles que dicho título valor representa. Aunque siendo obvio el mandamiento legal, la contundencia de su afirmación nos releva de mayores comentarios. Habrá que anotar las características del correspondiente título valor y describir las mercancías que representa de modo tal que estas últimas no puedan, individual o grupalmente, ser también inscritas y en forma independiente, como garantía mobiliaria.

8. Derechos de posesión, retención y venta

Artículo 10.- El incumplimiento de la obligación garantizada, otorga al acreedor garantizado el derecho a adquirir la posesión y, en su caso, retener el bien mueble afectado en garantía mobiliaria. El acreedor garantizado tendrá el derecho de vender dicho bien mueble para el pago de la obligación garantizada, conforme a la presente Ley.

Como la prenda –ahora garantía mobiliaria–, es un contrato accesorio⁽⁶¹⁾ y está sujeto, con arreglo a ley, a lo que ocurra con el principal,

(58) Contraviene la norma básica contenida en el artículo 1.2 de la Ley N° 27287, es decir, el cumplimiento riguroso de los requisitos formales esenciales que debe contener cada título valor.

(59) Contraviene el principio de la solidaridad cambiaria prevista en el artículo 11 aunque esta misma norma alude a la inserción de cláusula o disposición legal en contrario.

(60) Para ejercitar las acciones cambiarias se precisa del protesto, tal como lo dispone el artículo 91.1 a) salvo la inserción de la cláusula liberatoria a que se refiere el artículo 52, aunque el mismo 91.1 dice: Salvo disposición distinta de la presente Ley (...).

(61) **Código colombiano**

Artículo 2410.- Naturaleza accesoria de la prenda. El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede.

Código uruguayo

Artículo 2293.- El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede.

que es la obligación, debemos admitir que su ineficacia, invalidez, nulidad o extinción⁽⁶²⁾, cumplimiento o incumplimiento, la afectan de modo sensible.

Este artículo establece que “el incumplimiento de la obligación garantizada” concede al acreedor garantizado⁽⁶³⁾ los siguientes derechos:

- a) Adquirir la posesión del bien mueble afectado en garantía mobiliaria;
- b) Retener⁽⁶⁴⁾ el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, naturalmente si ya tiene la posesión del bien; y
- c) Vender el bien mueble afectado en garantía mobiliaria para el pago de la obligación garantizada, con arreglo a la presente Ley.

Quisiéramos referirnos a continuación a la naturaleza accesoria del derecho de prenda según opinión de la doctrina⁽⁶⁵⁾. En efecto, el pertenecer la prenda al derecho relativo al crédito y su especial naturaleza como medio de garantía hacen que no pueda surgir por sí solo ningún derecho propiamente de la prenda, sino que siempre ha de adherirse a un crédito

Código chileno

Artículo 2385.- El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede.

- (62) Sobre la ineficacia, invalidez y nulidad del acto jurídico ver los artículos 140 (validez), 163, 214 y 221 (anulabilidad), 171 (invalidez), 172, 193 219 y 220 (nulidad), 195, 197 y 200 (ineficacia); y respecto a la extinción de las obligaciones ver los artículos 1277 (novación), 1288 (compensación), 1295 (condonación), 1300 (consolidación) y 1302 (transacción).
- (63) “Incumplida la obligación garantizada, el acreedor puede instar o promover la enajenación de la cosa sobre que recae su derecho de garantía, para, sobre el precio, cobrarse aquella (...)” (ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Derecho de Bienes. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*. Tomo III, Volumen segundo, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 244).
- (64) El derogado artículo 1866 del Código Civil español disponía que: “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 crédito. Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado le primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda”.
- (65) HEDEMAN, J. W. *Derechos Reales*. Vol. II, Alemania. Traducción: DIEZ PASTOR, José y GONZÁLEZ ENRIQUEZ, Manuel. Ed: Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

(accedere), que tanto puede ser ya existente como nacer en el mismo instante que aquella. Por consiguiente, la existencia del crédito es esencial al concepto de prenda. Con relación al alcance de la accesoriedad de la prenda respecto del crédito asegurado, la doctrina suele distinguir tres grados diferentes de accesoriedad de los medios de garantía reales respecto del proceso obligacional al que sirven:

- Rigurosamente accesorio (prenda).
- Simplemente accesorio (hipoteca).
- Abstracto.

El carácter rigurosamente accesorio de la prenda se muestra paso a paso en todos los momentos del desarrollo de este derecho:

- En primer lugar, en su nacimiento: No se puede en absoluto establecer un derecho de prenda sin el nacimiento, al menos, de un crédito válido.
- Luego, en su curso ulterior: El alcance de la responsabilidad a que la prenda está afecta se mide por el importe eventual del crédito. Si la deuda aumenta (por ejemplo, por acumulación de intereses), aumenta la responsabilidad real; si aquella disminuye (por ejemplo, mediante pagos parciales), esta se reduce.
- Después, en la transmisión a un nuevo acreedor: El derecho de prenda va automáticamente tras el crédito.
- Finalmente, en la extinción: si el crédito se extingue, desaparece necesariamente el derecho de prenda.

Según el recordado maestro Arias Schreiber⁽⁶⁶⁾, la accesoriedad constituye característica esencial del derecho real de prenda. Afirma: “La prenda es siempre accesorio de una obligación principal ya que su objeto es garantizar su cumplimiento. Esta característica es sumamente importante porque en virtud de la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la prenda se extinguirá con la extinción de

(66) ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VI. Derechos Reales de Garantía, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 31.

la obligación que garantiza, lo que ocurre normalmente cuando se paga (inciso 1 del artículo 1090 del Código Civil)”.

Con arreglo al artículo 12 el acreedor garantizado tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada y lo podrá hacer en una de las cuatro formas de ejecución previstas en esta Ley: (i) La extrajudicial en un proceso convencional, la que se autoriza tanto en el primer párrafo del artículo 47 cuando dice, “(...) **en la forma establecida (...) en el acto constitutivo**” como en su concordante y complementario que se encuentra en el penúltimo párrafo del mismo artículo 47, cuando refiere, “las partes podrán pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, pero (...)”; (ii) Una nueva extrajudicial, cuando en el primer párrafo del artículo 47 dice, “(...) en la forma establecida en los párrafos siguientes (...) mediante la designación de un representante del constituyente a quien se le otorga poder específico e irrevocable para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, ejecución que se halla previsto en los siete incisos de dicho artículo 47; (iii) La judicial de siempre según el artículo 720 y ss. del CPC que se prevé como fórmula excepcional, si mediare pacto, según lo dispone también el primer párrafo del artículo 47 o si se diere –de facto– la situación prevista en el inciso 6, del mismo artículo; y (iv) La del pacto comisorio, es decir, posibilitando –de conformidad con el artículo 53– la apropiación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria por parte del acreedor garantizado, siempre que se hubiere acordado el valor de dicho bien mueble de común acuerdo, y además, otorgado el poder a que se refiere el artículo 53.6.

Excepcionalmente, dice el artículo 12, el acreedor garantizado puede ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación garantizada, si cuenta con fundamentos razonables y objetivos de que el bien mueble no se encuentra debidamente conservado o descubre otras circunstancias que dificultarán o harán imposible la ejecución de la garantía mobiliaria. La Ley dice que el acreedor “descubre” otras circunstancias que dificultarán o harán imposible la ejecución, por lo que debemos entender que se trata, realmente, de situaciones, acontecimientos o escenarios distintos a los que tenía la garantía mobiliaria o se encontraba el bien mueble, cuando se celebró el acto constitutivo.

Colegimos que el legislador no desea que se busquen pretextos donde no existen razones, para la ejecución antelada de la obligación.

Quede claro que si el acreedor tiene la posesión del bien mueble, tiene por lo mismo la calidad de depositario, según lo prevé el tercer párrafo del artículo 12 como su concordante, el artículo 50 de la presente ley.

Si el acreedor garantizado no tiene la posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, aquel deberá hacerlo siguiendo las estipulaciones del pacto celebrado al efecto, con anterioridad. Así lo prevé el primer párrafo del artículo 51 el cual indica que, a falta de pacto, el acreedor garantizado o el adquirente de la propiedad del bien mueble, pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose –naturalmente–, de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere de certificación notarial del acto. También existe la hipótesis de la petición judicial, su trámite, y la incautación del bien mueble por la autoridad policial. Todo ello se encuentra detalladamente regulado en los artículos 51 y 52 de la presente ley, a cuyos comentarios nos remitimos.

9. Derechos y deberes del constituyente y del eventual adquirente o depositario

Artículo 11.- El constituyente o, en su caso, el eventual adquirente del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, tendrá, salvo pacto distinto, los siguientes derechos y deberes:

1. El derecho de usar, disfrutar y disponer del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, incluidos sus frutos y productos. Deberá abstenerse de todo acto que importe abuso del bien mueble;
2. La obligación de entregar la posesión del bien mueble dado en garantía mobiliaria al representante designado para su venta o, en su defecto, al acreedor garantizado cuando este notifique al constituyente su decisión de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria;
3. La obligación de conservar el bien mueble afecto en garantía mobiliaria y, consecuentemente, evitar su pérdida o deterioro. Si el constituyente o, en su caso, el eventual adquirente, dañara o pusiera en peligro el bien mueble dado en garantía mobiliaria, el acreedor garantizado tendrá derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona o proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria conforme al Título III de la presente Ley, sin

perjuicio del derecho a solicitar la entrega de un bien mueble de igual o mayor valor al que reemplaza; el deterioro o daño del bien mueble se verificará comparando el estado de conservación encontrado, con el declarado en el inciso 5 del artículo 19 de la presente Ley o mediante peritaje acordado entre las partes;

4. La obligación de permitir que el acreedor garantizado inspeccione en cualquier momento el bien mueble afectado en garantía mobiliaria para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación. Dicha inspección no debe perturbar la posesión pacífica y regular del constituyente o, en su caso, del eventual adquirente; y,
5. La obligación de informar, por conducto notarial, al acreedor garantizado sobre la ubicación, traslado, venta, transformación o transferencia del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, que no está incorporado en un Registro Jurídico.

Es aplicable al eventual depositario lo establecido en los incisos 2, 3, 4 y 5 de este artículo.

La norma empieza afirmando que el constituyente de la garantía mobiliaria y el adquirente del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, tendrá, **salvo pacto distinto**, los siguientes derechos y deberes. Lo primero que advertimos es que hay espacio para la autonomía privada o autonomía de la voluntad⁽⁶⁷⁾ y en cada ocasión podremos especular qué será lo más probable que hagan unos y otros. Veamos.

Salvo que se pacte cosa distinta, el constituyente y el adquirente del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, tendrán el derecho de usar, disfrutar y disponer del bien mueble. Como sabemos, la propiedad, dice el artículo 923 del Código Civil, “es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. De modo tal

(67) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, Madrid, 1982, p. 387. “Autonomía significa tanto como autorregulación o autorreglamentación. El poder de dictarse uno, a sí mismo, la ley o el precepto. El poder de gobernarse, uno, a sí mismo. Este concepto genérico adquiere una significación específica cuando se refiere a la persona y se llama autonomía privada. La autonomía privada es una consecuencia del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses. Es un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas propias desplegada por el mismo titular de ellas. Podría definirse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”.

que no hay novedad en la materia. Ahora bien, de acuerdo al artículo 3.1 la garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble y en caso de desposesión, puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario. Pero es más, conste que el tercer párrafo del artículo 12 establece que el acreedor garantizado, en caso de que tuviese la posesión del bien mueble, tiene la calidad de depositario y debe cuidarlo y mantenerlo en buen estado, de modo tal que estamos tratando de lo mismo: acreedor garantizado depositario y/o tercero depositario. **Hipótesis una**, prenda con desposesión⁽⁶⁸⁾, obvio, el constituyente no podrá usar el bien, pero sí disfrutar⁽⁶⁹⁾ y disponer de él, salvo pacto en contrario⁽⁷⁰⁾. Y si a pesar de la prohibición lo hace, es decir, dispone del bien mueble, dicho constituyente estará expuesto a indemnización de daños y perjuicios y/o penalidades previamente pactadas⁽⁷¹⁾. El derecho de usar y disfrutar incluye –por mandato de la Ley, no solo al bien mueble afectado en garantía mobiliaria, sino también a sus frutos y productos. Como recordamos, son frutos, según lo dispone el artículo 890 del Código Civil, los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia. La ley alude incluso, a tres clases de frutos. En efecto, el artículo 891 prescribe que los frutos son (i) naturales, (ii) industriales y (iii) civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana, ejemplo, la manzana, fruta producida por el manzano. Son frutos industriales los que produce el bien, con la intervención humana, ejemplo, la manzana chilena, en cuya producción interviene la tecnología humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica, ejemplo, la renta que produce el arrendamiento de un

(68) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil III, Derecho de bienes*. Vol. 2, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1994, p. 251. “El de prenda con desplazamiento de la posesión o prenda posesoria es aquel derecho real que tiene el acreedor de una obligación principal, sobre una cosa mueble ajena, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella, está facultado para poseer esta y para, si es incumplida, promover su enajenación y que le sea hecho pago con el precio”.

(69) Ver cuarto párrafo del artículo 12 de esta Ley, que dice: “(...) Si el acreedor garantizado tiene la posesión del bien dado en garantía mobiliaria y este produce frutos o intereses, el acreedor garantizado los percibirá por cuenta del deudor, y los imputará a los intereses de la deuda garantizada y el exceso que hubiere al capital; salvo pacto en contrario”.

(70) Artículo 882 del Código Civil: Libre circulación de bienes. “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

(71) Ver artículos 3.2 y 3.3 de la Ley.

vehículo, los intereses que produce el dinero entregado en mutuo⁽⁷²⁾, etc. Es más, el artículo 892 ordena que: “Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho, respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan”. A su turno, el artículo 894 estatuye que “Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien”. En efecto, los bienes no solamente pueden producir frutos, sino también productos. A diferencia de los frutos, los productos son provechos no renovables, y por lo tanto, disminuyen la sustancia del bien. Como bien señala Max Arias-Schreiber “(...) los frutos (...) se desprenden del bien principal sin que con ello se altere su sustancia, en tanto que los productos alteran o disminuyen esta sustancia, desde el momento en que se extraen (y también en nuestra opinión, desde que se separan o recogen) del bien principal⁽⁷³⁾”. Constituyen ejemplos de productos, el petróleo y los minerales. Finalmente, conste que el Código Civil de 1984 no había regulado la prenda de bienes que generen productos, solo frutos, en el artículo 1077; ahora, este artículo 11 inciso primero, alude expresamente, no solo a los frutos sino también a los productos. **Hipótesis dos**, prenda sin desposesión⁽⁷⁴⁾, en este caso el constituyente sí tiene el derecho para usar, disfrutar y disponer del bien, salvo que hubiere pacto distinto, el cual debe respetarse, toda vez que con arreglo al inciso 3 de este artículo 11 y segundo párrafo del artículo 12, si el constituyente o eventual adquirente dañara o pusiera en peligro el bien mueble dado en garantía mobiliaria o el acreedor garantizado contare con fundamentos razonables y objetivos de que el bien mueble no se encuentra debidamente

(72) Ejemplos tomados del artículo del profesor TARAZONA ALVARADO, Fernando. Ob. cit.

(73) Citado por TARAZONA ALVARADO, Fernando y ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*. Tomo VI. Derechos Reales de Garantía. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, p. 91.

(74) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil III, Derecho de bienes*. Vol. 2, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1994, p. 269. “En abstracto, se podría creer que la única diferencia entre prenda con desplazamiento de la posesión, y la sin él, habría de ser que en aquella el acreedor tiene el derecho a poseer la cosa dada en garantía, y en esta, no; quedando todo lo demás igual para una y para otra. Así que aquella sería un derecho real de garantía que englobase el *ius distrahendi* (traer por la fuerza) y el *ius retentionis*; y esta encerraría solo el primero. Lo que constituiría una diferencia importante, porque el aseguramiento práctico del acreedor está mucho más logrado si tiene en su poder la cosa pignorada, que si no”.

conservado, tendrá derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona o proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria con arreglo al artículo 47 de la Ley, respectivamente.

El cuarto párrafo del artículo 12 de la Ley establece que: “Si el acreedor garantizado tiene la posesión del bien dado en garantía mobiliaria y este produce frutos o intereses, el acreedor garantizado los percibirá por cuenta del deudor, y los imputará a los intereses de la deuda garantizada y el exceso que hubiere al capital; salvo pacto en contrario”. Nos remitimos al comentario que hemos hecho en el punto anterior y además al que haremos sobre dicho párrafo en el artículo siguiente.

Termina este inciso primero del artículo 11 bajo comentario, estableciendo que el constituyente o el adquirente del bien mueble afecto en garantía mobiliaria deberá abstenerse de todo acto que importe abuso⁽⁷⁵⁾ del bien mueble. Como bien lo explica Fernando Tarazona Alvarado⁽⁷⁶⁾ el derecho real de prenda no otorga facultades propias del propietario, como el uso, disfrute o disposición, en razón de que no importa un desprendimiento de alguna de las facultades de la propiedad. En este sentido, la propiedad se mantiene íntegra. Como señala Avendaño⁽⁷⁷⁾ refiriéndose a la prenda, “en verdad, no son desmembraciones del dominio. El derecho de propiedad, cuando la cosa está gravada con un derecho real de garantía, se mantiene prácticamente incólume; y el acreedor, salvo casos, no tiene facultades de uso o disfrute de la cosa. Son derechos limitados o limitativos que no constituyen desmembraciones de la propiedad”. Si bien es cierto que la tradición del bien dado en prenda implica que el propietario del mismo se despoje del uso del bien, ello no determina que el acreedor adquiera dicho uso, salvo que el propietario preste su consentimiento. Sobre el tema, Luis Díez-Picazo señala: “A nuestro juicio con el nombre de tradición se conoce en el Derecho moderno todo traspaso posesorio que se realiza con la voluntad del anterior poseedor o, si se prefiere, todo medio de adquisición derivativa de la posesión.

(75) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: Abusar, significa usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien.

(76) TARAZONA ALVARADO, Fernando. “Prohibición de usar el bien prendado”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 868.

(77) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derechos Reales. Materiales de Enseñanza*. 2ª edición, Fondo Editorial de la PUCP, 1989, p. 279.

La tradición comporta, por consiguiente, una investidura de la condición de poseedor en el adquirente, que se puede realizar en forma real y efectiva, o mediante el cumplimiento de determinadas formalidades legales. Hay, por consiguiente, una tradición real y una serie de medios más o menos espiritualizados, que tienden a facilitar la investidura en el adquirente de la condición de poseedor y que se conocen, por ello, con el nombre de tradición simbólica o tradición ficticia⁽⁷⁸⁾.

Los incisos que comentamos a continuación –del 2 al 5– no solo se aplican al constituyente y al adquirente del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, sino también al depositario, según lo dispone la parte final –las dos últimas líneas de este artículo 11. Se trata, resumidamente, de las obligaciones de (i) entregar la posesión, (ii) conservar el bien mueble, (iii) permitir la inspección al acreedor garantizado, y (iv) informar sobre la ubicación, transformación y venta del bien mueble.

Con relación al inciso 2, existe la obligación del constituyente, del eventual adquirente o del depositario, de entregar la posesión del bien mueble dado en garantía mobiliaria al “representante” designado para su venta o en su defecto, al acreedor garantizado, tan pronto como este notifique al constituyente vía carta notarial⁽⁷⁹⁾ de su decisión de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria después de transcurridos tres días hábiles de recibida dicha misiva, visto el incumplimiento de la obligación garantizada. Esto es para el caso de ejecución regular u ordinaria prevista en el artículo 47, 47.1 y 47.3 de la Ley. Pero también la misma hipótesis se da, guardando naturales diferencias, para el caso en que el acreedor garantizado hubiese acordado con el constituyente la posibilidad de adjudicación en propiedad del bien mueble afecto en garantía (pacto comisorio) con arreglo al artículo 53.1, 53.2 y 53.6 de la Ley, obviamente –repetimos– en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Aquí, por ejemplo, no hay preaviso de tres días hábiles. No debemos olvidar que con arreglo al artículo 10 de la Ley, el incumplimiento de la obligación garantizada otorga al acreedor garantizado el derecho a adquirir la posesión y, en su caso, retener el bien mueble afectado en garantía mobiliaria y venderlo para el pago de

(78) Citado por AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Ob. cit., p. 179.

(79) Ver artículo 47.3 de la Ley.

la obligación, conforme a esta Ley. El artículo 50 establece que: “En la garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley, el poseedor del bien mueble afectado en garantía es responsable civil y penalmente, con la calidad de depositario, de la custodia y entrega inmediata del bien mueble a quien corresponda”. La forma de tomar posesión y la incautación del bien son reguladas por los artículos 51 y 52 de la Ley.

Respecto a este inciso 3, nos permitimos reiterar el concepto glosado antes con relación a la hipótesis de que el bien mueble afecto en garantía mobiliaria permanezca en posesión del constituyente. En efecto, en esta situación la ley prevé que el constituyente, el eventual adquirente o el depositario deben cuidar y tienen la obligación de conservar el bien mueble. Así es, en principio, en este caso, el constituyente sí tiene el derecho para usar, disfrutar y aun disponer del bien, salvo que hubiere pacto distinto, el cual debe respetarse, toda vez que con arreglo al inciso 3 bajo comentario concordante con el segundo párrafo del artículo 12, si el constituyente, eventual adquirente o depositario dañaran o pusieran en peligro el bien mueble dado en garantía mobiliaria o el acreedor garantizado contare con fundamentos razonables y objetivos de que el bien mueble no se encuentra debidamente conservado, este tendrá derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona o proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria con arreglo al artículo 47 de la Ley, respectivamente. Pero hay dos cosas más: una, que el acreedor garantizado tiene el derecho, además, de solicitar al constituyente y/o al deudor, la entrega de un bien mueble de igual o mayor valor al que reemplaza; y dos, dejar establecido que de acuerdo a Ley el deterioro o daño del bien mueble se verifica comparando el estado de conservación encontrado con el declarado según el inciso 5 del artículo 19 de esta Ley, o mediante peritaje acordado entre las partes.

De algún modo, constituyen antecedentes de este inciso 3, los artículos 1071 a 1074⁽⁸⁰⁾ del Código Civil, que con suma lucidez nos ilustra el

(80) **Código Civil**

Artículo 1071.- “Si el deudor no entrega el bien ofrecido en prenda o el que debe sustituirlo conforme al artículo 1072, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido”.

Artículo 1072.- “Si resulta no ser del constituyente el bien dado en prenda, el acreedor tiene derecho a que se le entregue otro equivalente. Tiene el mismo derecho cuando ha

profesor Miguel Incháustegui Zevallos en los comentarios vertidos⁽⁸¹⁾. En efecto, nos dice que “(...) cuando, después de contraída la obligación principal y celebrado inclusive el contrato de prenda, el deudor no cumple con entregar la cosa (...) en dicho supuesto no surge el derecho real de prenda y el segundo efecto es de tipo obligacional, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal, aunque el plazo no esté vencido”. Respecto al artículo 1073 nos dice que “(...) debe tratarse como una excepción, en razón de que por regla general en el contrato de prenda, una vez celebrado y efectuada la entrega del bien dado en garantía, este debe permanecer en su posesión inalterablemente”. Considera, al igual que el maestro Max Arias-Schreiber que el acuerdo al que puedan arribar el constituyente y el acreedor prendario (...) sería suficiente para la validez del nuevo documento a ser suscrito por dichas partes”. Por último, “considera conveniente evaluar la posibilidad de incluir dentro de los derechos que tenga el acreedor prendario, la facultad de poder inspeccionar el bien dado en garantía cuando se trate de bienes muebles inscritos”, es decir, los casos de prenda sin desplazamiento o eufemísticamente llamados “prenda jurídica”.

Pues bien, acertó el doctor Incháustegui Zevallos, pues justamente el inciso 4, que a continuación se aborda, hace expresa cita a que el legislador ha estimado pertinente incluir la obligación a cargo del constituyente, del eventual adquirente o del depositario, de permitir que el acreedor garantizado inspeccione el bien mueble afectado en garantía mobiliaria. En efecto, se concede al acreedor garantizado el derecho de inspeccionar en cualquier momento el bien mueble afectado en garantía mobiliaria para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación.

sido engañado sobre la prenda o cuando esta es insuficiente por culpa del deudor o por vicio del bien”.

Artículo 1073.- “Puede sustituirse una prenda por otra, comprobando judicialmente la necesidad y la equivalencia de la garantía. El ejercicio de este derecho corresponde a cualquiera de las partes y se tramita de acuerdo a las reglas del juicio de menor cuantía”.

Artículo 1074.- “Cuando el bien dado en prenda se deteriora hasta temerse que será insuficiente para garantizar la deuda, el acreedor, con aviso previo al constituyente, puede pedir autorización judicial para vender el bien, a menos que el deudor o el constituyente ofrezca otra garantía que el juez considere satisfactoria”.

(81) INCHÁUSTEGUI ZEVALLOS, Miguel. “Comentario a los artículos 1071, 1073 y 1074 del Código Civil”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, pp. 855 a 864.

Solo se le ha impuesto una muy razonable limitación: que dicha inspección no perturbe la posesión pacífica y regular del constituyente o, en su caso, del eventual adquirente.

Finalmente, recuérdese que el constituyente, el eventual adquirente y el depositario, en su caso, tienen además el derecho a la reivindicación del bien mueble afectado en garantía mobiliaria si es que hubiesen perdido la posesión. Su antecedente lo encontramos en el artículo 1070 del Código Civil cuyo texto expresaba: “El acreedor que ha perdido involuntariamente la posesión del bien recibido en prenda, puede ejercer, además de las acciones de defensa de la posesión, la acción reivindicatoria si ella corresponde al constituyente”. El fin de la acción reivindicatoria –en opinión de José Gomís y Luis Muñoz⁽⁸²⁾ “es obtener el reconocimiento del derecho de dominio y con él la restitución de la cosa; de ahí que solo sea el propietario el único que puede ejercitar esa acción contra cualquier poseedor de la cosa o simple detentador de la misma”.

El artículo 9 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (LMIGM) de la OEA, que llama “deudor garante” a quien la Ley peruana denomina “constituyente”, establece que si la garantía mobiliaria es sin desposesión, este y el eventual adquirente, tendrá, salvo pacto en contrario, iguales derechos a los que prevé nuestra Ley N° 28677, con las siguientes diferencias: (i) En vez de decir “la obligación de entregar la posesión del bien mueble dado en garantía (...)”, dice: “La obligación de suspender el ejercicio de dicho derecho (el de usar y disponer de los bienes muebles en garantía) cuando el acreedor garantizado le notifique (...)”; (ii) En vez de expresar “La obligación de conservar (...) y consecuentemente evitar su pérdida o deterioro (...)”, dice: “La obligación de evitar pérdidas y deterioros de los derechos y bienes muebles (...)”; finalmente, (iii) en la de la OEA se dice “la obligación de contratar un seguro adecuado sobre los bienes en garantía contra destrucción, pérdida o daño”, que la del Perú, no incluye.

El artículo 28 del RLGM⁽⁸³⁾ dispone que en el formulario de inscripción se indicarán los datos de identificación del constituyente, del

(82) GOMÍS, José y MUÑOZ, Luis. *Elementos del Derecho Civil Mexicano. Derechos Reales*. Tomo II, México, 1943, p. 170.

(83) Modificado por la R. N° 219-2006-SUNARP/SN del 5 de agosto de 2006.

acreedor garantizado y del deudor; la identificación –en forma específica o genérica– del bien mueble; los datos del bien mueble en un RJB, cuando corresponda; en el caso de bienes no registrados, la firma del constituyente declarando su condición de propietario; el valor del bien mueble; el monto del gravamen; la descripción de la obligación garantizada; datos de identificación del depositario; formalidad que reviste el acto constitutivo y fecha cierta, de ser posible; plazo de vigencia; forma y condiciones de la ejecución o de la adjudicación en propiedad al acreedor; identificación de los representantes a que se refieren los parágrafos 47.1 y 53.6; y certificación notarial. A su turno, el artículo 79 relativo a la inscripción, modificación y extinción de la representación especial para la ejecución de la garantía o venta extrajudicial del bien, ordena que: “La inscripción, la modificación o la extinción de la representación deberá documentarse a través del formulario correspondiente debiendo intervenir las partes en los dos primeros casos. En el supuesto de extinción deberá intervenir como mínimo el acreedor”.

10. Derechos y deberes del acreedor garantizado

Artículo 12.- El acreedor garantizado, salvo pacto distinto, tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada.

Excepcionalmente, el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación garantizada, cuando cuente con fundamentos razonables y objetivos de que el bien mueble dado en garantía mobiliaria no se encuentra debidamente conservado o descubriera otras circunstancias que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución de la garantía mobiliaria.

El acreedor garantizado, en caso de que tuviese la posesión del bien mueble, tendrá la calidad de depositario y deberá cuidarlo y mantenerlo en buen estado. Si el acreedor garantizado dañara o pusiera en peligro el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, el deudor o el constituyente tendrán derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar; el deterioro o daño del bien mueble se verificará comparando el estado de conservación encontrado con el declarado en el inciso 5 del artículo 19 de la presente Ley o mediante peritaje acordado entre las partes.

Si el acreedor garantizado tiene la posesión del bien dado en garantía mobiliaria y este produce frutos o intereses, el acreedor garantizado los percibirá por cuenta del deudor, y los imputará a los intereses de la deuda garantizada y el exceso que hubiere al capital; salvo pacto en contrario.

El acreedor garantizado está obligado a devolver el bien afectado en garantía mobiliaria al constituyente o deudor cuando se cumpla con la obligación principal garantizada. Si se perdiere o destruyere el bien dado en garantía mobiliaria, este será pagado por el acreedor garantizado, quien solo podrá eximirse de esta obligación, probando que no se perdió o destruyó por su culpa. Cuando la pérdida fuere por caso fortuito o fuerza mayor, acaecida después de extinguida la obligación principal garantizada, el acreedor garantizado pagará los bienes afectados en garantía mobiliaria si no tuvo justa causa para demorar su devolución. Tiene igual responsabilidad el acreedor garantizado que, sin haber tenido causa legal, rehúsa el pago de la obligación garantizada ofrecido por el deudor.

Si el acreedor garantizado pierde la posesión del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, puede recuperarla en poder de quien se encuentre, inclusive del deudor.

Esta norma regula los derechos y los deberes u obligaciones que tiene el acreedor garantizado. A no dudarlo, el primer derecho es el de ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada, salvo pacto distinto, dice la Ley. El pacto distinto puede ser que no ejecutará la garantía sino que renovará la obligación y prorrogará el plazo.

También podrá ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación garantizada⁽⁸⁴⁾, excepcionalmente, cuando cuente con fundamentos razonables y objetivos, de que el bien mueble dado en garantía mobiliaria no se encuentra debidamente conservado o descubriera otras circunstancias que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución de la garantía. Esta norma podría ser aprovechada por acreedores temerosos o abusivos que ante circunstancias diversas que no tienen la significación que sospechan o simplemente por prepotencia y para obtener determinadas ventajas, arguyen la situación descrita y ejecutan la garantía mobiliaria antes del vencimiento. Nótese que el artículo 47.7 establece que el acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación garantizada al tiempo de la venta del bien mueble gravado, por tanto, la norma bajo comento constituye efectivamente, una excepción, pero habrá que

(84) ENNECERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de Cosas. Volumen Segundo, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, p. 446. “El acreedor pignoraticio puede hacer que se subaste pública y anticipadamente la cosa pignorada; pero a diferencia del acreedor hipotecario, no tiene derecho alguno a que se le satisfaga con anticipación; y si subasta la cosa, el producto se coloca en el lugar de aquella (subrogación real)”.

reconocerla, con ciertas dificultades para su limitación y control. Tal vez hubiese tenido algún efecto –pensamos, en cuanto a evitar su desborde, si en el mismo párrafo se hubiere puesto que “tal determinación se realiza bajo total responsabilidad y con cargo a pagar daños y perjuicios si el acreedor garantizado no estuviere en condiciones de dar explicaciones y alcanzar elementos de juicio que hubieren justificado la acción tomada”. Un poco difícil que sujetos con intereses encontrados o antagónicos puedan reconocer de manera uniforme que:

- a. Se contaba con fundamentos razonables y objetivos de que el bien mueble dado en garantía mobiliaria no se encontraba debidamente conservado;
- b. Se habían descubierto otras circunstancias que dificultarían la ejecución de la garantía mobiliaria; y
- c. Se habían descubierto otras circunstancias que harían imposible la ejecución de la garantía mobiliaria.

El tercer párrafo del artículo 12 concordante con el artículo 50 disponen que el acreedor garantizado que tenga la posesión del bien mueble tiene la calidad de depositario; por tanto, debe cuidar y mantener en buen estado el bien en custodia. Si lo daña o pone en peligro –opción improbable porque va en contra de sus propios intereses, pero sin duda, posible que ocurra, el deudor o el constituyente tienen el derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar. Se establece la forma de verificar tal situación. Todo este tercer párrafo –prácticamente– viene a ser la contracara del inciso 3 de artículo 11 cuyo texto es, por supuesto, igual, pero colocando a los sujetos en cuestión, en situación inversa.

El cuarto párrafo de este artículo 12, prevé la situación del acreedor garantizado que tiene la posesión del bien dado en garantía mobiliaria y se trata de uno que produce frutos o intereses. Establece la norma que en este caso el acreedor garantizado los deberá percibir por cuenta del deudor debiéndolos imputar a los intereses de la deuda garantizada y el exceso que hubiere, al capital, salvo pacto en contrario. Sobre el tópico quisiéramos comentar lo siguiente. En primer lugar, que el antecedente de

esta norma se encuentra en el artículo 1077 del Código Civil⁽⁸⁵⁾. Nuestro Código Civil de 1936 solamente hacía alusión a la producción de intereses en su artículo 997; el Código actual, en cambio, alude a la producción de frutos en general⁽⁸⁶⁾. Nuestro Código sustantivo ha seguido en este punto al Código Civil italiano cuyo artículo 2791 expresa:

“Se e data in pegno una cosa furtifera, el creditore, salvo patto contrario, ha la faculta di fare suoi i frutti imputandoli alle spese a agli interessi, e poi al capitale”.

Esta norma es concordante con el artículo 3.3 de la Ley que presenta otro orden de imputación, pero que igual, admite pacto en contrario.

Por último, el acreedor garantizado está obligado a devolver el bien afectado en garantía mobiliaria al constituyente o al deudor tan pronto como se cumpla con la obligación principal garantizada. Si el bien se pierde o destruye, el acreedor deberá pagarlo, a menos que pruebe que no se perdió o destruyó por su culpa. Aunque la pérdida fuere por caso fortuito o fuerza mayor, el acreedor pagará el valor de los bienes afectados en garantía si no tuvo justa causa para demorar su devolución. Igual responsabilidad tiene el acreedor garantizado que rehusó el pago de la obligación ofrecida por el deudor si no tuvo causa legal para ello. Finalmente, si el acreedor garantizado pierde la posesión del bien puede recuperarla en poder de quien se encuentre, incluso del deudor.

Cabe referir que con relación al RLGM, la única concordancia la encontramos con el artículo 28⁽⁸⁷⁾ relativo al formulario de inscripción de garantías mobiliarias y la información o datos que debe contener, que dicho Reglamento lo norma hasta en trece incisos y un párrafo final. De acuerdo al artículo 27 se tiene noticia que para los efectos de este Reglamento, Sunarp aprueba tres tipos de formularios: (i) De inscripción de

(85) Artículo 1077. Prenda de bienes fructíferos. “Si se da en prenda un bien fructífero, el acreedor, salvo pacto en contrario o disposición especial de la ley, tiene la facultad de hacer suyos los frutos imputándolos primero a los intereses y gastos y después al capital”.

(86) Ver artículos 890 a 892 del Código Civil.

(87) Modificado por la R. N° 219-2006-SUNARP/SN del 5 de agosto de 2006.

garantía mobiliaria⁽⁸⁸⁾; (ii) De inscripción de otros actos⁽⁸⁹⁾; y (iii) De cancelación de garantía mobiliaria⁽⁹⁰⁾ y otros actos.

11. Persecutoriedad de la garantía mobiliaria

Artículo 13.- La enajenación que hiciera el constituyente o el eventual adquirente del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, no perjudicará la plena vigencia de esta.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige cuando el bien mueble afectado en garantía mobiliaria es adquirido en tienda o local abierto al público y siempre que sea amparado por comprobante de pago del transferente. Se excluye de esta regla el caso de los bienes muebles inscritos en un Registro Jurídico de Bienes.

Capitant afirma que la oponibilidad es “calidad del derecho o defensa que su titular puede hacer valer contra terceros. Tecnicismo de utilidad indudable y perfil inequívoco que resaltan los juristas franceses para referirse a la índole de un acto jurídico cuya eficacia se revela más allá de las partes o interesados inmediatos, obligados a la abstención que lo respeta en unos casos, como sucede en materia de derechos reales”. Mazeaud ampliando sobre el tema, expresa que “(...) en materia de derechos reales, todas las modificaciones previas a la transmisión son oponibles a los adquirentes que reciben el bien en el estado en que se encontraba en el momento de la adquisición (...)”. Oponible se define como “susceptible de ser opuesto”; de “significar oposición”. En nuestra Ley N° 28677 la oponibilidad se traduce en:

- La persecutoriedad de la garantía mobiliaria (artículo 13);
- su prelación (artículo 25);
- los efectos de la inscripción (artículo 37);
- la presunción absoluta de conocimiento (artículo 38);
- la buena fe pública registral (artículo 24); y en

(88) Artículo 19 de la Ley.

(89) Artículo 32 de la Ley.

(90) Artículo 41 de la Ley.

- la prevalencia de la información contenida en el asiento electrónico antes que en el acto jurídico inscribible (artículo 40 primer párrafo).

La garantía mobiliaria constituida con arreglo a la presente ley no se perjudica ni se ve afectada en su plena vigencia por el hecho de que el constituyente o el eventual adquirente del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, lo hubiere enajenado. El acreedor garantizado tiene el amparo de la Ley y cuenta con un principio protector denominado **persecutoriedad** del bien afecto a la garantía mobiliaria. La Ley N° 28677 ha creado el Registro Mobiliario de Contratos donde se inscribirán todos los actos que lista su artículo 32 y que recaigan sobre bienes muebles no registrados en un Registro Jurídico de Bienes y contando ahora, además, con un Sistema Integrado de Garantías y Contratos sobre bienes muebles que permite acceder a todos los asientos electrónicos que registran actos inscritos otorgados por una misma persona, tanto en el precitado Registro Mobiliario de Contratos como en todos los Registros Jurídicos de Bienes, no hay motivo para poner en duda este reconocido principio básico en materia de Derechos Reales de Garantía, el de la persecutoriedad.

Enajenar⁽⁹¹⁾, como sabemos, es transferir bienes a patrimonio ajeno. Se transfieren bienes a patrimonio ajeno vía donación, permuta, venta, etc. El bien mueble afectado en garantía mobiliaria puede ser enajenado por el constituyente o, en un segundo tramo, por el eventual adquirente de dicho bien mueble. No interesa. Dicha enajenación no perjudica la plena vigencia de la garantía mobiliaria porque quienes fueron los sucesivos adquirentes, por la publicidad registral, han conocido perfectamente de la afectación o gravamen inscrito.

El antiguo artículo 85⁽⁹²⁾, del Código de Comercio constituyó fuente del artículo 1542 del Código Civil que bajo el título **Adquisición de bien en tiendas o locales**, reza así: “Los bienes muebles adquiridos en tiendas

(91) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., Tomo III, p. 91. Enajenar: Transmitir el dominio o propiedad de una cosa. Ceder un derecho. En lo patrimonial, las formas más usuales de enajenación son la compraventa, la permuta, la donación, la cesión de derechos, la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, la requisa y la ejecución judicial, hipotecaria o pignoraticia.

(92) Artículo 85 del Código de Comercio. Las mercaderías compradas en almacenes o tiendas abiertas al público son irrevindicables; quedando a salvo los derechos del propietario de

o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales contra quien los vendió indebidamente”. Siempre tuvimos la convicción de que este derecho del ciudadano común y corriente, del consumidor medio, de la mujer o el hombre que va por la calle y que compra algo para su casa o para su oficina y naturalmente sustentado o apoyado en su buena fe, debía ser protegido por la Ley en forma absoluta e incondicional. Y es más, así lo aprendimos y así lo entendimos que debía ser. Jamás de modo distinto. Era la institución de la protección al tráfico mercantil y la buena fe del adquirente, que además compraba en un establecimiento abierto al público y con póliza de venta, con factura o con boleta, es decir, con comprobante de pago. Ahora bien: en estos últimos tiempos se han presentado cambios. Debe haber –por lo tanto– un cambio de mentalidad, porque hay cambios de esquemas y de enfoques jurídico mercantiles. Si hay o habrá un cambio en la clasificación de los bienes: del clásico muebles e inmuebles se modifica(rá) por registrables y no registrables y dentro de aquellos, registrados y no registrados, esto ya es otra cosa. Hay que alinearse con el nuevo esquema. La publicidad registral y la presunción de que todos tenemos conocimiento del contenido de los asientos registrales en el nuevo entorno tiene que producir un cambio. La norma entonces, en este caso se va a ver obligada a hacer una expresa salvedad a la regla tradicional y la modifica estableciendo “quedan excluidas de tal protección los bienes muebles inscritos en un Registro Jurídico de Bienes”, de modo tal que (poniéndole un toque gracioso) no se olvide usted de llevar su PC cuando vaya de compras, de modo tal que al adquirir bienes registrables (automóviles, computadoras o televisores) primero verifique⁽⁹³⁾ si aparece inscrito a nombre de tercero, porque

los objetos vendidos, para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que las vendió indebidamente.

Para los efectos de esta disposición, se reputarán almacenes o tiendas abiertas al público:

1º) Los que establezcan los comerciantes inscritos;

2º) Los que establezcan los comerciantes no inscritos, siempre que los almacenes o tiendas permanezcan abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos; o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el local mismo, o por avisos repartidos al público o insertos en los diarios de la localidad.

- (93) Artículos 43, 44 *in fine* y 45, primer párrafo. “(...) Sunarp dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para su funcionamiento, asegurando que los particulares puedan acceder al mismo a través de los sistemas de cómputo”. “(...) Sunarp diseñará un sistema

ahora prevalece el asiento electrónico sobre el comprobante de pago del transferente (factura o boleta) por adquisición hecha en establecimiento abierto al público. Ante la existencia del cambio –inobjetable y sin posibilidad de dar marcha atrás– debemos recomendar que el Indecopi y las instituciones de defensa del consumidor obliguen o promuevan, respectivamente, la colocación de avisos en los lugares que corresponda, haciendo conocer al público que tiene el derecho a exigir de la tienda, una constancia expedida en el día, que certifique que el bien registrable que están adquiriendo no se encuentra inscrito a nombre de tercero que lo hubiera comprado, porque ahora la ley protege más al sujeto que ha sido víctima de un robo de un bien registrado a su nombre que a usted que desconociendo este hecho y de buena fe, compra esa cosa robada, que además le es vendida con factura o boleta.

Lo expuesto en el punto anterior nos permite afirmar entonces y además, que hay excepciones: **Una**, en el caso de la garantía preconstituida sobre bien ajeno respecto de los actos de disposición que eventualmente hubiere realizado el propietario antes, lo que se puede verificar en los artículos 20.1, 21.1 y en particular el 22 parte final; **Dos**, como ha sido dicho antes, en el caso de los bienes muebles No Registrados adquiridos en tienda o local abierto al público y siempre que sea amparado por comprobante de pago del transferente; y, **Tres**, en los procedimientos de disolución y liquidación de empresas, conforme al orden de preferencia en pago a los acreedores dispuesto por el artículo 42.1 de la Ley General del Sistema Concursal N° 27809.

En cuanto al RLGGM, cabe destacar sus concordancias con los artículos 6, 13 y 20 que expresan: “Las inscripciones en el RMC tiene efecto declarativo. Estas otorgan preferencia y oponibilidad ante terceros desde la fecha de su inscripción, cuyos efectos se retrotraen a la fecha del asiento de presentación, salvo disposición en contrario”. “Los Registros Jurídicos de Bienes son el conjunto de registros de bienes muebles ya existentes o por crearse que surten plenos efectos jurídicos. Se encuentran

de índices que permita efectuar las búsquedas necesarias para obtener el referido acceso”. “El Registro Mobiliario de Contratos será de acceso público. La Sunarp deberá permitir acceso remoto a la información en el Registro Mobiliario de Contratos a cualquier persona por medio de conexión de Internet y por cualesquiera (...)”.

incluidos los registros jurídicos de bienes administrados por entidades distintas a la Sunarp. Se encuentran excluidos los registros privados⁽⁹⁴⁾ con efectos jurídicos frente a terceros”. “Las entidades que administren los otros Registros Jurídicos de Bienes deberán alimentar la base de datos centralizada del SIGC en tiempo real. La prioridad de la garantía u otros actos inscritos de acuerdo a Ley, será la que conste en el Registro Jurídico de Bienes”.

12. Extensión de la garantía mobiliaria sobre el precio de la enajenación

Artículo 14.- Si el deudor enajena a título oneroso el bien dado en garantía mobiliaria, esta se extenderá al precio de la enajenación mientras permanezca en su posesión o control, sin perjuicio de la persecutoriedad a que se refiere el artículo 13 de la presente Ley.

Se presumirá que el precio de la enajenación es resultado de la disposición o transferencia del bien mueble dado en garantía mobiliaria, salvo que el deudor pruebe lo contrario.

Se trata de una norma que no tiene antecedentes en el Código Civil; nos referimos a disposiciones de similar contenido aplicables en Derechos Reales de Garantía, Prenda. Los derogados artículos 1057 y 1077, por ejemplo, tenían otro contenido, a pesar de encontrarse bajo los títulos **Extensión de la prenda** y **Prenda de bienes fructíferos**, respectivamente. El primero de ellos decía: “La prenda se extiende a todos los accesorios del bien. Los frutos y aumentos del bien prendado pertenecen al propietario, salvo pacto distinto”. El segundo de los artículos tiene el siguiente contenido: “Si se da en prenda un bien fructífero, el acreedor, salvo pacto contrario o disposición especial de la ley, tiene la facultad de hacer suyos los frutos imputándolos primero a los intereses y gastos y después al capital”. Este último guarda coherencia con el artículo 1257 del mismo Código Civil, Orden de imputación convencional, en el pago: primero intereses, después gastos y en tercer lugar, capital, salvo asentimiento del acreedor para que se aplique en forma distinta.

(94) Matrícula de acciones, de certificados de suscripción preferente y de obligaciones, reguladas en los artículos 92; 209; y 304 y concordantes de la Ley General de Sociedades. El ICLV denominado Cavali para valores representados por anotación en cuenta registro.

La primera precisión que rescatamos es que la norma se dirige solo al “deudor”, específicamente, y no al constituyente. En otras palabras se trata de un deudor-constituyente que enajena a título oneroso el bien dado en garantía mobiliaria. En este caso, la ley dispone que la garantía se extiende al precio de la enajenación mientras dicho valor permanezca en posesión o control del deudor, sin perjuicio de que el acreedor garantizado continúe detrás del bien mueble afecto en garantía mobiliaria en base a su derecho de persecutoriedad⁽⁹⁵⁾, previsto y reconocido en el artículo 13. Puede tratarse, por ejemplo, de una aeronave, que estando afecta a garantía mobiliaria a favor de un acreedor garantizado, es vendida por la empresa de transportes deudora, y dicho acreedor garantizado toma noticia por la empresa adquirente del precio pagado por aquella. Lo que dice la Ley es que la garantía se extiende al precio de la enajenación mientras este se encuentre en posesión y control del deudor, precio, importe o dinero, que obviamente ha ingresado a sus activos circulantes y que está en posesión del deudor. El acreedor garantizado puede procurar ejecutar la garantía mobiliaria sobre el dinero de la venta.

El segundo párrafo hace cita a que el precio de la enajenación que el acreedor garantizado ha averiguado, investigado y comprobado, es el resultado –nada más y nada menos, que de la disposición o transferencia de la aeronave afectada en garantía mobiliaria, y corresponderá al deudor probar lo contrario, es decir, si en dicho precio también se ha incluido una franquicia, un asesoramiento en marketing, un *know how* o cualesquiera otros bienes o servicios distintos al valor de la precitada aeronave enajenada.

El principio que regula la norma es impecable. Si el deudor dispone del bien afectado en garantía mobiliaria (sin perjuicio del derecho de persecutoriedad respecto al bien que le asiste al acreedor garantizado), que la garantía se extienda al precio de la enajenación. Si se encuentra el cauce conveniente para procurar la ejecución con arreglo a esta Ley N° 28677, bienvenido.

(95) ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo IV. Derechos Reales. 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 38. La persecución. “El derecho real, al afectar a la cosa misma, se hace efectivo donde quiera que ella esté y en manos de quien la posea”.

13. Extensión de la garantía mobiliaria sobre un nuevo bien mueble

Artículo 15.- Si el deudor transforma, en un segundo bien mueble, el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, esta se extenderá al nuevo bien mueble. El deudor está obligado a comunicar al acreedor garantizado, dentro de los 5 días y mediante carta notarial, la fecha en que ocurra la transformación y las características del nuevo bien mueble, resultante de la transformación. En este caso, el acreedor garantizado deberá inscribir en el Registro correspondiente la garantía mobiliaria que recae sobre el nuevo bien mueble, levantándose la garantía anteriormente constituida.

Nos da la impresión que la redacción no ha sido del todo feliz. Parecería que la primera parte alude a un hecho consumado: “Si el deudor transforma en un segundo bien mueble el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, esta (la garantía mobiliaria) se extenderá al nuevo bien mueble”. Clarísimo y además, perfectamente lógico, guardando coherencia con el artículo anterior en el que la garantía mobiliaria se extendía al precio de la enajenación. Pero ocurre que el párrafo continúa. Y dice. “El deudor está obligado a comunicar al acreedor garantizado dentro de los cinco días y mediante carta notarial, la fecha en que **ocurra** la transformación y las características del nuevo bien mueble”. Aquí parece que dicha transformación recién se producirá en un futuro y no se entiende los cinco días a partir de cuándo se calcula. Mejor es interpretar que ha habido un error tipográfico y que la redacción de la parte confusa es así “(...) dentro de los cinco días y mediante carta notarial la fecha en que **ocurrió** la transformación y las características (...)”. Asunto resuelto.

Un ejemplo podría ser que se afectó en garantía mobiliaria varios cajones conteniendo autopartes de un vehículo automotor, el mismo que después es fabricado, construido o armado. Obvio, hay que levantar la garantía de los cajones con repuestos y autopartes que podría haberse inscrito en el Registro Mobiliario de Contratos e inscribir en el Registro Jurídico de Bienes, correspondiente, la garantía mobiliaria que recaerá sobre el nuevo bien mueble, el automóvil, porque el vehículo motorizado es un bien registrable por ser identificable.

14. Garantía mobiliaria sobre créditos

Artículo 16.- Puede constituirse garantía mobiliaria sobre los créditos presentes o futuros del deudor o del constituyente de la garantía mobiliaria.

El acreedor garantizado podrá solicitar al constituyente de la garantía mobiliaria información relativa al proceso de cobro de los créditos dados en garantía mobiliaria.

Este artículo 16 faculta constituir garantía mobiliaria sobre los créditos presentes o futuros del deudor o del constituyente de la garantía mobiliaria. El crédito, como bien afirma Castellares, “no es sino la contraprestación pendiente de cumplimiento que un deudor tiene asumida frente a su acreedor. Esta relación crediticia se genera en toda transacción sinalagmática o bilateral en la que una de las partes difiere en el tiempo el cumplimiento de la prestación que le corresponde. Tal prestación diferida, por tanto, puede consistir en una obligación de dar, de hacer, o de no hacer; así como en una obligación dineraria o en especie o de otra naturaleza, indistintamente. Todos esos créditos o acreencias adeudadas al acreedor, pueden ser prendados por este, a su vez, a favor de su acreedor”.

Veamos un poco la secuencia histórica y cómo era la prenda o garantía mobiliaria en el derogado artículo 1084 de nuestro Código Civil. La garantía mobiliaria sobre créditos, en efecto, reviste particular caracterización. La noción clásica o tradicional del concepto de prenda —ahora garantía mobiliaria, conlleva la entrega física y desposesión del bien gravado lo que resulta posible solamente si el bien objeto de garantía es tangible y físico o materializado. Lo que se desea —en dicho contexto, es impedir la disponibilidad del bien por su propietario y lograr la publicidad de la afectación prendaria. El artículo 454 del Código Civil de 1852 al regular acerca del Derecho de Cosas decía que: “Las cosas que están bajo el dominio del hombre son corporales o incorpóreas. Corporales son las que percibimos con los sentidos, los demás son incorpóreas, como los derechos y acciones”. El artículo 455 del mismo Código señalaba: “Las cosas corporales son muebles o inmuebles” y el artículo 1985 al definir la prenda indicaba: “Prenda es la cosa mueble que se da en seguridad de una obligación contraída”. Según nuestro primer Código Civil, entonces, el bien prendado debía ser uno corporal, tangible, apreciable con los sentidos, esto es, una “cosa”.

La “prenda” en el Código Civil de 1936 conservaba los mismos principios y sustento. Su artículo 981 inciso 1, exigía como requisito esencial “la entrega del bien al acreedor o a la persona que debe guardarlo”.

Y esta misma noción de “entrega del bien” sustenta nuestra actual legislación civil cuyo derogado artículo 1055 decía que: “La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega (...)” reiterando en el artículo 1058 inciso 2, que es requisito para la validez de la prenda “que el bien se entregue ‘física o jurídicamente’ al acreedor, a la persona designada por este o a la que señalen las partes (...)” incorporando como una novedad la mal llamada entrega jurídica que no es sino la inscripción del gravamen en el Registro en caso de que el bien prendado sea uno que cuenta con inscripción registral, por lo que realmente no existe entrega o desplazamiento o desposesión alguna del bien prendado”.

Los créditos no son bienes corporales, tangibles o apreciables a través de los sentidos por lo que les falta ese elemento material que se exige para ser un bien susceptible de ser entregado o dado en garantía mobiliaria. El artículo 982 del Código de 1936 decía que: “Si la prenda consiste en créditos o valores, deben cederse o entregarse los títulos y notificarse al deudor, pero la notificación no es necesaria si los documentos son endosables o al portador”. Por lo tanto, para el Código anterior, la forma de constituir prenda sobre créditos, era la cesión. El artículo 1280 del Código Civil alemán, fuente del nuestro, expresa que: “La dación en prenda de un crédito para cuya transmisión bastare el contrato de cesión, solo tendrá efecto cuando el acreedor notifique al deudor de dicho contrato”.

El profesor Francisco Avendaño Arana⁽⁹⁶⁾ nos explica: “Los bienes corporales son los que tienen existencia tangible, ocupan una parte del espacio, por lo que pueden ser percibidos por los sentidos. Es el caso de un carro, una casa o un animal. Los bienes incorporeales carecen de existencia corporal y son el producto de la creación intelectual del hombre. Solo se pueden percibir intelectualmente. El ordenamiento jurídico valora como objeto de relaciones reales determinadas realidades carentes de existencia corporal. Estas realidades son los derechos, como el usufructo o una concesión, o las obras literarias. Los créditos también pueden ser bienes, cuando se incorporan en una relación jurídico real.

(96) AVENDAÑO ARANA, Francisco. “Comentarios a los artículos 885 y 886 del Código Civil”. En: *El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo V, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 39-40.

Así, cuando se prenda un crédito, dicho crédito es jurídicamente un bien. El Código Civil no clasifica los bienes en corporales e incorporales. Sin embargo, varias de sus disposiciones recogen el criterio de la materialidad. Es el caso de los artículos 884, 2088, 2089, 2090 y 2091”.

Según el derogado artículo 1084 del Código Civil, solo se podían preñar créditos que consten de documentos. Este requisito se explicaba para que se configure la “entrega” del bien preñado. Sin embargo, dicha exigencia no tenía sentido. Si la finalidad era impedir la disposición del bien preñado y lograr la publicidad del gravamen esto se podía lograr notificando al deudor original de dicho crédito preñado sobre el gravamen constituido o mediante la inscripción en registros públicos especiales que puedan crearse, que es lo que justamente se ha hecho con la Ley N° 28677. En esta materia, es importante distinguir entre (i) documentos probatorios (Pedro reconoce adeudar a Miguel una suma de dinero por alguna transacción que ambos hicieron, *ad probationem*); (ii) documentos constitutivos (además de servir como prueba de la existencia del acto jurídico son necesarios para perfeccionar dicho acto jurídico: hipoteca por escritura pública y fianza por escrito); y documentos dispositivos (además de servir de prueba y ser necesarios para la existencia del derecho, representan o contienen el derecho mismo, caso de los títulos valores). La constitución de prenda sobre créditos debe ser notificada al obligado para que el pago que le corresponde hacer lo verifique al acreedor preñado y no al acreedor original que ha gravado o afectado dicha acreencia a favor de aquel.

En su artículo “Prenda sobre crédito⁽⁹⁷⁾”, Castellares acierta cuando afirma: “Otra medida complementaria a lo antes señalado sería registrar estas prendas sobre créditos, como ya se hace con otros bienes intangibles, en Registros Especiales, con lo que sumado a la comunicación al deudor del crédito preñado, se lograría asegurar la publicidad de la prenda *erga omnes* resultando así innecesario y sin objeto exigir la entrega del documento probatorio del crédito preñado”. Eso exactamente se ha hecho con esta Ley N° 28677. Entre otras cosas, se han interconectado

(97) CASTELLARES. Ob. cit., p. 897.

los Registros Jurídicos existentes con el novedoso Registro Mobiliario de Contratos.

En los puntos anteriores se ha hecho un recuento histórico desde el Código de 1852, explicando el de 1936 y haciendo precisiones respecto al de 1984. Todo esto quedó atrás. Ahora para su validez y eficacia, toda garantía mobiliaria debe inscribirse, ya sea en un Registro Jurídico de Bienes, RJB, o en el Registro Mobiliario de Contratos, RMC, los que se interconectan en un Sistema Integrado de Garantías y Contratos, SIGC. Ya no hay más “entregas” del documento, ni prendas “físicas” o “jurídicas”.

Puede constituirse garantía mobiliaria sobre los créditos presentes o sobre los créditos futuros del deudor o del constituyente. Una garantía mobiliaria respecto a un crédito presente es aquel en el que al momento de la celebración del acto constitutivo no solo ya existe concertada y a firme la obligación crediticia a favor de dicho deudor o de dicho constituyente, sino más, aquella obligación cuya cuantía se conoce, es cierta y además, legalmente exigible. En cambio, una garantía mobiliaria respecto a un crédito futuro es aquel en el que al momento de la celebración del acto constitutivo de la garantía mobiliaria existe suscrita una obligación cierta a cargo del deudor pero ella se ejecutará o será exigible en lapso(s) o periodo(s) posterior(es). Es posible, además, que la cuantía de la misma tenga pequeños márgenes de incertidumbre. Por su parte, si el deudor o el constituyente de la garantía mobiliaria ha demandado a sus deudores para el pago de los créditos o acreencias a él adeudados, el acreedor garantizado le podrá solicitar información relativa al estado del proceso judicial de cobro.

En el artículo 55 de esta ley se regula la ejecución de la garantía mobiliaria sobre créditos a cuyos comentarios nos remitimos.

En cuanto al RLGGM debemos decir que el artículo 25 establece que “los formularios de inscripción⁽⁹⁸⁾, debidamente llenados y suscritos

(98) Es pertinente transcribir acá la Tercera y Cuarta Disposición Complementaria Final cuyos textos expresan: TERCERA “Constituyen título inscribible los documentos privados con firmas legalizadas extendidos en virtud de lo regulado en el artículo 176 de la Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”. CUARTA “Los formularios de inscripción dan mérito suficiente para

manual o electrónicamente por los otorgantes del acto, con la información relativa al acto a inscribir y certificada por el notario, constituyen título suficiente para inscribir los actos a que se refiere la Ley y el presente Reglamento”. En cuanto a la forma de su llenado y su presentación, debemos indicar que el artículo 26 dispone que estos pueden ser: (i) Manual y en soporte físico; (ii) En forma precodificada y en soporte físico; y (iii) En forma precodificada y envío electrónico. El artículo 63 regula la garantía mobiliaria que grava el total de bienes muebles del constituyente (patrimonio mobiliario); el artículo 64⁽⁹⁹⁾ la afectación de bienes muebles presentes; y el artículo 65 la afectación de bienes muebles futuros.

II. CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

En esta segunda parte de nuestro trabajo, corresponde analizar la regulación de todo lo concerniente a la constitución de la garantía mobiliaria, conforme a lo previsto en los artículos 17 al 24 de la Ley N° 28677.

1. Constitución

Artículo 17.-

La relación jurídica entre las partes derivada de la garantía mobiliaria sobre el bien mueble se constituye mediante acto jurídico constitutivo unilateral o plurilateral, debidamente otorgado con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación.

Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente.

El acto jurídico constitutivo constará por escrito y podrá instrumentarse por cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales, el Decreto Supremo N° 019-2002-JUS Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y las demás normas aplicables en esta materia.

Cuando la garantía mobiliaria se constituya por un tercero, no se requerirá del consentimiento del deudor.

el registro de los actos en el Registro Mobiliario de Contratos y en los Registros Jurídicos de Bienes conforme a la presente norma, en atención a lo señalado en la Ley N° 28677 y el Decreto Supremo N° 012-2006-JUS”.

(99) Modificado por la R. N° 219-2006-SUNARP/SN del 5 de agosto de 2006.

Nuestro primer comentario hace referencia a un asunto que pasará inadvertido a los ojos de la mayoría. Nos parece importante que se haya establecido que la relación jurídica⁽¹⁰⁰⁾ entre las partes derivada de la garantía mobiliaria sobre el bien mueble se constituya mediante **acto jurídico constitutivo unilateral**⁽¹⁰¹⁾, debidamente otorgado con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación. Que la relación jurídica se constituya mediante acto jurídico bilateral o plurilateral no llama la atención. Y es que en la operación de estos instrumentos nos hemos encontrado con funcionarios y autoridades que no admitían prendas unilaterales bajo el argumento de que la “prenda”⁽¹⁰²⁾ supone un acuerdo de dos o más, en la medida en que dicha garantía ingresa al patrimonio potencial y en su momento, real, del acreedor, por lo que este debe manifestar su voluntad de admitirlo, tanto en uno como en otro nivel. Con la firme y sustentada posición adoptada por la Ley N° 28677, que por supuesto, aplaudimos, se acabó con estos vericuetos y con estas disquisiciones.

El derogado artículo 1061 del Código Civil indicaba que la prenda no surtía efecto contra tercero si no constaba en documento de fecha cierta, excepto el caso de la “prenda jurídica” del artículo 1059 que producía efecto solamente con la inscripción registral. El problema de la ‘fecha cierta’ mereció comentarios doctrinarios de diversos juristas, tales como Jorge Avendaño V. y Carlos F. Cuadros Villena respecto a la legislación peruana y argentina, respectivamente. Los artículos 235, 245 del CPC y la Ley del Notariado, Ley N° 26002, aportaron claridad pero también confusión. Planiol citado por el maestro Max Arias-Schreiber⁽¹⁰³⁾ con relación al Código Civil, hizo lo suyo. Ahora, con esta Nueva Ley N° 28677 se acabó este trasnochado debate. “Para que la garantía mobiliaria sea

(100) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V, p. 661. “Relación jurídica. Todo vínculo de Derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporeal, con trascendencia en el ordenamiento vigente”.

(101) “(...) Tratándose de constitución unilateral se garantía será suficiente la intervención del deudor debiendo indicarse en el asiento los datos a que hacen referencia los incisos a) y b).

(102) Ahora, en la nueva Ley N° 28677 no se utiliza la expresión “prenda” para nada. En todo momento es “garantía mobiliaria”.

(103) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “Efectos de la prenda contra terceros”. En: *El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, pp. 796 a 800.

ponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente”. La preconstituida del artículo 22 también. Ahora bien, nos queda la preocupación si también los prestamos menores que hacen las Cajas Municipales de Crédito Popular o Casas similares, en donde la gente de precarios recursos acuden para empeñar sus pocas joyas, alhajas, esclavas, collares, aros y relojes, y obtener un crédito al instante, deban también inscribir en forma previa esta garantía mobiliaria, antes de la concesión del crédito. Es evidente que teórica y técnicamente, la respuesta es afirmativa. Solo con la inscripción se obtiene publicidad y seguridad jurídica: oponibilidad y persecutoriedad. Es nuestro parecer que una disposición transitoria podría zanjar el problema y disponer que los créditos que se conceden en estas casas de empeño por créditos que, por ejemplo, no superen una UIT (ahora S/. 3,400.00) no precisen registro.

El artículo 10 de la LMIGM establece: “Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros solo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria. La publicidad de una garantía mobiliaria se puede dar por registro de acuerdo con el presente Título y el Título IV o por la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con el presente Título (...)”. El artículo 35 del mismo texto sanciona: “La garantía mobiliaria a la cual se dé publicidad mediante su inscripción en el Registro será oponible frente a terceros desde el momento de su inscripción”.

El último párrafo del artículo 7 de la LMIGM prescribe: “La escritura⁽¹⁰⁴⁾ podrá hacerse a través de cualquier medio de comunicación fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía, incluyendo el telex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico, y medios ópticos o similares, de conformidad con las normas aplicables en esta materia y teniendo en cuenta la resolución de esta Conferencia que acompaña esta Ley Modelo (CIDIP-VI/RES.6/02)”. Su texto es casi idéntico al artículo 17 tercer párrafo, que estamos comentando.

(104) En esta Ley tiene significación distinta a la notarial peruana prevista en los artículos 25, 37.a, 50 y demás pertinentes de la Ley del Notariado N° 26002.

Boris Kozolchyk y John Wilson⁽¹⁰⁵⁾ comentando la Ley Modelo de la OEA dicen: “La obsoleta dicotomía del préstamo como contrato principal y su garantía mobiliaria como contrato accesorio: Si bien es cierto que un derecho de garantía real no puede existir sin un contrato de préstamo, el préstamo en sí no necesita haber sido desembolsado para que el acreedor con garantía real mobiliaria pueda perfeccionar su derecho de garantía real conforme a Ley. Un prestamista y un prestatario pueden acordar la creación de una futura línea de crédito hasta determinada cantidad sobre una base renovable o acumulativa y aunque el dinero no haya sido dado al prestatario la inscripción del formulario registral es perfectamente posible”. Nuestra Ley N° 28677 hace referencia en sus artículos 1 y 3.4, entre otros, a que la garantía mobiliaria puede asegurar obligaciones de toda naturaleza, presentes futuras, determinadas o determinables. Y el artículo 20.3 regula la garantía mobiliaria preconstituida para asegurar obligaciones futuras o eventuales.

Para los casos que corresponda habrá que cumplir con las disposiciones de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su Reglamento, el Decreto Supremo N° 019-2002-JUS y demás normas aplicables en esta materia.

Con relación al RLGM cabe resaltar las concordancias de este artículo 17 sobre constitución de la garantía mobiliaria con los artículos 6; 10; 11; y 23, cuyos textos son: “Las inscripciones en el RMC tienen efecto declarativo. Estas otorgan preferencia y oponibilidad ante terceros desde la fecha de su inscripción, cuyos efectos se retrotraen a la fecha del asiento de presentación, salvo disposición en contrario”. “El RMC está organizado en una única base de datos centralizada de alcance nacional, en el que obran las inscripciones de los actos regulados en la Ley, los mismos que recaen sobre bienes muebles no registrados en un Registro Jurídico de Bienes. La base de datos del RMC se organiza en índices de datos estructurados siendo el criterio principal el nombre del participante; sin perjuicio que, el acceso al SIGC permita resultados de datos organizados por criterios diferentes”. “Por cada contrato

(105) BOZOLCHYK, Boris y WILSON, John. *Estudio sobre la Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos*. NLICFT, 2003, p. 14.

de garantía o acto jurídico inscribible en los que se afecten bienes muebles no consignados en un Registro Jurídico de Bienes, se abrirá en el RMC una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquellos, así como sus modificaciones o cancelaciones”. “Los actos inscribibles en el RMC a que se refiere el artículo 12 del presente Reglamento, así como los actos ulteriores de modificación o cancelación, deben reunir las siguientes condiciones concurrentes: a) Que el bien no se encuentre inscrito en un Registro Jurídico de Bienes; y, b) Que el acto inscribible implique afectación del bien mediante garantía, contrato, medida cautelar u otra similar. No resulta inscribible en este registro actos traslativos de dominio de bienes muebles no inscritos, con excepción del dominio fiduciario”.

2. Constitución de la garantía mobiliaria sobre títulos valores

Artículo 18.- Constitución de la garantía mobiliaria sobre títulos valores

Cuando se afecte en garantía mobiliaria títulos valores o valores representados mediante anotaciones en cuenta, la garantía mobiliaria se constituirá de acuerdo a lo dispuesto en la ley de la materia. La presente Ley se aplicará supletoriamente en lo que sea pertinente.

En la década de los años sesenta, cuando el maestro Ulises Montoya Manfredi entregó al Supremo Gobierno el Proyecto de Ley de Títulos Valores, solo podíamos regular estos derechos patrimoniales incorporados en títulos, es decir, se trataba de derechos documentarios, con representación cartular o cartácea. A fines de los años noventa cuando nosotros preparamos el proyecto de Nueva Ley, había que hacer más bien una Nueva Ley de Valores Negociables para que los derechos patrimoniales incorporados pudieran estar expresados en título, pero también sin título, es decir, desmaterializados, electrónicos o virtuales (desde 1991 existían los valores representados por anotación en cuenta). Es así que en efecto, Ley N° 27287 vigente desde octubre de 2000, define en el artículo primero, 1.1, a los títulos valores (valores materializados); pero a continuación, el artículo segundo, 2.1, define y describe a los valores representados por anotación en cuenta y registro (valores desmaterializados)⁽¹⁰⁶⁾.

(106) Sobre el particular consultar la obra de BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 45 a 76.

De esta forma, el esquema tradicional de la garantía mobiliaria (prenda) consistente en un bien corporal afectado en garantía, que se perfecciona con la desposesión o desplazamiento del bien y entrega física o material del mismo, ha evolucionado a fórmulas que posibilitan preñar bienes inmateriales, que han pasado a ser tratados como cosas y ser objeto de derechos reales de garantía. Al respecto, Manuel Olivencia Ruiz señala que “(...) el valor se ‘desincorpora’ de todo soporte material, y ya no hay ‘desplazamiento posesorio’ sino un mecanismo jurídico equivalente que confiere al acreedor la facultad de realización, de la que se priva al deudor, con efectos frente a terceros. Los sistemas registrales de ciertos bienes susceptibles de identificación en instrumentos de publicidad jurídica, responden a esta línea de desarrollo de las garantías mobiliarias”⁽¹⁰⁷⁾.

Con la tónica que le es coherente, el derogado artículo 1087 del Código Civil dispone que “Si la prenda consiste en títulos valores, estos deben ser **entregados**. Cuando se trata de títulos a la orden y nominativos, debe observarse la ley de la materia”. La tónica del Código ha sido, en el caso de la prenda, la “entrega” y no se quiso desprender de ella, jamás. Cuando advirtió que dicha “entrega” le resultaba inconveniente e inútil a los fines económicos a los que debía atender, el derecho inventó entonces una expresión con grueso eufemismo: entrega “jurídica”, que como sabemos significa y no es más que una prenda sin desposesión (sin desplazamiento); el objeto de la prenda queda en poder del deudor, pero sí, con inscripción en distintos registros públicos que se fueron creando según las necesidades. Lamentablemente, estos registros son solo para bienes identificables. El artículo 18 de la Ley de la Garantía Mobiliaria alude con claridad a los títulos valores y a los valores representados mediante anotaciones en cuenta. Guarda, sin embargo, similitud con el artículo 1087 del Código Civil, en tanto y en cuanto, en ambos casos, se remite a la ley de la materia.

Para explicar la ley de la materia empecemos por recordar que según el modo de su circulación, los títulos valores pueden ser (i) Al portador, (ii) A la orden y (iii) Nominativos. Y es que, en efecto, título valor “Al portador” es aquel que se emite con esa cláusula y se trasmite sin más

(107) OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*. Tomo II, Garantías Reales, Civitas, Madrid, 1996, p. 53.

formalidad que su simple tradición o entrega. Otorga la calidad de titular de los derechos que representa a su legítimo poseedor. La indicación del nombre de persona determinada en un título valor al portador no altera su naturaleza. Título valor “A la orden” es aquel que se emite a favor de persona determinada y se trasmite, típicamente, por endoso. El endoso es una institución central en materia de Derecho Cambiario y tiene la virtud demiúrgico⁽¹⁰⁸⁾ de transmitir por el endosante al endosatario, no el derecho a exigir la prestación contenida en el título valor que poseía aquel, sino un derecho nuevo, autónomo, sin causa⁽¹⁰⁹⁾ y solo porque lo manda la ley. El endosatario de buena fe recibe un derecho limpio, inimpugnabile e inexcusable. Y el título valor “Nominativo” también se emite a favor de persona determinada pero no se trasmite por endoso, sino por cesión⁽¹¹⁰⁾. Acá, por el contrario, el cesionario no recibe un derecho nuevo ni nada que se le parezca. Recibe exactamente el mismo derecho del cedente y por tanto, expuesto a mil defensas por parte del obligado principal sustentadas en los eventuales incumplimientos de la relación causal o subyacente tenida por dicho obligado con el referido cedente.

Como principio rector hacemos alusión al artículo 13 ubicado en las Reglas Generales de la Ley N° 27287 cuyo texto expresa: **Publicidad de gravámenes y afectaciones.** “Las medidas cautelares, la prenda, el fideicomiso y cualquier afectación sobre los derechos y los bienes representados por el título valor no surten efecto si no se anotan en el mismo título; o, según su naturaleza, en la matrícula o registro del respectivo valor”. En el caso de los **títulos valores al portador**, la garantía prendaria se formaliza con su entrega, con la tradición o desplazamiento material, corpóreo. El artículo 22.1 *in fine* de la Ley N° 27287, **Título Valor al Portador**, expresa: “Para su transmisión no se requiere de más formalidad que su simple tradición o entrega”. Para la constitución de la garantía mobiliaria con títulos valores al portador deberá llenarse el formulario a que hace referencia el artículo 19 poniendo especial cuidado en los datos a que se refieren los incisos 2, 3, 5, y 7, dada la naturaleza particular de estos valores, y si son depositados en alguna

(108) Mágica, prodigiosa y hechicera.

(109) Para evitar que el deudor contradiga la acción sustentándola en las relaciones causales u originarias.

(110) Tomar en cuenta artículos 1206, 1212, 1215 y demás pertinentes del Código Civil.

entidad del sistema financiero nacional. Para los **títulos valores a la orden**, existen dos opciones. Una, que se representen en **soporte material**, en cuyo caso se precisa del endoso y de la entrega del título valor. En cuanto al endoso cuidar los requisitos del artículo 34 y en particular asegurarse de anotar en el dorso del documento que se trata de un endoso en garantía (prenda), porque si no se indica la clase de endoso se presumirá que es en propiedad, salvo disposición legal en contrario⁽¹¹¹⁾. Felizmente la regulación del artículo 42 se adelantó en casi seis años a esta Ley N° 28677 pues su normativa es cabal, exhaustiva y prácticamente se ajusta a ella. Veámosla:

Artículo 42.- Endoso en garantía

42.1. Si el endoso contiene la cláusula “en garantía” u otra equivalente, el endosatario puede ejercitar todos los derechos inherentes al título valor y a su calidad de acreedor garantizado; pero el endoso que a su vez hiciera este solo vale como endoso en procuración, aun cuando no se señalare tal condición.

42.2. El obligado no puede oponer al endosatario en garantía los medios de defensa fundadas en sus relaciones personales con el endosante, a menos que el endosatario, al recibir el título, hubiera actuado intencionalmente en daño del obligado.

42.3. En caso de que proceda la realización⁽¹¹²⁾ del título valor afectado en garantía, el titular del mismo o, en su defecto, el juez o el agente mediador efectuará el endoso en propiedad a favor del adquirente del título valor. Si el acuerdo para su realización extrajudicial consta en el mismo documento, dicho endoso en propiedad podrá ser realizado por el acreedor garantizado.

En resumen:

- El endosatario en garantía puede ejercitar todos los derechos inherentes al título y a su calidad de acreedor garantizado.
- El endoso que hiciera solo vale como endoso en cobranza.
- El obligado no puede contradecir al endosatario en garantía fundando su defensa en las relaciones causales con el endosante.

(111) De acuerdo al artículo 169 de la Ley de Bancos 26702 el endoso de títulos valores a entidades del sistema financiero que no indique su clase, se presumirá en garantía.

(112) Realización, equivale al vocablo y concepto “venta”.

- Si el acuerdo para su venta extrajudicial consta en el mismo documento el endoso en propiedad lo puede realizar el acreedor garantizado.

Con relación a este último punto cabe recordar que cuando se redactó la Ley de Títulos Valores estaba vigente el artículo 1069 del Código Civil que posibilitaba vender la prenda, extrajudicialmente, en la forma pactada. Por respeto al principio de literalidad, si el acuerdo se encontraba adicionado al título valor, como hoja adherida, la opción de la venta extrajudicial estaba claramente señalada. Ahora, con la Ley N° 28677, las cosas se han facilitado, porque tanto el formulario del acto constitutivo como el asiento electrónico deben indicar la forma y condiciones de la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria según puede verse de sus artículos 19 inciso 10 y 33 inciso 6, respectivamente.

Si el título valor “a la orden” está representado por anotación en cuenta se precisará que el endoso se inscriba en el registro de la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, ICLV. No hace falta la entrega porque siendo intangible, desmaterializado, tampoco se puede.

Si el **título valor es “nominativo”** la entrega del mismo es absolutamente irrelevante. El aviso al emisor para que anote el gravamen e inscriba la afectación del título valor en garantía mobiliaria, en el registro o matrícula, es fundamental. En efecto, si el valor está representado por anotación en cuenta, es decir, es desmaterializado, deberá inscribirse la afectación en garantía mobiliaria en el ICLV, que en Lima, solo tenemos una y que se denomina Caja de Valores y Liquidaciones, Cavali; si el valor nominativo tiene representación cartular, es decir, título, tiene que inscribirse o anotarse la afectación en garantía mobiliaria, en el correspondiente Libro o Matrícula. A continuación se transcriben dos artículos que confirman lo expuesto: **artículo 32** Constitución de derechos. **32.1** En la constitución de derechos sobre un título valor nominativo, se observará las mismas reglas que se señalan para su transferencia. **32.2** En los casos en que, estando obligado a hacerlo, quien constituya el derecho no comparezca a firmar la matrícula o el registro o, cuando el beneficiario del derecho carezca de documento indubitable que contenga el derecho constituido, este último podrá solicitar su anotación o registro judicialmente, en proceso sumarísimo.

El maestro Ulises Montoya Manfredi⁽¹¹³⁾ nos ilustra así: “El endoso con la cláusula en garantía, significa que el título valor, dado su carácter de cosa, sirve de garantía real que confiere al endosatario el derecho a hacerse pagar, con privilegio sobre el importe del título, el crédito por el que la garantía se constituyó. (...). Pero como el endosante que da en garantía el título permanece siempre como propietario, el endosatario no podrá, a su vez, transferirlo a otro en propiedad. El endoso que haga será solamente en procuración. Como expresan Supino y De Semo⁽¹¹⁴⁾ refiriéndose al título de cambio, el endosatario con la cláusula “en garantía” no es, por tanto, tercer poseedor. Si posee el título es solamente porque sin esa posesión no podría existir la prenda. (...). No faltó quienes sostuvieran en la doctrina extranjera que al endosatario por valor en garantía podrían oponérsele las excepciones personales que hubieran podido hacerse valer contra su endosante, pues se decía que el endosante que da en garantía el título permanece siempre propietario de él, lo que se confirma con el hecho de que el endosatario no puede transferirlo a otro en propiedad, sino solamente por procuración. El endosatario con la cláusula “en garantía”, no era, en consecuencia, tercer poseedor. Si poseía el título era solo porque sin esa posesión no podía existir la garantía. No puede olvidarse que existe diferencia entre el mandatario⁽¹¹⁵⁾ y el acreedor prendario pues mientras el primero solo ejerce una representación⁽¹¹⁶⁾ y, en consecuencia, el deudor puede hacer valer contra el mandatario las excepciones procedentes contra el mandante; en cambio, el acreedor prendario ejerce un derecho propio, que es el derecho de prenda y el de hacerse pagar con privilegio. Por lo tanto, puede accionar ejercitando los actos necesarios para la conservación de la cosa recibida y para exigir todas las prestaciones al vencimiento. Pagado su crédito debe rendir cuenta del sobrante. (...). Puede pactarse que la realización o venta del

(113) MONTOYA MANFREDI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Ulises. MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. 7ª edición, Grijley, abril de 2005, pp. 196 a 198.

(114) SUPINO, David y SEMO Jorge de. *De la Letra de Cambio y del pagaré cambiario*. Vol. I, Buenos Aires, 1950, p. 229.

(115) A nuestro juicio se debió anotar representante. El endosatario en procuración no es mandatario sino representante.

(116) Si se le hubiere extendido mandato con representación, artículo 1806 del CC: “Si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al mandato las normas del Título III del Libro II (Representación, artículos 145 a 167). En este caso el mandatario debe actuar en nombre del mandante”.

título se efectúe en forma extrajudicial, lo que debe constar en el mismo documento, pudiendo ser realizado el endoso en propiedad (al adjudicatario) por el acreedor garantizado. Sobre este aspecto, la Ley, en su artículo 54⁽¹¹⁷⁾, trata de la venta extrajudicial”.

De los comentarios expuestos en los puntos precedentes, esta perfectamente claro que para los títulos valores rigen los artículos 42 y 54 de la Ley N° 27287 y como la Ley N° 28677 se aplica supletoriamente, puede haberse pactado en el acto constitutivo e inscribirse en el asiento electrónico, la forma de la ejecución del título valor en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, que podrían ser una de las cuatro que regula y extiende esta Ley de la Garantía Mobiliaria: (i) Pacto, con gran espacio para la autonomía privada, pero debiendo dar estricto y puntual cumplimiento a los incisos 2 y 4 del artículo 47. La opción del pacto está prevista en el penúltimo párrafo del artículo 47; (ii) Pacto para que la ejecución se realice en sede judicial conforme al Código Procesal Civil o en el caso que no haya habido pacto se de, de hecho, la situación prevista en el artículo 47.6; (iii) Ejecución con arreglo al artículo 47 de la Ley N° 28677; y (iv) Adjudicación del bien por el acreedor garantizado a que se refiere el artículo 53.

3. Contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria

Artículo 19.- El acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria deberá contener como mínimo:

1. Los datos que permitan la identificación, incluyendo el domicilio, del constituyente, del acreedor garantizado y del deudor, así como la firma escrita o electrónica cuando menos del primero.
2. En caso de bienes no registrados, la declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. El constituyente asumirá las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivarse de la falsedad o inexactitud de esta declaración.

(117) Artículo 54. Venta extrajudicial. “En los títulos valores afectados en garantía, salvo disposición distinta de la ley, puede acordarse prescindir de su ejecución judicial y que su venta se realice en forma directa o extrajudicial, conforme a los acuerdos adoptados al efecto, según las disposiciones aplicables a la ejecución extrajudicial de la garantía prendaria”.

3. El valor del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, acordado entre las partes o fijado por un tercero de común acuerdo.
4. El monto determinado o determinable del gravamen.
5. La identificación y la descripción del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. La descripción se realizará preferentemente de forma específica o genérica, según lo acuerden las partes.
6. La descripción específica o genérica de la obligación garantizada, según lo acuerden las partes.
7. El nombre o razón social, documento oficial de identidad y domicilio del depositario, si fuera el caso.
8. La fecha cierta del acto jurídico constitutivo.
9. El plazo de vigencia de la garantía mobiliaria. Podrá pactarse un plazo indefinido. En defecto de plazo pactado, se presume que es indefinido.
10. La forma y condiciones de la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria.
11. Indicación de los datos de inscripción del bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes, cuando corresponda.
12. Identificación de los representantes a que se refieren los artículos 47, inciso 1, y 53, numeral 53.6, de ser el caso.

Toda la información que antecede deberá constar en el formulario de inscripción correspondiente.

El acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria viene a ser la relación básica, subyacente o primaria a partir del cual se plasma o redacta el asiento electrónico —expresión del acto inscribible— a que se refieren los artículos 33 y 32 de la Ley, que certifica el notario en orden a la atribución que le ha sido conferida por el artículo 34.

El acto jurídico constitutivo debe contener como mínimo la siguiente información:

- a) Los datos de identificación del (i) constituyente, del (ii) acreedor garantizado y del (iii) deudor, sus respectivos domicilios⁽¹¹⁸⁾

(118) La Ley subraya el dato del domicilio para todos los fines de notificación válida y dicho domicilio puede ser modificado, pero tal cambio debe constar en el asiento electrónico y debe haberse formalizado cumpliendo el procedimiento establecido por la Sunarp según

y la firma manuscrita o electrónica de cuando menos, el constituyente. Estos también estarán en su momento vaciados en el asiento electrónico, según lo dispone el artículo 33 incisos 1, y 2. En estos últimos incisos se comete el mismo error que comentamos en el párrafo G) de este mismo punto dos –al cual nos remitimos, en cuanto a que solo dice “nombre o razón social” omitiendo la “denominación”. Ahora bien, es verdad que en principio este acto jurídico debería estar firmado por los tres (podría ser que el deudor sea además el constituyente, en cuya hipótesis serían solo dos), es decir, (i) constituyente de la garantía, (ii) acreedor garantizado y (iii) deudor, la Ley exige la firma escrita o electrónica de cuando menos, el constituyente. Sin duda, no solo para este acto es el más importante sino que a este efecto resulta además, absolutamente indispensable. Es más, el párrafo final del artículo 17 expresa otro escenario que afirma y sustenta lo expuesto al disponer incluso que “Cuando la garantía mobiliaria se constituya por un tercero, no se requerirá del consentimiento del deudor”.

- b) Si los bienes están registrados no hay que hacer ninguna declaración jurada porque la propiedad aparece inscrita con fe pública registral. Cuando los bienes que van a ser afectados en garantía mobiliaria no se hallan registrados, se pide una declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario, asumiendo estas las responsabilidades civiles o penales⁽¹¹⁹⁾ que pudieran derivarse de la falsedad o inexactitud de esta declaración. Esta información la encontramos vaciada en

puede verse del artículo 40. Se supone que el domicilio constituye uno de los datos básicos de identificación de una persona (nombre, nacionalidad, estado civil, ocupación y domicilio, además del documento oficial de identidad - RUC, DNI o Pasaporte, según corresponda), y sin embargo el legislador lo agrega como queriendo destacarlo y asegurarse de que él no será omitido. El segundo párrafo del artículo 40 apareció en *El Peruano* del 1 de marzo de 2006, con errores tipográficos. Consideramos que deberá leerse así: “El domicilio del acreedor garantizado, del deudor, y en su caso, del constituyente, será (...)”.

(119) La responsabilidad civil se expresará en una demanda de indemnización por daños, que según las circunstancias podrá comprender además el daño emergente, el lucro cesante y otros rubros. La responsabilidad penal tiene como cauce el delito contra la fe pública previsto y penado en el artículo 427 del Código Penal; podría ser agravado.

el asiento electrónico a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 inciso 4 de esta Ley.

- c) La fe pública registral es el convencimiento y la confianza que tiene una persona en que el Estado organiza una Oficina para ofrecer garantía de un derecho, con un ordenamiento que lo rige, con funcionarios idóneos y de calidad jurídica. En otras palabras, las partes intervinientes o terceros, están convencidos que lo inscrito es verdad y exacto, inatacable. El transferente, porque sabe que su derecho está protegido; y el adquirente, porque sabe que el derecho que va a adquirir es legítimo (exacto, eficaz, válido y cierto). Este adquirente, que es tercero registral, sabe que siempre que adquiera a título oneroso y con buena fe⁽¹²⁰⁾, de quien aparece en el registro como titular registral, estará adquiriendo un derecho limpio, transparente e invulnerable. Dicha adquisición, si se inscribe, está protegida contra cualquier acto que pretenda enervarlo, por causa que no conste en los Registros Públicos del lugar de la celebración del acto o contrato (artículos 2034 y 2038 del CC.). Entonces, el que hizo uso del Registro está convencido de protección y el que recién va a hacer uso, cree en él, confía en él, tiene fe en que su derecho será protegido y es inatacable, salvo lo dispuesto en la misma ley⁽¹²¹⁾.
- d) La indicación del valor del bien mueble acordado por las partes o fijado por un tercero de común acuerdo es un dato es muy

(120) La buena fe, es ignorar la existencia de inexactitudes fuera del registro; que provoquen nulidad, rescisión y resolución. La buena fe se presume y la presunción, es el desconocimiento de la existencia de causa, motivo o razón es de nulidad, rescisión y resolución.

(121) El Reglamento General de los Registros Públicos, en el artículo VII de su Título Preliminar nos habla del principio de fe pública registral: “La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquellos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales”. El Código Civil de 1984 en su artículo 2014 también hace referencia a dicho principio: “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

importante, tanto en la ejecución ordinaria de la garantía mobiliaria, artículos 47.2 y 47.4 así como para el caso de la adjudicación del bien por el acreedor, en cuya situación incluso, el artículo 53.1 establece que para la validez de este pacto (comisorio) se requiere bajo sanción de nulidad “incluir el valor del bien afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y además otorgarse el poder a que se refiere el artículo 53.6”, tomando en cuenta si la adjudicación es por valor menor o mayor que el monto de la deuda, según las disposiciones de los artículos 53.3 y 53.4 de la Ley. Esta información también la encontraremos en el asiento electrónico por mandato del artículo 33 inciso 7.

- e) La precisión del monto del gravamen es también vital. No olvidemos que según el artículo 3.2 de la Ley “La garantía mobiliaria comprende, salvo pacto distinto, la deuda principal, los intereses⁽¹²²⁾, las comisiones, los gastos, las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos procesales⁽¹²³⁾, los eventuales gastos de custodia y conservación⁽¹²⁴⁾, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios⁽¹²⁵⁾ y cualquier otro concepto acordado por las partes

(122) Artículo 1242 del CC. “El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”.

(123) Artículo 410 del CPC. “Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso”. Artículo 411 del CPC. “Son costos del proceso el honorario del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su fondo mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial.

(124) El constituyente y el eventual adquirente tienen la obligación de conservar el bien mueble afecto en garantía mobiliaria y consecuentemente evitar su pérdida o deterioro. Si lo dañaran o pusieran en peligro, el acreedor garantizado tiene el derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona. El deterioro o daño se verifica comparando el estado de conservación encontrado (artículos 98 y 99 de la Ley del Notariado 26002) con el declarado según el artículo 19.5 de la Ley, o mediante peritaje acordado por las partes. Ver artículo 11.3 y artículo 12 tercer párrafo, máxime si el acreedor garantizado tiene la calidad de depositario cuando tiene la posesión del bien mueble. La custodia, el mantenimiento y la conservación de los bienes muebles constituyen responsabilidades que deben ser retribuidas.

(125) Artículos 1314 Inimputabilidad por diligencia ordinaria; 1315 Caso fortuito y fuerza mayor; 1318 Dolo; 1319 Culpa inexcusable; 1320 Culpa leve; 1321 Indemnización por

hasta el monto del gravamen establecido en el acto jurídico constitutivo⁽¹²⁶⁾". Esta información estará incluida en el asiento electrónico por mandato del artículo 33 inciso 8. Para el asiento electrónico esta necesaria información la encontramos en el artículo 33 inciso 8.

- f) La identificación y descripción del bien mueble afectado en garantía mobiliaria es fundamental pues será la única manera de probar el deterioro, daño o pérdida, el que se debe verificar comparando el estado de conservación **encontrado** con el **declarado según el artículo 19 inciso 5 de la Ley**. Ver artículo 33 inciso 3.
- g) Así como la identificación y descripción del bien mueble afectado en garantía mobiliaria del inciso anterior se refiere propiamente al "bien mueble" en sí, la descripción específica o genérica de la obligación garantizada está referida pues a la "obligación garantizada" misma. En otras palabras, el inciso 5 de este artículo 19 (punto anterior) es concordante con los párrafos 3.2 y 3.3; mientras que este inciso 6 concuerda con el párrafo 3.4, el que expresa: "Puede constituirse garantía mobiliaria abierta para asegurar obligaciones propias o de terceros, presentes o futuras. El monto de las obligaciones garantizadas puede ser variable, siempre que sea determinable. No será exigible la indicación de un monto determinable cuando se acuerde que garantiza todas las obligaciones presentes o futuras asumidas con el acreedor garantizado". Con esta Nueva Ley N° 28677 se admiten las prendas y las hipotecas **sábanas** para cualesquiera acreedores, sean bancos o no, y aun cuando el constituyente no sea el mismo deudor sino un tercero. Se deroga también la prohibición de pactar la previa intervención del banco para gravar, vender o enajenar bienes afectos a favor de bancos. En efecto, la Ley N° 27682 dispuso en su momento que "los acuerdos, declaraciones y/o pactos

dolo, culpa leve e inexcusable; 1329 Presunción de culpa leve del deudor; 1331 Prueba de daños y perjuicio.

(126) Ver artículo 3.2 *in fine*, de la Ley.

que hubieran asumido o pudieran asumir los usuarios frente a las empresas del sistema financiero, según los cuales no pueden gravar, vender o enajenar sus bienes ni incrementar deudas, fianzas y/o avales, sin la previa intervención de las referidas instituciones, son nulos”. El artículo 172 de la Ley de Bancos, Ley N° 26702 tendrá en adelante, un solo párrafo. Este inciso 6, descripción específica o genérica de la obligación garantizada concuerda con el inciso 8 del artículo 33 de la Ley.

- h) Admitiendo la posibilidad –que sería lo más razonable– de que el depositario sea una persona jurídica, se le pide el nombre o razón social, documento oficial de identidad (RUC) y domicilio del depositario. Debió decir **nombre**⁽¹²⁷⁾, (para el caso de persona natural); **denominación**⁽¹²⁸⁾ (que es el nombre de las sociedades de capitales) o **razón social**⁽¹²⁹⁾ (que es el nombre de las sociedades de personas). Solo se puso en la Ley, nombre o razón social. Depositario puede ser una persona natural –evidentemente– pero las opciones o posibilidades de su fallecimiento, incapacidad, accidente grave, causal sobreviviente, urgencia de salida del país, etc., tornan a este, un depositario frágil o precario. La persona jurídica, en cambio, suele sobrevivir a la persona natural, tiene mayor estabilidad, garantía y menos posibilidades de caer en causales que circundan a la persona física. En todo caso, si el acreedor garantizado es persona natural y no se dedica habitualmente a actividades de intermediación financiera, bien puede ser el depositario una persona natural; en cambio, si es una entidad del SFN, es evidente que mejor será tratar contractualmente con una persona jurídica que le conceda adecuadas y convenientes garantías y seguridades. La información acerca del depositario la encontramos –para fines del asiento registral– en el artículo 33 inciso cinco.

(127) Artículo 19 del CC: Derecho al nombre. “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.

(128) Ver artículos 50 y 55.1, para sociedades anónimas; y 284 para sociedades comerciales de responsabilidad limitada, de la LGS N° 26887.

(129) Ver artículos 266 para sociedad colectiva; 279 para sociedades en comandita; y 296 para sociedades civiles.

- i) La fecha cierta del acto jurídico constitutivo. “Si bien nuestro Código Civil no define (precisa) lo que debemos entender por fecha cierta, nuestro Código Procesal Civil si lo hace, y es norma que debemos aplicar en virtud de una interpretación sistemática del Derecho nacional, así como del principio de completitud del sistema jurídico. Si una norma no define una figura nada nos impide usar la definición que da otra siempre y cuando sea adecuado al sentido de la norma. El artículo 245 del Código Procesal Civil señala que un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso (nosotros hacemos una interpretación extensiva) desde:
- 1) La muerte del otorgante.
 - 2) La presentación del documento ante funcionario público.
 - 3) La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas.
 - 4) La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
 - 5) Otros casos análogos.

Excepcionalmente, el juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción⁽¹³⁰⁾.

En la legislación comparada, el Código Civil argentino en su artículo 1035 señala los cuatro modos de dar a los documentos la fecha cierta:

1. La exhibición del documento privado en juicio o ante autoridad.
2. El reconocimiento del documento ante escribano (notario) y testigos.

(130) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Comentario al artículo 1061. Gaceta Jurídica, Lima, p. 798.

3. La transcripción del instrumento en un registro público.
4. El fallecimiento de alguna o algunas personas que lo suscriben (las partes o los testigos).

A tenor del artículo 1865 del Código Civil español, la prenda no surte efecto frente a terceros si no consta por instrumento público la certeza de la fecha. Evidentemente, el artículo 1865 debe complementarse con el artículo 1227 del mismo cuerpo legal, que reconoce la fehaciencia de la fecha también a documentos privados, siempre que se incorporen a un registro público, desde la muerte de cualquiera de los firmantes o desde el día que se entregase a un funcionario público por razón de su cargo⁽¹³¹⁾.

El profesor Carlos Ferdinand Cuadros Villena nos ilustra así: “El documento de fecha cierta será exigible para la prenda ordinaria. La prenda sin tradición (o con tradición jurídica) exige su inscripción en el registro y produce efectos desde el momento de la inscripción. Consiguientemente, en este caso no será exigible el documento de fecha cierta, sino el certificado de la inscripción”⁽¹³²⁾. Es evidente que en nuestro caso, el caso peruano, la indispensable presencia notarial que exige el artículo 34 primer párrafo, *in fine*, le confiere fecha cierta al documento. Para el asiento electrónico, la indicación de la fecha cierta del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria la tenemos en el artículo 33 inciso 9.

- j) El formulario de inscripción correspondiente debe indicar el plazo de vigencia de la garantía mobiliaria estableciendo la Ley que, en defecto de tal indicación, se presumirá que es indefinido. Este es un dato vital. No solo el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria debe consignarlo, sino que también debe hallarse anotado en el asiento electrónico según lo

(131) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales. Derechos Reales Limitados*. 1ª edición, Civitas, Madrid, 1987, p. 127.

(132) CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Tomo IV, Fecat, Lima, 1966, p. 119.

prevé el artículo 33 inciso 10 de esta misma Ley. Nótese que el segundo párrafo del artículo 41 prescribe que la inscripción en el Registro correspondiente tiene vigencia por el plazo consignado en el formulario de inscripción, y es en este donde –como sabemos– se vacía toda la información del acto jurídico constitutivo según lo dispone el último párrafo del artículo 19. Es más, el asiento electrónico de los actos inscribibles (artículo 32) se cancela, sin más, cuando ha transcurrido el plazo de vigencia de la garantía mobiliaria, salvo renovación solicitada por el acreedor garantizada antes de la fecha de vencimiento. En efecto, el último párrafo del artículo 41 dice textualmente que: “En el caso del inciso 2, (ha transcurrido el plazo de vigencia de la garantía mobiliaria) se procederá a la cancelación por la sola verificación del transcurso del plazo de la vigencia de la garantía mobiliaria otro acto inscribible”. Incluso, antes hemos comentado que esta disposición colisiona y por supuesto deroga la norma especial –por no decir privilegiada, que tenían las entidades del SFN, en el artículo 172 de la Ley de Bancos el cual establecía que “la liberación y extinción de toda garantía real constituida a favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos a favor de una empresa”. El mandato para que este dato se incluya en el asiento electrónico lo hallamos en el artículo 33 inciso 10.

k) La forma y condiciones de la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria está en el artículo 33 inciso 6 de esta Ley. Las opciones son cuatro y son las siguientes:

- Proceder a la ejecución judicial conforme al CPC, si hubiere pacto en este sentido o se diere de hecho la situación de haber transcurrido sesenta días⁽¹³³⁾ desde la

(133) Las partes podrán convenir un plazo distinto.

remisión de la carta notarial a que se refiere el inciso 3, del artículo 47;

- Proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en el acto constitutivo, debiéndose observar necesariamente las disposiciones establecidas en los incisos 2 y 4 del artículo 47;
 - Proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los incisos 1 a 7 y en los dos pequeños párrafos que aparecen al final; y,
 - Previo pacto, adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, siempre y cuando aquel haya incluido el valor del bien acordado por las partes y se haya otorgado el poder específico e irrevocable a un representante común, a que se refiere el artículo 53.6 de la ley.
- l) La indicación de los datos de inscripción del bien mueble en un registro jurídico de bienes, cuando corresponda, que se incluirá al redactar el asiento electrónico por mandato del artículo 33 inciso 11.
- m) Identificación de “los representantes” a que se refieren los artículos 47.1 y 53.6. No logramos entender por qué se los refiere en plural, es decir, como “los representantes”, cuando en todas las circunstancias de la ley –inclusive por supuesto, en los artículos 47.1 y 53.6 a los que se remite– están señalados y son tratados como “el representante”. En efecto, en las dos únicas ocasiones que se les cita –asumimos que por error, como “los representantes”, es en los artículos 19.12 (contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria) y 33.12 (contenido del asiento electrónico). En todos los demás casos, artículos 47.1, 47.3, 47.7, 49, 52, 53.2, 53.5, 53.6 y 53.7, se los refiere como “el representante” o el “representante común”.

Después de haber constatado que prácticamente toda la información que debe contener el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria a que se refiere el artículo 19 debe ser vaciada para llenar el asiento

electrónico que dispone el artículo 33, advertimos que tiene razón el profesor Álvaro Delgado Scheelje cuando afirma que la “Ley de la Garantía Mobiliaria plantea niveles de simplificación, unificación e interconexión que están en la inscripción, en la consulta y en la ejecución y que el formulario –al menos en teoría– debe ser más barato y sencillo, tanto que casi será copiable al asiento de inscripción. En la LGM hay una calificación registral atenuada, la que es propia de los bienes muebles en la legislación comparada. Hoy en día ya no es relevante el folio real, gracias al índice informático”. A continuación del artículo 33 presentaremos un cuadro en cuya columna izquierda se anota resumidamente, la información del acto constitutivo y a la derecha el contenido del asiento electrónico. Descubrimos que está todo, uno a uno, excepto la del inciso 6 del artículo 19, es decir, “la descripción específica o genérica de la obligación garantizada, según lo acuerden las partes”, y es plausible y válido que esta información no tenga porqué ser exigida. No debemos olvidar que el asiento electrónico está diseñado para vaciar allí no solo el contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria, sino también y además, todos los otros actos inscribibles a que se refiere el artículo 32, y que son numerosos, como son el caso de la cesión de derechos, los fideicomisos, el arrendamiento financiero, los contratos preparatorios, las medidas cautelares y otros. Es evidente que el artículo 33 ordenaría ingresar en el asiento electrónico información que no siempre existe en forma puntual y desnuda en los otros actos jurídicos, es decir, la descripción de la obligación garantizada. En todo caso, si ya se tiene el monto determinado o determinable del gravamen, según lo ordenan los incisos 4 y 8 de los artículos 19 y 33, respectivamente, para qué precisa más el registro público. No es indispensable ni absolutamente necesario que todo el mundo se informe o entere de la obligación que garantiza, cuya descripción específica o genérica ordena la ley en el artículo 19.6 de la ley, pero para el acto constitutivo, es decir, que irá también al Registro, pero como título archivado.

Conste que el párrafo final del artículo 33 dice: “La información que antecede deberá constar en cuanto sea aplicable en el asiento electrónico de los otros actos inscribibles”. El mismo primer párrafo del artículo 34 precisa: “Para la inscripción de los actos señalados en el artículo 32 de la presente ley en el Registro correspondiente, tiene mérito suficiente el

formulario de inscripción aprobado por la Sunarp suscrito por los otorgantes del acto, en donde conste la información señalada en el artículo 19”.

Quisiéramos referirnos al formulario de inscripción que cita la parte final de este artículo 19, el cual con arreglo al primer párrafo del artículo 34 tiene mérito suficiente para la inscripción de los actos señalados en el artículo 32. El uso de este con firma legalizada notarial en sustitución de escritura pública abarata costos y estandariza calificaciones registrales (artículo 36), con beneficio para los deudores que eran quienes asumían los costos notariales.

Tocando el tema del contenido del asiento electrónico debemos destacar, para terminar, que los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha y hora en que se haya ingresado el formulario correspondiente al registro, momento a partir de cual tal inscripción goza de oponibilidad frente a terceros, según lo prevé el artículo 37 de la Ley. El artículo 2012 del Código Civil⁽¹³⁴⁾ y 38 de la ley establecen que la inscripción en el Registro correspondiente se presume conocida, sin admitirse prueba en contrario. Por último, si existiese discrepancia entre el acto jurídico inscribible y la información en el asiento electrónico, prevalecerá frente a terceros la información contenida en este último, como debe ser, por el principio de fe pública registral.

El artículo 7 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, prescribe cuáles son los datos que como mínimo, debe contener el contrato de garantía mobiliaria, y su inciso IV refiere a “la descripción de los bienes muebles en garantía, en el entendido de que dicha descripción podrá realizarse de forma genérica o específica”. Nos parece un texto más claro que el del inciso 5 del artículo 19 (concordante con el 33.5) que precede, que dice: “La identificación y la descripción del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. La descripción se realizará preferentemente de forma específica o genérica, según lo acuerden las partes”. Nos parece que el “preferentemente” no juega para nada. Si lo que se quiso es recomendar legalmente la específica y apartar la genérica, debió redactarse así: “(...) La descripción se realizará preferentemente

(134) Artículo 2012 del Código Civil: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

de forma específica y solo si no hubiere acuerdo de voluntades, se hará en forma genérica. Si hubiese otra diferencia con el texto de la de la OEA, sería el de que su inciso V dispone la anotación de un dato interesante que pasa inadvertido, y que por supuesto, no aparece en la Ley peruana: ‘La mención expresa de que los bienes muebles descritos servirán de garantía a la obligación garantizada’”.

Finalmente, en cuanto al RLGM debemos decir que numerosas son sus concordancias. En la Ley, el 19 (formulario) es al 33 (asiento electrónico) como en el Reglamento, el 28⁽¹³⁵⁾ (formulario) es al 83 (asiento electrónico de garantías mobiliarias). Quisiéramos hacer cita acá, solamente, de seis normas del Reglamento. Los artículos 25, 26, 27 y 28; y 78 y 79. Los cuatro primeros expresan que los formularios, debidamente llenados y suscritos por los otorgantes, constituyen título suficiente para inscribir los actos a que se refiere la Ley; que hay tres formas para su llenado: manual y en soporte físico; precodificada y en soporte físico; y, precodificada y envío electrónico. Que las clases de formularios son tres: de la inscripción de la garantía, de la inscripción de otros actos y de la cancelación de la garantía mobiliaria. Finalmente, que el formulario debe indicar los trece datos que cita el artículo 28. Los artículos 78 y 79 se refieren al cambio de domicilio y a la inscripción, modificación y extinción de la representación especial.

4. Garantía mobiliaria preconstituida

Artículo 20.- Puede preconstituirse la garantía mobiliaria en los siguientes casos:

1. Sobre bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.
2. Sobre bien mueble futuro, antes de que exista.
3. Para asegurar obligaciones futuras o eventuales.

En los casos mencionados, deberá dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria del carácter ajeno o futuro del bien mueble o del carácter futuro o eventual de la obligación garantizada.

Se preconstituye la garantía mobiliaria porque el bien mueble materia de afectación o no es propiedad del constituyente o aún no existe; por

(135) Modificado por la R. N° 219-2006-SUNARP/SN del 5 de agosto de 2006.

otro lado, porque las obligaciones que asegurará son futuras o eventuales, obvio, aún inexistentes. Lo que desean las partes es asegurar probables situaciones futuras celebrando y registrando un precontrato, contrato preliminar o contrato preparatorio, como le denomina nuestro Código Civil. Cuando a una institución jurídica se le antepone el prefijo *pre* es con el fin de concederle prioridad, precedencia o calidad; en derecho encontramos numerosos casos, tales como *prenatal*, *preaviso*, *prejudicial*, *precautelar*, *predeterminado*, *prematrimonial*, etc.

Con el mismo esquema y la misma verdad objetiva con que regula el tema nuestro Código Civil, la Ley prevé que deberá dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria, del carácter ajeno o futuro del bien mueble o del carácter futuro o eventual de la obligación garantizada. La eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida se regula en el artículo veintiuno.

La posibilidad de afectar bienes aún no existentes o que aún no son de propiedad del constituyente, bajo la condición de que existan o sean adquiridos por este, es toda una novedad. Si bien podían garantizarse créditos sujetos a condición o a plazo, no era posible afectar bienes inexistentes o futuros. Estimamos muy positivo este cambio pues posibilitará afectar bienes en proceso de fabricación, o en proceso de importación, o de producción, como de cosechas futuras, todo lo cual posibilitará financiarlos con la seguridad, la adquisición o existencia de esos bienes.

El distinguido profesor Manuel De La Puente y Lavalle señala las siguientes características de los bienes futuros⁽¹³⁶⁾:

- a) Se trata de bienes en el sentido de que se ha dado a esta expresión en el estudio sobre “bienes susceptibles de compraventa”, o sea que comprende, según la expresión de Arias-Schreiber, las cosas y derechos y, en general, tanto los elementos incorporales como los objetos corporales.
- b) Estos bienes son inexistentes, *in rerum natura* (en la realidad; en la naturaleza de las cosas), al momento de celebrarse el

(136) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 48-49.

contrato. Sin embargo, se admite que los bienes estén en germen, como ocurre en el caso de la cría de una yegua preñada o los frutos de un árbol que está en flor.

- c) Debe existir incertidumbre respecto a la futura existencia del bien, ya sea pasando del no existir al existir, o de un modo de existir a otro modo de existir. El grado de esta incertidumbre depende de la modalidad del respectivo contrato, o sea debe ser muy relativa—casi lindando con la certidumbre razonable—en el caso de la *emptio rei speratae*, y decididamente absoluta tratándose de la *emptio spei*.
- d) Este elemento de la incertidumbre sobre la venida en existencia del bien se encuentra, como dice el mismo López De Zavalía, incorporada al contrato, en el sentido de que todas las partes deben conocer el grado de incertidumbre.

En tal sentido, es indispensable que en el contrato se exprese la inexistencia actual del bien y la posibilidad de que cobre existencia.

El segundo párrafo del artículo 6, de la LMIGM, dispone que “sin embargo, la garantía mobiliaria sobre bienes futuros o a adquirir posteriormente gravará los derechos del deudor garante (personales o reales) respecto a tales bienes, solo a partir del momento en que el deudor garante adquiera tales derechos”. Los artículos 20 a 22 de esta Ley N° 28677 regulan, respectivamente, (i) la garantía mobiliaria preconstituida, (ii) su eficacia, (iii) su prelación y (iv) la consecuencia ante su falta de perfeccionamiento.

En lo tocante al RLGM debemos concordar este artículo 20, cuando menos, con los artículos 18, 28, 64, 65, 67, 81 y 82⁽¹³⁷⁾. Así es. Se dispone en el artículo 18, tercer y quinto párrafo, que si la garantía afecta los bienes futuros del constituyente, el registrador trasladará de oficio la garantía preconstituida a todos los bienes muebles que ulteriormente se inscriban a nombre del constituyente en los registros jurídicos de bienes, con el otorgamiento de eficacia respectiva. Entre tanto, en el RMC la garantía conservará su naturaleza de preconstituida. En el artículo 28 se

(137) Conste que de esta relación han sido modificados por la R. N° 219-2006-SUNARP/SN del 5 de agosto de 2006, los artículos 28, 64, 67, 81 y 82.

establece que el formulario de inscripción será utilizado además para la preconstitución y modificación de cualquier dato del contrato; así como para la renovación de la garantía. Tratándose de garantías que afecten la totalidad del patrimonio mobiliario actual del constituyente, el artículo 64 prescribe que corresponderá la preconstitución de garantía si además tiene la característica de garantía abierta. En el caso de garantía sobre el total del patrimonio mobiliario futuro del constituyente, el artículo 65 estatuye que corresponde su preconstitución, la cual tendrá eficacia en el momento en que se inscriba el bien en los Registros Jurídicos de Bienes o cuando se presente la declaración jurada de propiedad en el RMC. En cuanto a las garantías mobiliarias que garantizan obligaciones futuras o eventuales, se inscribirán en el RMC o en los RJB, cuando corresponda, siempre con la calidad de preconstituida, hasta que las obligaciones sean determinadas conforme a los artículos 67⁽¹³⁸⁾ y 82 de este Reglamento. En efecto, los artículos 81 y 82⁽¹³⁹⁾ regulan de modo prolijo y claro el tema del artículo 20 de esta Ley, en comento, y dispone que procede la preconstitución de la garantía mobiliaria en los casos que señala el artículo 81 y que ella tendrá naturaleza de inscripción con eficacia suspendida.

5. Eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida

Artículo 21.- La eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida quedará sujeta a las siguientes reglas:

1. Tratándose de un bien mueble ajeno, a que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.
2. Tratándose de un bien mueble futuro, a que el bien mueble llegue a existir.
3. Tratándose de una obligación futura o eventual, a que en efecto se contraiga tal obligación.

Es evidente que la eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida que dispone el artículo 20 queda sujeta a determinadas reglas que se

(138) El texto del nuevo artículo 67 prescribe que: “Las garantías mobiliarias abiertas serán inscritas como constituidas, siempre que una de las obligaciones garantizadas tenga la condición de presente (...).

(139) El texto del tercer párrafo del nuevo artículo 82 establece que: “En el caso del literal c) (del artículo 81) adquiere eficacia la garantía con la inscripción de por lo menos una obligación acreditada mediante su determinación en el formulario respectivo. Dicho formulario **podrá ser otorgado únicamente por el acreedor si fue expresamente facultado para ello en el acto de preconstitución**”. Esto habrá que tenerlo muy presente.

citan acá. Nuestro Código Civil en su artículo 1537 define la Promesa de Venta de Bien Ajeno del siguiente modo: “El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472”⁽¹⁴⁰⁾. A su turno, también el artículo 1534 del mismo cuerpo legal define la Compraventa de Bien Futuro: “En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia”.

No puede haber eficacia en la garantía mobiliaria de un bien ajeno⁽¹⁴¹⁾ mientras el constituyente no adquiera la propiedad de dicho bien mueble. Tampoco podemos sostener la eficacia de un bien futuro, aunque se haya preconstituido e inscrito, hasta que dicho mueble llegue a existir. Y estas garantías tienen que ser versus obligaciones. En efecto, mientras estas obligaciones no sean contraídas por el deudor, no hay deuda qué garantizar. Este es el tercer requisito.

En cuanto a la eficacia de la garantía preconstituida⁽¹⁴²⁾ que regula este artículo 21, nos remitimos a nuestro comentario realizado en el artículo 20 parágrafo VI.

(140) **Artículo 1470.** Definición. “Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente”. Artículo 1471 Carácter de la indemnización. “En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero”. Artículo 1472 Pacto de indemnización. “Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización”.

(141) **Código argentino**

Artículo 3215.- Cuando el acreedor ha recibido en prenda una cosa ajena que la creía del deudor, y la restituye al dueño que la reclamare, podrá exigir que se le entregue otra prenda de igual valor; y si el deudor no lo hiciere, podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago.

Artículo 3216.- La prenda de la cosa ajena, aun cuando no afecta a la cosa, produce sin embargo obligaciones personales entre las partes.

Código uruguayo

Artículo 2294.- Puede dar prenda legalmente, el que tiene derecho de enajenar la cosa. Vale sin embargo, la prenda de cosa ajena, cuando el dueño, capaz de contratar, presta su ratificación o estando delante calla y no contradice.

Artículo 2295.- La prenda puede ser constituida por una deuda eventual o condicional, siendo a cargo del acreedor la prueba de haberse cumplido la condición.

(142) Manuel Albaladejo comentando el artículo 1862 del Código Civil español nos señala: “(...) Lo que quiere decir que el promitente no da ya la cosa en prenda (de forma que esta quede sometida a derecho real del acreedor), sino que únicamente se obliga a proporcionar en el futuro tal derecho real. Desde luego, de tal promesa no nace derecho de prenda,

6. Prelación de la garantía mobiliaria preconstituida

Artículo 22.- Para surtir efectos frente a terceros, la garantía mobiliaria preconstituida deberá inscribirse en el Registro correspondiente. Una vez adquirida su plena eficacia, los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de la inscripción en el Registro correspondiente. Los efectos retroactivos no perjudican los derechos que, eventualmente, hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble afectado en garantía mobiliaria.

La lectura de este artículo parece incluir tres elementos o contenidos distintos para su análisis. El primero es de que la garantía preconstituida debe inscribirse en el Registro correspondiente, exactamente igual a la ordinaria, normal o regular “garantía mobiliaria” del segundo párrafo del artículo 17 de esta Ley, que ordena que “para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente”.

A continuación, el segundo, es que la Ley dice: “una vez adquirida su plena eficacia, los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen (...)”. Nos preguntamos si acaso se ha regulado una precaria eficacia o una atenuada eficacia como para aludir acá a una “plena eficacia”. Preferible era no adjetivarla y referirse a ella como “una vez adquirida la eficacia a que se refiere el artículo anterior (...)”, que ciertamente es plena porque el constituyente ya adquirió el bien mueble ajeno, o el bien mueble futuro ya existe, o la obligación futura o eventual ya fue contraída, entonces, nos dice la Ley, “(...) los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de inscripción en el Registro correspondiente”. Y este es un principio registral que está muy bien que se respete y se uniforme en toda legislación para todos los actos y para todos los asuntos registrales. Y esta es una norma que no solo tiene estrecha vinculación o concordancia con el artículo 2012 del Código Civil, y con los

sino únicamente obligación a cargo del promitente. Lo que pasa es que no está claro si el precepto en estudio se refiere al contrato no real de prenda o al precontrato de prenda (...)” (*Derecho Civil. Derecho de Bienes. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*. Tomo III, Volumen segundo, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 257-258).

Código español

Artículo 1862.- La promesa de constituir prenda o hipoteca solo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudare a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

artículos 36 y 38 de esta Ley N° 28677, sino en particular con el artículo 37 de este cuerpo legislativo en tanto alude al mismo hecho de “retrotraerse” los efectos de la inscripción —efectuada directamente o a partir de una anotación preventiva que se convierta en definitiva, a la fecha y hora en que se haya ingresado el formulario correspondiente al Registro, momento a partir del cual tal inscripción goza de oponibilidad frente a terceros. Y otra norma que no está ausente es el artículo 2016 del CC, Principio de prioridad, “La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro”, lo que siempre hemos conocido como el *prior tempore, potior jure*, o sea que, “primero en el tiempo, mejor en el derecho”, y se refiere al asiento de presentación.

Finalmente, el tercer comentario relativo a la última parte de este artículo 22, no puede estar referido a los incisos dos y tres del artículo 21, porque, en lo tocante al inciso dos, “el bien mueble futuro” no puede tener anterior propietario y en lo que respecta al inciso tres, este no se refiere a ningún bien mueble, sino a “una obligación futura o eventual”, que no es el caso. De este modo el “bien mueble ajeno” tiene que ser el del inciso uno, que de hecho ha tenido anterior propietario y entonces es correcto que el legislador haga cita a que los efectos retroactivos dispuestos acá no pueden perjudicar los derechos que eventualmente hubiese otorgado dicho anterior propietario. Téngase presente que cuando el preconstituyente se obligó frente al acreedor potencialmente garantizado en adquirir determinado mueble ajeno para afectarlo a favor de este a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación asumida por él mismo o por un tercero, el anterior propietario no tenía porqué conocer de este compromiso y bien ha podido afectarlo o gravarlo a favor de tercera persona. La adquisición entonces del bien mueble ajeno la cumple perfectamente el preconstituyente, pero lo encuentra que ya registra anteriores afectaciones que deberán respetarse cuidadosamente.

En cuanto a la prelación de la garantía preconstituida que regula este artículo 22, nos remitimos también a nuestro comentario realizado en el artículo 20 parágrafo VI.

7. Falta de perfeccionamiento de la garantía mobiliaria preconstituida

Artículo 23.- El deudor o el tercero constituyente, en su caso, serán responsables si la garantía preconstituida no llegara a perfeccionarse por causa que le sea imputable.

A nuestro juicio se trata, simplemente, de un caso de responsabilidad por inejecución de obligaciones. En efecto, si el deudor constituyente de la garantía o el tercero constituyente de la garantía fueren responsables del hecho de que esta –la garantía– no se llegue a perfeccionar por causas o motivos que les fuere imputable, estos quedan sujetos a indemnización por el daño causado. Cuando el legislador dice que el deudor o el tercero serán responsables si la garantía no se llega a perfeccionar por culpa de ellos, están aludiendo a una responsabilidad por daños y perjuicios que se traduce pecuniariamente en el pago de una suma dineraria.

El artículo 1321 del CC dispone que “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios⁽¹⁴³⁾ quien no ejecuta sus obligaciones por dolo⁽¹⁴⁴⁾, culpa inexcusable⁽¹⁴⁵⁾ o culpa leve⁽¹⁴⁶⁾. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente⁽¹⁴⁷⁾ como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

Preguntémosnos, a continuación, en qué puede haber consistido la inejecución de la obligación por parte del deudor-constituyente o del tercero-constituyente, que justamente pueda dar lugar a demandar indemnización. Los supuestos de hecho pueden ser muy diversos, pero es evidente

(143) Ver artículo 1331 del CC.

(144) Ver artículo 1318 del CC.

(145) Ver artículo 1319 del CC.

(146) Ver artículos 1320 y 1329 del CC.

(147) Ver artículo 1321 del CC. CABANELLAS, Guillermo. “El **daño emergente**, pérdida sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación. Se traduce en una disminución de su patrimonio. La categoría opuesta, el **lucro cesante**, se configura principalmente por la privación de aumento patrimonial, por la supresión de la ganancia esperable”. Ob. cit., Vol. II, p. 472.

que tienen que estar concentrados en alguna de esta dos cosas: Uno, se dan las circunstancias para adquirir el bien mueble ajeno, el que se había preconstituido en garantía mobiliaria y dicho preconstituyente no ejecuta los actos diligentes necesarios que lo conduzcan a cerrar el trato y a formalizar dicha adquisición; o, dos, poniendo un ejemplo, el bien mueble futuro lo compone e integra una determinada cosecha de uva, algodón o café, que al momento de la preconstitución estaba acertadamente orientada para el logro de los resultados esperados; sin embargo, la negligencia, el descuido o el abandono de las tierras, hace que la cosecha se pierda inexorable e irremediamente. En ambos casos, se observa que la indemnización deberá ser pagada por los daños y perjuicios causados por dolo, culpa inexcusable o cuando menos, culpa leve, cuadro que corresponde a la llamada Teoría de la Causa Próxima.

8. Afectación de bienes muebles en garantía mobiliaria por constituyente sin derecho

Artículo 24.- Si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario.

Si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún registro de bienes, o es legítimo poseedor del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsistirá siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe.

Los dos párrafos del artículo que precede tratan de dos supuestos distintos⁽¹⁴⁸⁾. En el primero, se trata de un constituyente que no siendo propietario del bien mueble (8,000 Quintales de café) o del derecho (una patente o un dibujo industrial, probablemente no inscrito) lo ha gravado,

(148) **Código colombiano**

Artículo 2415.- Prenda de cosa ajena. Si la prenda no pertenece al que la constituye, sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste sin embargo el contrato, mientras no la reclama su dueño; a menos que el acreedor sepa haber sido hurtada, o tomada por fuerza o pérdida, en cuyo caso se aplicará a la prenda lo prevenido en el artículo 2208.

Código chileno

Artículo 2390.- Si la prenda no pertenece al que la constituye, sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste sin embargo el contrato, mientras no la reclama su dueño; a menos que el acreedor sepa haber sido hurtada, o tomada por fuerza, o perdida, en cuyo caso se aplicará a la prenda lo prevenido en el artículo 2183.

Artículo 2391.- Si el dueño reclama la cosa empeñada sin su consentimiento, y se verificaré la restitución, el acreedor podrá exigir que se le entregue otra prenda de valor igual o

lo ha afectado en garantía mobiliaria. Es evidente que tal situación no puede afectar al propietario. Es como si el automóvil de Pedro apareciera un día prendado (bien mueble afectado en garantía mobiliaria) a favor de la Financiera Lima S.A., por la deuda de José, persona a quien aquel ni siquiera conoce y por un financiamiento obtenido por este que también ignora. Él aparece registrado en esta relación jurídica como constituyente de la garantía mobiliaria no habiendo suscrito jamás, por sí o por representante con facultades, ningún formulario de inscripción que incorpore el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria. Es evidente que se harán los esclarecimientos necesarios y se establecerán las responsabilidades civiles y penales del caso, pero lo que es definitivo es que dicha garantía no puede tener efectos frente al automóvil cuyo propietario es Pedro. El ejemplo anotado no es bueno y tiene por objeto solamente llamar la atención. Estimamos en efecto, que la hipótesis del primer párrafo –no lo puedo poner en duda– debe estar referida a bienes no registrados, porque el ejemplo del automóvil es muy difícil que ocurra, sino imposible, aunque a veces, quienes trabajamos cerca,

mayor, o se le otorgue otra caución competente, y en defecto de una y otra, se le cumpla inmediatamente la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago.

Código uruguayo

Artículo 2299.- El acreedor a quien se ha prometido prenda, tiene derecho de exigir al deudor que se la entregue y no pudiendo verificarlo por haberla enajenado o perdido, estará obligado a dar otra en su lugar.

Artículo 2303.- Si la cosa dada en prenda no pertenece al deudor sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste sin embargo el contrato mientras no la reclama su dueño; a menos que el acreedor sepa haber sido perdida, hurtada o robada, en cuyo caso se aplicará a la prenda lo dispuesto en el artículo 2227. Si el dueño reclama la cosa empeñada sin su consentimiento y se verificare la restitución, el acreedor podrá exigir que se le entregue otra prenda de igual valor o se le otorgue otra caución competente; y en defecto de una y de otra, se le pague inmediatamente su crédito, aunque haya plazo estipulado para el pago.

Somarriva citado por Pérez Vives, y comentando el código colombiano, señala que: “Con respecto al dueño, el contrato no produce efecto, porque para él es *res inter alios* acta y conserva la facultad de demandar la restitución de la cosa mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria. Así se desprende de las disposiciones citadas y también lo reconocen unánimemente los autores” (PÉREZ VIVES, Álvaro. *Garantías Civiles*. 2ª edición, Editorial Themis, Bogotá, 1999, p. 258).

“Si constituye la prenda el que no es propietario, podrá el verdadero propietario reclamar, por la acción reivindicatoria, la entrega de la cosa dada en prenda y el reconocimiento de su dominio, sin que a tal demanda pueda oponer el acreedor prendario la excepción resultante de que respecto a las cosas muebles la posesión adquirida de buena fe equivale al título. (AMBROSIO COLIN, H. Capitán. *Curso elemental de Derecho Civil. Garantías personales y reales*. Tomo VI, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1925, p. 98).

sabemos que en ocasiones se presentan casos increíbles. La norma cumple su cometido: precisar que dicha garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario.

El inciso 2 del artículo 19 (contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria: información que debe constar en el formulario de inscripción correspondiente) y el inciso 4 del artículo 33 (Contenido del asiento electrónico) tienen un texto absolutamente idéntico, en tanto disponen que uno y otro deberán contener “en caso de bienes no registrados, la declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. El constituyente asumirá las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivarse de la falsedad o inexactitud de esta declaración”.

El segundo párrafo contiene un supuesto de hecho distinto al del primer párrafo, presentando a su vez dos hipótesis disímiles. La primera de ellas se refiere al caso de un constituyente que aparece como propietario del bien mueble o del derecho en algún registro de bienes. En esta circunstancia la garantía mobiliaria subsiste siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe. La segunda trata la situación de un constituyente que es legítimo poseedor del bien o derecho, pero no existe un registro que acredite su propiedad. La respuesta de la Ley es la misma. En esta coyuntura la garantía mobiliaria subsistirá siempre que el acreedor garantizado hubiese actuado de buena fe. Como constituye principio general de derecho el que la buena fe⁽¹⁴⁹⁾ se presume y la mala

(149) En contratos, artículo 1362 del CC, Buena fe. “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. En títulos valores: Artículo 15 “El título valor adquirido de buena fe, de conformidad con las normas que regulan su circulación, no está sujeto a reivindicación”. En sociedades: Artículo 37 “La sentencia firme que declara la nulidad del pacto social o del estatuto no surte efectos frente a los terceros de buena fe”. Artículo 884 del Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984 “Adquisición de un no titular. 1. Quien de buena fe y como titular de un derecho recibe de otro la posesión de un bien mueble no registrado, adquiere el derecho, aunque el transferente de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúa de esta regla los bienes perdidos y aquellos cuya posesión hubiese sido adquirida con infracción de la ley penal. 2. Los bienes muebles no registrados de los cuales se adquiera derechos reales en establecimientos abiertos al público, no son reivindicables si están amparados con comprobantes de pago o de entrega. Queda a salvo el derecho del perjudicado para reclamar en la vía civil o penal, según corresponda”.

fe deba probarse, deberemos entender que mientras no haya evidencias de colusión o fraude a la ley, la garantía mobiliaria deberá prevalecer.

Estamos en el nivel temático de buena fe pública registral⁽¹⁵⁰⁾ versus apariencia, buena fe pública que regula el artículo 2014 del Código Civil y que en el artículo 24 segundo párrafo en comento, se sumilla así: Si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún registro de bienes, o es legítimo poseedor del bien o derecho y no existe registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsiste siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe. Conste que la Ley no es ingenua. El artículo 40 primer párrafo dispone que si existe discrepancia entre el acto jurídico inscribible y la información en el asiento electrónico, prevalece frente a terceros la información contenida en este último.

El artículo VIII, Título Preliminar, del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por R. N° 195-2001-SUNARP/SN publicado el 23 de julio de 2001 en el diario oficial *El Peruano*, lo denomina Fe Pública Registral y prácticamente sumilla el artículo 2014 del Código Civil, en tanto dice: “La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquellos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales”. Adviértase que esta última expresión fue un paso adelante, reconocemos que valiente pero osado, porque lo que dice el Código Civil –como todos sabemos– es que “(...) La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”, y como bien lo explica Jack Bigio autor del anteproyecto del Código de 1984, en esta parte, es que la decisión del legislador fue dejar sentado que el vocablo “registro” incluía los títulos archivados. Felizmente, la Comisión de Reforma del Código Civil

(150) En distintas resoluciones se inserta como principio el de “fe pública registral”, y se tiene razón porque así aparece en el artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos. Nosotros opinamos que en una futura modificación del Reglamento debería ajustarse esa expresión por: “buena fe pública registral”, tanto, en primer lugar, porque su fuente es el artículo 2014 del Código Civil, y en segundo lugar, porque la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Reformas al Código Civil de 1984, ha propuesto un nuevo artículo V del Título Preliminar, relativo a la Buena fe, al cual nos remitimos.

ya encontró la fórmula ecléctica y razonable para solucionar: asientos registrales o registros públicos.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984, Título Preliminar, se lee lo siguiente: “El artículo V contiene una nueva disposición que consagra la buena fe objetiva en atención a que se trata de un principio consustancial a nuestro Derecho y a nuestra tradición jurídica. La Comisión pretende, con esta norma, que la buena fe pueda ser siempre invocada a favor de una correcta y limpia aplicación del Derecho. El efecto hermenéutico de este artículo consiste en introducir la buena fe en toda norma que contenga un derecho o un deber. Quien es titular de ellos, siempre deberá tener buena fe al obrar y, consiguientemente, siempre podrá exigirla. Los jueces, al decir Derecho, también deberán tomar a la buena fe como una regla siempre aplicable. La buena fe es un principio de relación entre sujetos de Derecho. Una persona solo tiene buena fe frente a una contraparte. Esto diferencia a la buena fe de la ausencia de dolo o de culpa: estos dos elementos son internos del sujeto que actúa y se analizan dentro de su propio yo. La buena fe es una exteriorización hacia el otro y consiste en actuar limpiamente frente a él”. La propuesta es muy simple, pero enfática: “Artículo V.- Buena fe. Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe”.

III. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Para terminar este trabajo, analizaremos todo lo concerniente a la ejecución de la garantía mobiliaria. Para ello comentaremos los artículos 47 al 55 de la Ley N° 28677.

1. Venta extrajudicial

Artículo 47.- Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil:

1. En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria se otorgará poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. No se admite el pacto mediante

el cual el propio acreedor garantizado sea el representante. El poder no requiere inscripción distinta de la que contiene el Registro respectivo. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil ni el artículo 156 del mismo.

2. Es nula la venta realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes (según el inciso 7 del artículo 33 de la presente Ley) o, en su defecto, del valor comercial del bien mueble al tiempo de la venta. La nulidad debe ser planteada dentro de los 15 días siguientes de la venta. Este plazo es de caducidad.
3. Producido el incumplimiento del deudor, del cual dejará constancia el acreedor garantizado mediante carta notarial dirigida al deudor y al representante y, en su caso, al constituyente, el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, después de transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial.
4. Si el bien mueble estuviese afecto a gravámenes anteriores a la garantía mobiliaria que dio lugar a la venta, el representante deberá consignar a la orden del Juez Especializado en lo Civil, el importe total de la venta del bien mueble dentro de los tres días hábiles siguientes al cobro del precio.

Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía mobiliaria que ha dado lugar a la venta, el representante consignará a la orden del juez el saldo del precio de venta que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor garantizado. El juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.

5. En ningún caso podrá suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el Juez Especializado en lo Civil, en la vía sumarísima, conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, bajo responsabilidad.
6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y, en su caso al constituyente y al representante y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.
7. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación garantizada al tiempo de la venta del bien mueble gravado. El representante es civilmente responsable por el cumplimiento de las condiciones pactadas para la venta. En todo caso, el representante deberá actuar con diligencia y buena fe.

Las partes podrán pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, pero deberán observar necesariamente las disposiciones establecidas en los incisos 2 y 4 del presente artículo.

Tratándose de una garantía mobiliaria constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas que anteceden en cuanto fueren aplicables.

En miles de casos, la prenda (garantía mobiliaria) no llega a desarrollar todos sus efectos específicos, singularmente cuando el deudor paga su deuda con puntualidad o esta se extingue por cualquier otra causa. La prenda (garantía mobiliaria) se extingue en estos casos ipso iure, y no queda otra cosa que hacer sino que el acreedor prendario (acreedor garantizado) devuelva la cosa al pignorante. La prenda (garantía mobiliaria) no se muestra en toda su eficacia y manifiesta su verdadera naturaleza hasta el momento en que la obligación asegurada deja de funcionar con normalidad⁽¹⁵¹⁾.

Hedeman nos habla de los requisitos necesarios para la ejecución de la prenda:

- a) Vencimiento. Se deduce de la naturaleza misma de la prenda como un forma extrema de garantía del crédito asegurado, que solo se puede llegar a la ejecución cuando a pesar de haber vencido el crédito, no se haya realizado la prestación.
- b) No es necesario que se reclame judicialmente la deuda; antes bien, el acreedor puede proceder por sí, sin necesidad de obtener para ello del Tribunal un “título ejecutivo”.
- c) Pero es preciso que, si la deuda no era originariamente de una suma en metálico, se haya convertido en tal antes de la ejecución⁽¹⁵²⁾.

El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación garantizada al tiempo de la venta del bien mueble gravado (artículo 47.7). Con arreglo a esta nueva Ley y ante el incumplimiento de la obligación, han quedado

(151) HEDEMAN, J. W. *Derechos Reales*. Vol. II, Alemania. Traducción: Díez Pastor, José y González Enríquez, Manuel. Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 495.

(152) *Ibidem*, p. 497.

fijadas hasta cuatro formas de ejecución. (i) La extrajudicial en un proceso convencional, el que viene a ser una forma mejorada y eficiente del previsto en el ahora derogado artículo 1069 del Código Civil, y que se autoriza tanto en el primer párrafo del artículo 47 cuando dice, “(...) **en la forma establecida ... en el acto constitutivo** como en su concordante y complementario que se encuentra en el penúltimo párrafo del mismo artículo 47, cuando refiere: “Las partes podrán pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, pero (...)”. El Código Civil alemán siguiendo al derecho común admite una venta privada (extrajudicial) de la prenda (parágrafo 1233 ap.1) (de la garantía mobiliaria): el acreedor pignoraticio, en ciertos supuestos y bajo determinadas formas, puede satisfacerse vendiendo la cosa, sin necesidad de obtener previamente un título ejecutivo contra el propietario de la prenda, el pignorante o el deudor; (ii) Una nueva extrajudicial, cuando en el primer párrafo del artículo 47 dice: “(...) en la forma establecida en los párrafos siguientes (...) mediante la designación de un representante del constituyente a quien se le otorga poder específico e irrevocable para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, ejecución que se halla previsto en los siete incisos de dicho artículo 47; (iii) La judicial de siempre según el artículo 720 y ss. del CPC que se prevé como fórmula excepcional si mediere pacto, según lo dispone también el primer párrafo del artículo 47 o si se diere –de facto– la situación prevista en el inciso 6, del mismo artículo; y (iv) La del pacto comisorio, es decir, posibilitando –de conformidad con el artículo 53– la apropiación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria por parte del acreedor garantizado, siempre que se hubiere acordado el valor de dicho bien mueble, de común acuerdo y, además, otorgado el poder a que se refiere el artículo 53.6.

La Ley dispone que desde el acto constitutivo de la garantía mobiliaria se debió otorgar poder específico e irrevocable a un tercero para dos cosas: (i) realizar la venta y (ii) formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.

Con relación al punto anterior nos preocupa, para los fines de cubrir el denominado “riesgo del crédito”, el fallecimiento del poderdante o del apoderado. El del apoderado lo subsanamos confiriendo poder a una persona jurídica y el del poderdante lo haríamos si separamos el patrimonio

afecto a garantía mobiliaria con calidad de patrimonio autónomo, porque en esta hipótesis, la muerte del otorgante no lo afecta, pero más, su insolvencia tampoco. Como lograr por ley esto último es poco probable, será preferible conseguir más bien otra, que disponga que el fallecimiento del poderdante⁽¹⁵³⁾ para los fines a que se contraen los artículos 47.1 y 53.6⁽¹⁵⁴⁾ de la Ley N° 28677 no impide que el representante cumpla con el encargo encomendado. Esta sugerencia no debería llamar la atención si tomamos en cuenta que desde la Ley N° 16587 de Títulos Valores, de la década de los 60 la muerte del endosante en el endoso en garantía o prenda no afecta su validez y eficacia. Puede ser objeto de prenda una cantidad de dinero, si se entrega en sobre cerrado y con garantía de su posterior identificación y de comprobación de que no ha sido abierto. Pero también puede suceder que las partes entreguen el dinero con intención de que el acreedor solo quede obligado a devolver, en su caso, otra suma igual a la recibida, que es lo que se califica de prenda irregular. Prenda irregular es, por consiguiente, la que atribuye al acreedor la propiedad de la cosa pignorada (generalmente dinero) y el derecho a consumirlo a cambio de la obligación de devolver una cantidad igual⁽¹⁵⁵⁾.

La parte última del artículo 47 bajo comentario expresa en forma parca, lacónica y escueta que: “Tratándose de una garantía mobiliaria constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas que anteceden en cuanto fueren aplicables”. Tenemos dos primeros comentarios. El primero es que la **garantía mobiliaria constituida sobre dinero** merece una explicación detallada y especial que la haremos en el punto 4., que continúa. El segundo, es que el tema de la **garantía mobiliaria sobre créditos** al que hace referencia este párrafo final del artículo 47 ha sido tocado no solo acá, sino además, regulado por el artículo 55 y por todos sus concordantes, los artículos 16, 27, 28, 31 y 32.3 a), a los cuales nos remitiremos en el punto 5.

(153) Artículo 1801 del CC. El mandato se extingue: inc. 3. Por muerte del mandante o del mandatario. El artículo 1806 aplicable al mandatario con representación de normas del Título III del Libro II Representación. Acto Jurídico.

(154) Representante común para la adjudicación del bien por parte del acreedor garantizado.

(155) PUIG BRUTAU, José. *Compendio de Derecho Civil*. Volumen III “Derechos Reales, Derecho Hipotecario”. Bosch, Barcelona, p. 391.

Con relación a la garantía mobiliaria constituida sobre dinero el derogado artículo 1089 del Código Civil establecía que “la prenda de dinero da derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito con cargo al dinero prendado”. Ahora, con este artículo 47, las cosas se habrían complicado: ¿Rigen las reglas que anteceden? ¿Habrá que otorgar poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del dinero? ¿Se procederá a la venta del dinero por un precio no menor a las 2/3 partes del valor del mismo o en su defecto del valor comercial al tempo de la venta? Opinamos que ante la imprecisión mejor será “curarse en salud”. Parece un exceso, ¿no? A nuestro juicio y conscientes de pecar en formalismos, mejor será cumplir con designar al representante para que este reciba la carta notarial a que hace referencia el inciso 3, y transcurridos tres días hábiles de recibida ella, si no se produjera el cumplimiento de la obligación, redactar una pequeña acta que de cuenta que el dinero entregado como bien afecto en garantía mobiliaria ha pasado con carácter definitivo al acreedor garantizado, formulando y aprobando las liquidaciones de gastos, comisiones, penalidades, primas y otros rubros, pactados y pertinentes al caso. Preferible es cumplir con las formalidades legales y no soslayarlas, rehuirlas o esquivarlas. Adviértase que la sugerencia tendría mayor sustento y claridad, incluso, si la prenda fue moneda extranjera, ¿o no?

El dinero está considerado como un bien fungible o sustituible por excelencia por lo que su entrega a tercero convierte a este en propietario del mismo generándose a favor de quien lo entregó un derecho de crédito, por lo que a diferencia de los demás bienes no dinerarios, para algunos autores no es posible constituir garantía sobre dinero, menos aún entregándolo al mismo acreedor a quien se adeuda una suma de dinero. Concebir al dinero como cualquier otro bien mueble que puede entregarse en garantía significará tener que mantener depositados los billetes o monedas que haya entregado o depositado el deudor, lo que no responde a la realidad. José Manuel Fínez⁽¹⁵⁶⁾ afirma: “El dinero es un bien especialmente fungible y consumible, si bien su consumibilidad no se traduce en la destrucción física o material del objeto, sino en gasto; el

(156) FÍNEZ RATÓN, José Manuel. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios*. Bosch, Editor, Barcelona, 1994, p. 18.

consumo del dinero lleva consigo su enajenación, su traslado a patrimonio ajeno”. ¿Cómo puede ser posible que el contrato de prenda transmita la propiedad del bien pignorado al acreedor o a un tercero? Este resultado impide hablar de que en la suma dineraria entregada al banco como garantía haya una auténtica prenda. De otro lado –como subraya el precitado autor–, el privilegio del crédito garantizado con prenda descansa en la posesión de la cosa por el acreedor, circunstancia de la que no puede hablarse cuando el acreedor pignoraticio deviene en propietario. La legislación comparada; sin embargo, admite la constitución de prenda sobre dinero. Así lo hace el artículo 1851 del Código Civil italiano. También el artículo 255 del Código Civil holandés. Por último, también lo regulan la legislación francesa y la española. En la legislación peruana tenemos varios casos en los que se admite esta garantía sobre dinero. La Ley de Bancos, Ley N° 26702 en su artículo 132.11 regula el derecho de compensación o *netting* respecto a los activos y pasivos mutuos que las empresas del sistema financiero mantengan con sus deudores, como también la extensión de la prenda al importe de las indemnizaciones. Igualmente, el Código Civil admite estas mismas extensiones de la prenda sobre las indemnizaciones del bien prendado siniestrado o al pago del justiprecio por expropiación. Por último, llama la atención la regulación del artículo 1089 derogado, cuando el artículo 1066 del mismo cuerpo legal prohibía el pacto comisorio, ahora felizmente superado. En efecto, siendo el dinero el bien con el que se cancelan o saldan las deudas, en aquel entonces hubiera resultado absurdo tener que rematar el dinero ante la prohibición que existía para que el acreedor se apropiara del bien prendado.

Se transcribe a continuación una sumilla de la Casación N° 2021-97-Lima, *El Peruano* del 05/12/1997, página 2148, que constituye ya un pronunciamiento jurisprudencial acerca de la naturaleza sui generis de la prenda de dinero. Ahora, con la Ley N° 28677, este tema tiene incluso mayor claridad pues con el nuevo texto legal no se cuenta ya con los obstáculos que podrían haberse presentado antes con la prohibición del pacto comisorio.

“El contenido de la prenda pecuniaria tiene como particularidad única la de no requerir para su realización la venta de la cosa, puesto que la prenda no se realiza mediante venta y enajenación sino mediante apropiación. Una vez vencida la prenda el

acreedor pignoraticio esta facultado para convertirse, por acto unilateral de voluntad, de poseedor alieno nomine en propietario (...)

La prenda puede consistir en una suma de dinero que da lugar a la llamada prenda pecuniaria por la cual se da derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito con cargo al dinero prendado”.

El párrafo final de este artículo 47 establece que tratándose de una garantía mobiliaria constituida sobre créditos regirán las reglas que anteceden en cuanto fueren aplicables. En nuestra modesta opinión, la forma de la expresión y la remisión así abierta, carente de total claridad dejando al libre albedrío de los agentes económicos decidir –en un primer momento, qué si es aplicable y qué no; y después de haber concertado y regulado sus relaciones jurídicas, al presentarse el conflicto, poner en manos de los operadores del derecho confirmar si hubo acierto o desacierto, crea incertidumbre, malestar y preocupación. Llegado el caso, se invoca a los magistrados resolver las causas a ellos sometidas, sobreponiendo la buena fe de quien suscribió el acto constitutivo, firmó el formulario o decidió la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, estimando que eso era lo correcto y que no violaba disposición legal alguna.

Los derogados artículos 1084, 1085, 1086 y 1088 del Código Civil se encargaban de regular (i) la prenda sobre crédito, (ii) la prelación de prenda sobre crédito, (iii) las obligaciones del acreedor prendario (del crédito recibido en prenda) y (iv) la prenda sobre créditos de sumas de dinero, respectivamente.

Tal como lo manifestamos anteriormente, la Ley N° 28677 regula el tema de la prenda sobre créditos en los siguientes artículos:

- Artículo 16: Garantía mobiliaria sobre créditos;
- Artículo 27: Prelación con respecto a la cesión de derechos;
- Artículo 28: Responsabilidad del acreedor cedente;
- Artículo 31: Extinción del crédito otorgado en garantía mobiliaria;
- Artículo 32.3 a): Cesión de derechos; y
- Artículo 55: Garantía Mobiliaria sobre créditos.

2. Arbitraje

Artículo 48.- Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, podrán ser sometidas a arbitraje, conforme a la Ley de la materia. Para el uso de este mecanismo las partes deben suscribir previamente un Convenio Arbitral o una cláusula compromisoria.

Los mecanismos alternativos para la resolución de los conflictos (*marcs*), tales como la negociación, mediación, conciliación, transacción y arbitraje⁽¹⁵⁷⁾ constituyen pensamiento, asunto y motivo de todos los días en el quehacer profesional. A este tema, se agrega la denominada desjudicialización de conflictos, como el caso de la presente Ley que en procura de mayor eficacia formula planteamientos interesantes.

En la Ley General de Sociedades pusimos también un artículo 48 cuyo texto expresa: “No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a esta, cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten. Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral. El estatuto también puede contemplar el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial con arreglo a la ley de la materia”.

También en la Ley de Títulos Valores se permite la inclusión de una cláusula que someta a leyes y tribunales las cuestiones litigiosas. El artículo 55 de la Ley N° 27287 dice: “Salvo disposición legal en contrario, para el ejercicio de las acciones derivadas del título valor podrá acordarse el sometimiento a la competencia de determinado distrito judicial del país, así como a la jurisdicción arbitral; o a leyes y/o tribunales de otro país”.

El artículo 68 de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, LMIGM, de la OEA, establece que “cualquier controversia

(157) Una forma de decir un poco genérica, porque un profesor de la materia nos explicaría cuáles en realidad sí son mecanismos alternativos para la solución de los conflictos y cuáles no, y por qué.

que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado”.

3. Venta en el caso de garantías mobiliarias sucesivas

Artículo 49.- Cuando hubiere garantías mobiliarias sucesivas sobre el mismo bien mueble, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada por el representante correspondiente a la garantía mobiliaria que ocupe el primer rango, en la forma y en el valor previstos en el acto constitutivo de la referida garantía mobiliaria de primer rango. El plazo para la venta será de 90 días, si no se realiza pasará sucesivamente y por el mismo plazo a instancias del segundo o ulteriores acreedores.

El artículo 7 de la Ley N° 28677 establece que “durante la vigencia de la garantía mobiliaria, el constituyente puede constituir garantía mobiliaria de segundo y posteriores rangos sobre el mismo bien mueble, con aviso notarial al acreedor garantizado de la primera garantía”. Este asunto, que lo vimos al comentar esta norma, siempre resulta polémico. Algunos teóricos o académicos –como les llama Castellares– están porque el derecho a constituir garantía de segunda y posteriores rangos no puede ser restringido, limitado ni menos, prohibido. Los principios de persecutoriedad, oponibilidad y preferencia de que está revestido este derecho real de garantía debiera tener tranquilo al acreedor de primer rango porque con la fe registral y el artículo 2012 del Código Civil, quien compre o adquiera este bien mueble por cualquier medio que posibilite la ley, sabrá a qué atenerse. En la práctica suceden casos, sin embargo, en los cuales el deudor, con el fin de burlar la obligación enajena el bien mueble a persona natural o jurídica que tiene créditos preferenciales, llámense alimentarios o laborales, y la ejecución judicial se enreda en mil vericuetos, tramas y nudos, casi imposibles de desenredar. Sin duda, quienes ejercemos plenamente la profesión sabemos que esto también es cierto. Pero en el otro lado, también es verdad, se cometen abusos sin nombre. Se le ajusta al deudor. Se le ata de pies y manos forzándolo a decisiones inconvenientes para su empresa pero apremiadas y constreñidas por el proveedor del dinero. Se le exige una y mil garantías, fianzas, avales, hipotecas, y a toda decisión para conseguir recursos frescos la respuesta es NO. No es correcto pensar que en un lado están los

buenos y en el otro los malos. Este es un sesgo en la profesión cuando solo se ha trabajado para un lado.

Volvemos a nuestro tema. Como el artículo 7 no establece que todo pacto en contrario es nulo, será perfectamente válido acordar con el deudor o con el constituyente que se obliga a no concertar garantías de segundo y posteriores rangos y asegurar que el registro inscriba este pacto, para evitar el ingreso de otro(s) título(s) que lo(s) contenga.

Ha hecho bien la Ley en establecer que la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria a instancias del segundo o ulteriores acreedores (garantizados) deberá ser efectuada por el “representante” correspondiente a la garantía mobiliaria que ocupa el primer rango. En esta hipótesis, el plazo para la venta será de 90 días. Los artículos 47.4 y 53.5 que son concordantes con este artículo 49 regulan la conducta que deberá adoptar el acreedor garantizado que realice la venta extrajudicial o pretenda adjudicarse el bien mueble, que son las opciones que plantea la Ley en los precitados artículos 47 y 53.

4. Responsabilidad del poseedor del bien mueble

Artículo 50.- En la garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley, el poseedor del bien mueble afectado en garantía es responsable civil y penalmente, con la calidad de depositario, de la custodia y entrega inmediata del bien mueble a quien corresponda.

En anterior comentario hicimos la precisión de que la definición que daba el artículo 2 al vocablo depositario nos había parecido insuficiente. En efecto, dijimos que habría sido interesante que a ella se le agregara lo que proponemos acá, en letras resaltadas: “6. **Depositario:** la persona natural o jurídica que custodia el bien mueble, materia de la garantía mobiliaria, **teniendo los derechos y asumiendo las obligaciones y responsabilidades previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes**”. No se trata solo de custodiar. Es verdad que, por ejemplo, el artículo 11 en sus incisos 2 a 5 prescriben como sus deberes, los siguientes:

- **La obligación de entregar** la posesión del bien mueble dado en garantía mobiliaria al “representante” o al “acreedor garantizado”;

- **La obligación de conservar** el bien mueble afecto en garantía mobiliaria y consecuentemente evitar su pérdida o deterioro;
- **La obligación de permitir** que el acreedor garantizado inspeccione en cualquier momento el bien mueble afectado en garantía mobiliaria; y
- **La obligación de informar** por conducto notarial al acreedor garantizado sobre la ubicación, traslado, venta, transformación o transferencia del bien mueble afectado en garantía mobiliaria que no está incorporado a un Registro Jurídico.

En el artículo 11 inciso 3 se prevé que en el caso que el constituyente o el eventual adquirente dañara o pusiera en peligro el bien mueble dado en garantía mobiliaria, el acreedor garantizado tendrá el derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona o proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria sin perjuicio del derecho a solicitar la entrega de un bien mueble de igual o mayor valor al que reemplaza. De similar manera, el tercer párrafo del artículo 12 establece que el acreedor garantizado, en caso de que tuviese la posesión del bien mueble, tendrá la calidad de depositario y deberá cuidarlo y mantenerlo en buen estado. Si el acreedor garantizado dañara o pusiera en peligro el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, el deudor o el constituyente tendrán derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar.

Quiere decir que las dos situaciones están previstas con un régimen equitativo. El depositario tiene la obligación de hacer entrega inmediata del bien mueble a quien corresponda.

El artículo 51 que veremos a continuación establece las pautas para la toma de posesión del bien mueble, cuyo camino sospechamos: (i) pacto que regule la forma de tomar posesión; (ii) intervención notarial para comprobación y recojo del bien absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias; y (iii) judicial (orden de incautación).

5. Forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria

Artículo 51.- Las partes podrán regular mediante pacto la forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.

A falta de pacto, el acreedor garantizado o el adquirente de la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la certificación notarial del acto en la que se deje expresa constancia del estado y características principales del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, así como la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente y al depositario del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, dentro de los dos días hábiles siguientes.

El acreedor garantizado o el adquirente podrán, alternativamente, solicitar al Juez Especializado en lo Civil, por la vía sumarísima, un requerimiento judicial de incautación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.

El juez no correrá traslado al deudor del pedido de requerimiento y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El juez expedirá el requerimiento por el solo mérito de la solicitud del acreedor garantizado y de la documentación presentada, pudiendo dictar un apercibimiento de empleo de la fuerza pública.

El requerimiento judicial será notificado mediante oficio a la autoridad policial del lugar y dispondrá la entrega inmediata del bien mueble afecto en garantía mobiliaria al acreedor garantizado o al adquirente.

La Ley establece que las partes mediante pacto pueden regular la forma de tomar posesión del bien. A falta de pacto tenemos dos opciones, según nos ilustró uno de los más distinguidos abogados del área procesal civil del Perú, y profesor universitario, Dr. Nelson Ramírez Jiménez, en una de las importantes conferencias difundidas: posesión directa y posesión judicial. (i) Posesión directa: El acreedor puede asumir la posesión, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. En tal caso se exige, bajo responsabilidad civil y penal: a) Certificación notarial que deje constancia expresa de las características y estado del bien; y b) Notificación notarial informando de la ocurrencia, al deudor, al constituyente y al depositario, según fuere el caso, dentro de los dos días siguientes de la toma de posesión. (ii) Posesión judicial: El acreedor puede solicitar al juez en lo Civil un requerimiento de **incautación** del bien: se tramita en vía sumarísima; no se corre traslado del pedido; le está prohibido al juez admitir recurso alguno que entorpezca la incautación; puede autorizar el empleo de la fuerza pública; y la policía debe actuar dentro de las 48 horas según lo dispone el artículo 52.

Lo expuesto en el comentario cuatro del artículo 50 y uno de este artículo 51 constituye una sumilla de la regulación legislativa. Expliquemos con mayor detalle. Primero, será celebrar un pacto con el deudor-depositario, o con el constituyente-depositario o con el tercero-depositario, acerca de la forma en que se tomará posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Es evidente que si el acreedor garantizado tiene la posesión del bien, no precisa de pacto alguno. En el pacto, nosotros sugerimos que intervenga el “representante” a que se refiere el artículo 47.1 o el “representante común” citado en el artículo 53.6, toda vez que su participación activa en la venta extrajudicial del bien, es fundamental. El “representante” puede ser una persona jurídica que debe actuar con eficacia ciñéndose rigurosamente a la Ley y al pacto. El artículo 47.7 *in fine* establece que “el representante es civilmente responsable por el cumplimiento de las condiciones pactadas para la venta. En todo caso, el representante deberá actuar con diligencia y buena fe”. Dependiendo de la naturaleza o volumen del bien o bienes, se diseñará el correspondiente pacto. Muy distinto será la garantía mobiliaria de un vehículo automotor (léase, un auto) que la de lo siguiente: inventarios de una fábrica textil; un nombre comercial o una marca; una cosecha de espárragos o mangos, en 20 hectáreas de tierra ubicadas en Virú, Trujillo, o Piura; o, maquinarias y equipos, de una empresa minera en Arequipa. Las estipulaciones podrían empezar con (i) el preaviso notarial ante el incumplimiento, concediendo tres días para el pago o la puesta a disposición inmediata del (de los) bien(es). A continuación, (ii) la forma, para lo cual cada parte se obligará a designar un representante operativo que supervise el recojo y el transporte al lugar previamente acordado o el arrendamiento simbólico del lugar donde se hallan los bienes, para una ordenada ejecución y venta. (iii) Las penalidades que se acordarán para el caso de retraso o demoras injustificadas, en dicha entrega. (iv) La indicación de las primas de seguros pagadas por el acreedor, los gastos de custodia y la indemnización por daños si ella fue pactada en el acto constitutivo. (v) Otras estipulaciones que se consideren pertinentes y que no se encuentren prohibidas por la Ley.

Si el bien mueble o bienes muebles, corporales o incorporales, se prestan por su naturaleza y ubicación y ante la ausencia de pacto, bien puede el acreedor garantizado proceder a tomar posesión de él (ellos),

con presencia –bajo responsabilidad civil y penal– de un notario, quien dejará expresa constancia del estado y características principales del bien mueble afecto en garantía mobiliaria y de inmediato, la correspondiente notificación notarial al deudor, al constituyente y al depositario, en su caso, notificación que debe llegar a los destinatarios en el término de dos días hábiles.

Con arreglo al artículo 51 tercer párrafo, *in fine*, de la Ley N° 28677, el acreedor garantizado podrá presentarse al juez en lo Civil para que dicte un requerimiento judicial de incautación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, lo que se tramitará en la vía sumarísima, no se correrá traslado al deudor, se acompañará el recaudo conveniente al caso y se indicará al juez el lugar donde se halla el bien corporal materia de garantía, para el correspondiente recojo. El juez puede dictar apercibimiento del empleo de la fuerza pública. Algunos cuestionan el hecho de que el juez no corra traslado al deudor y que no acepte impugnación alguna porque esto es a todas luces una violación al debido proceso y al principio de bilateralidad o del contradictorio o de defensa. Este principio es una derivación de la cláusula constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos y que se resume en la siguiente afirmación: “Las partes en el proceso han de tener la oportunidad de expresar y producir sus pruebas”. El juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oída⁽¹⁵⁸⁾. Este artículo viola dichos principios.

6. Incautación

Artículo 52.- La autoridad policial encargada de ejecutar el requerimiento judicial a que se refiere el artículo anterior deberá llevar a cabo la incautación dentro de las 48 horas de recibido dicho requerimiento, bajo responsabilidad de la referida autoridad. El bien mueble afecto en garantía mobiliaria incautado será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien mueble o, en su defecto, al acreedor garantizado. El acreedor garantizado deberá hacer los arreglos necesarios para el transporte y custodia del bien mueble. Es responsable de su conservación.

(158) HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Manual de Consulta Rápida del Proceso Civil*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 64.

Según lo comentado en el artículo anterior, el requerimiento judicial será notificado mediante oficio a la autoridad policial del lugar disponiéndose la entrega inmediata del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, al acreedor garantizado o al adquirente. Para el efecto, la solicitud al Juez Civil deberá indicar a qué Delegación Policial deberá dirigirse el Oficio de Incautación, toda vez que la ley dice “a la autoridad policial del lugar”. Frente a esta situación, tenemos dos respuestas: una, constituirse el acreedor garantizado al lugar donde se halla el o los bienes, de modo tal que el juez del lugar dirija su Oficio a la Autoridad Policial del lugar; dos, hacerlo desde la capital de la República o capital del departamento o Provincia, dirigiendo el Oficio, el señor Juez, a la Prefectura o Autoridad Policial de la Región o Provincia, a fin de que ella derive el Oficio a la Delegación Policial correspondiente, según la jurisdicción que le respecta. En ocasiones, esta última alternativa resulta valiosa porque la autoridad policial encargada de ejecutar el requerimiento actúa por orden de su comando y no por Oficio Judicial de cuya autenticidad, en ocasiones, pone en duda.

La ley le pone un plazo a la autoridad policial para tal ejecución, bajo responsabilidad: 48 horas. El bien mueble afecto en garantía mobiliaria será entregado de inmediato al “representante” o “representante común” encargado de la venta, o en su defecto, al acreedor garantizado. Es obvio que el acreedor garantizado deberá hacer los arreglos necesarios para el transporte y custodia del bien. Es responsable de su conservación, dice la ley. Nosotros estimamos que la ley se quedó corta, porque con arreglo al artículo 50 es más que un responsable de la custodia, tendrá aun la calidad de depositario hasta que se produzca la venta y culmine el trámite de venta extrajudicial del bien con arreglo a ley.

7. Adjudicación del bien por el acreedor

Artículo 53.-

- 53.1. Es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y, además otorgarse el poder a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo.
- 53.2. Producido el incumplimiento, el acreedor garantizado que desee adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria deberá comunicar

notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes.

- 53.3. Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con mérito ejecutivo o en la vía del proceso de ejecución.
- 53.4. Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuere mayor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado deberá pagar la diferencia al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, dentro de un plazo de diez días de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el numeral 53.2 de este artículo. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor podrá exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, más intereses y gastos. Todo pacto que fije un monto inferior, es nulo.
- 53.5. Cuando el acreedor garantizado pretenda adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria de conformidad con este artículo, dicho acreedor garantizado deberá cancelar o pagar el crédito de los acreedores garantizados que lo preceden en el rango o consignar su importe al juez.

Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores garantizados cancelarán su crédito con cargo a la diferencia prevista en el numeral 53.4 de este artículo. Para este efecto el representante a que se refiere el numeral 53.6 cumplirá con consignar judicialmente el monto a que se refiere el numeral 53.4 de este artículo.

- 53.6. Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. En ningún caso el representante podrá ser el propio acreedor garantizado. El poder constará en el formulario de inscripción y se inscribirá conjuntamente con el pacto. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil. Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien mueble gravado a favor del acreedor garantizado, que este pague al representante la diferencia de valor o la multa previstos en el numeral 53.4 que antecede.
- 53.7. El representante expedirá una constancia de adjudicación para los efectos tributarios correspondientes.

Todos los Códigos Civiles modernos recogen la prohibición del pacto de la ley comisoría⁽¹⁵⁹⁾. El Código de Napoleón lo recoge con carácter particular en sede de prenda (artículo 2078), pero sin una formulación genérica. Del mismo modo, en el Código Civil italiano de 1865, en los artículos 1884 –para la prenda– y 1894 –para la anticresis–, etc. la doctrina deduce el carácter general de la prohibición, aunque, como vamos a ver, la tiende a interpretar restrictivamente. El Código Civil italiano de 1942 prohíbe expresa y genéricamente el pacto comisorio en el artículo 2744. En el Derecho Romano y en la tradición mayoritaria del derecho común, la inserción de tal pacto anulaba la prenda y el acreedor perdía la garantía; en el derecho moderno, en cambio, se declara nula la cláusula pero la garantía subsiste.

¿Cuál es el fundamento de la prohibición del pacto de la ley comisoría? Falcón lo califica de usurario porque se entregan las cosas sin tasación y normalmente por precio muy inferior a su valor real. El fundamento más alegado por la doctrina francesa es la tutela del deudor. El pacto comisorio oculta comúnmente un préstamo usurario, implica una especulación sobre una insolvencia probable y se presume una violencia moral sobre el deudor.

Junto con la tutela del deudor, la doctrina italiana moderna, desarrollando una idea original de Carneluti, afirma que el fundamento de la prohibición del pacto comisorio es también la tutela de los acreedores terceros del deudor –especialmente los quirografarios–. Pero ante estas, ciertamente tímidas justificaciones, la prohibición ha sido sometida también a severas críticas; en los momentos inmediatamente posteriores a la codificación francesa, autores como Fenet y Loche la consideraban contradictoria con el principio de autonomía de la voluntad y libertad de los convenios.

La mayoría de los autores señalan, en cualquier caso, que la prohibición es una excepción al principio de libertad de los convenios y de equivalencia formal de las prestaciones y debe ser objeto de interpretación

(159) Pacto comisorio. El pacto comisorio es aquella cláusula que autoriza al acreedor a conservar la prenda como pago de la deuda, atribuyéndole por adelantado y de pleno derecho, la propiedad para el caso de no ser pagado. (PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. p. 119).

restrictiva. Idénticas críticas se reproducen entre autores modernos. Bianca, en un reciente estudio monográfico, opina que si el fundamento de la prohibición es la tutela del deudor, no tiene sentido una declaración indiscriminada de nulidad de la cláusula y parecen más propias las armas generales frente a la usura, y si la razón de la protección es la tutela de los acreedores terceros del deudor, los mismos tienen medios específicos de protección, especialmente la revocación por fraude. Desde esta perspectiva, la prohibición del pacto comisorio aparece carente de un fundamento dogmático claro⁽¹⁶⁰⁾.

Este artículo revoluciona el sistema jurídico imperante en la materia. Posibilita pactar la apropiación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria a favor del acreedor garantizado en el caso de incumplimiento de la obligación materia de garantía, institución que se denominó pacto comisorio. Para la validez del acuerdo se precisan dos cosas: (i) incluir el valor del bien mueble acordado por las partes y que será el monto o la cifra por el cual se realizará la adjudicación; y (ii) otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en el caso del incumplimiento proceda a suscribirla documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Es curioso que para el caso de la venta extrajudicial del artículo 47 se haya anotado en el artículo 47.1 *in fine*, que para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del CC (el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor a un año), ni el artículo 156 del mismo (para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad), lo que no ha ocurrido en el artículo 53.6 en el cual se alude solo al artículo 153. Entendemos, por supuesto, que la autorización para la disposición de la propiedad se la está confiriendo esta misma Ley N° 28677, pero repetimos, en lo posible es bueno buscar uniformar los esquemas jurídicos ante situaciones símiles.

En el artículo 53.3 se indica que si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria **fuere menor** que el monto de la deuda, el acreedor garantizado podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con

(160) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales. Derechos Reales Limitados*. 1ª edición, Civitas, Madrid, 1987, pp. 104 y 105.

mérito ejecutivo⁽¹⁶¹⁾ o en la vía del proceso de ejecución; en cambio, en el artículo 53.4 se prescribe que si el valor del bien **fuere mayor** el acreedor deberá pagar la diferencia al representante dentro de los diez (10) días de recibida por el deudor la comunicación notarial (artículo 53.2) indicativa del monto de la deuda no pagada y el valor del bien acordado por las partes y si no lo hiciera, podrá exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor a cinco veces la diferencia. Dos cuestiones: (i) por qué a uno se le da el proceso ejecutivo y al otro el sumarísimo; y (ii) si la diferencia que no cumple con pagar el acreedor garantizado que se ha apropiado del bien, al constituyente, es de diez mil dólares, la multa de cinco veces sumará cincuenta mil, pero el constituyente ya no cobra los diez mil originalmente adeudados, por tanto, la multa neta es solo de cuarenta mil, es decir, cuatro veces lo dejado de pagar más el adeudo. Estas formas de redactar la Ley suelen llevar un aroma inconveniente, como pro acreedor, lo que estamos seguros no es la intención del legislador, porque el balance general, lo vemos, es equitativo y favorable al sistema crediticio, ergo, al deudor, en especial al que en muchos casos no tiene acceso al crédito bancario.

Hay otra diferencia más en los dos regímenes, el del artículo 47 y el del artículo 53. En efecto, en el artículo 53.7 se establece que “El representante (común) expedirá una constancia de adjudicación para los efectos tributarios correspondientes”, cosa que no aparece previsto en el artículo 47. Es decir, cuando se acuerda el pacto comisorio el adjudicatario tiene todavía y además, un crédito fiscal. Cuando la venta es libre, el adjudicatario no cuenta con este beneficio. Pensamos que así va a ser la lectura en un segmento importante de agentes económicos, lectura sesgada, porque lamentablemente el texto de la ley trae ese inconveniente aroma.

8. Garantía mobiliaria sobre títulos valores

Artículo 54.- El acreedor garantizado que hubiese recibido títulos valores en garantía mobiliaria, queda subrogado en los derechos del deudor para practicar todos los actos que sean necesarios para conservar la eficacia del título y

(161) Tendrá que ser el acta que redactará el representante común formalizando y cerrando la operación, en la cual dejará constancia del saldo insoluto.

los derechos de su deudor, así como para su cobro o la enajenación en caso de incumplimiento.

El acreedor garantizado responderá de cualquier omisión que pudiera afectar al título.

El artículo 54 que precede tiene estrecha vinculación con el artículo 18 de esta misma Ley, de modo tal que nos remitimos a sus comentarios para todo lo que resultare pertinente.

Este artículo 54 no solo establece que el acreedor garantizado que hubiere recibido títulos valores en garantía mobiliaria queda subrogado en los derechos del deudor para practicar todos los actos que sean necesarios para conservar la eficacia del título valor y los derechos de su deudor, así como para su cobro o la enajenación en caso de incumplimiento, sino que y en particular, si incurriera en alguna omisión que afectara al título valor, responderá frente a su deudor por los daños y perjuicios que le irroge. Este es un principio rector en materia cambiaria tanto es así que hasta el artículo 1233 del Código Civil⁽¹⁶²⁾ se ocupa del asunto, estableciendo que se puede extinguir la obligación primitiva cuando por culpa del acreedor el título valor se perjudica⁽¹⁶³⁾.

Respecto al título valor nominativo, el artículo 29.1 de la misma Ley N° 27287 indica que se transmite por cesión de derechos y el artículo 29.2 sanciona que “Para que la transferencia del título valor nominativo surta efecto frente a terceros y frente al emisor, la cesión debe ser comunicada a este para su anotación en la respectiva matrícula; o, en caso de tratarse de valor con representación por anotación en cuenta, la cesión debe ser inscrita en la ICLV correspondiente; sin perjuicio de las limitaciones o condiciones para su transferencia que consten en el texto del título o en el registro respectivo”. Por último, debemos remitirnos

(162) **Artículo 1233 del CC.** “Pago con títulos Valores. La entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago, solo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso”.

(163) Sobre el particular remitirse (i) al artículo del Dr. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: *Para Leer el Código Civil*. Publicado por el Fondo Editorial de la PUCP; y (ii) al Libro de la Dra. GUERRA CERRÓN, J. María Elena. *El perjuicio del título valor y sus efectos*. Grijley, 2005.

a los artículos 31.1 y 32.1 que respectivamente expresan: “El emisor o en su caso el ICLV debe anotar la transferencia en la respectiva matrícula o registro, en mérito al documento en el que conste la transferencia, con la firma del cedente y demás informaciones y formalidades señaladas en el artículo 30”; y “En la constitución de derechos sobre un título valor nominativo, se observará las mismas reglas que se señalan para su transferencia”.

9. Garantía mobiliaria sobre créditos

Artículo 55.- Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado con una garantía mobiliaria sobre créditos presentes o futuros, se encuentra facultado para adquirir los créditos o transferirlos a un tercero de acuerdo a las normas que rigen la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria contenidas en este Título, que resulten aplicables. El adquirente tendrá los mismos derechos que el acreedor garantizado.

El acreedor garantizado deberá notificar a cualquier otro acreedor garantizado y deberá distribuir los fondos percibidos de conformidad con las disposiciones de este Título de la Ley.

Sobre prenda de créditos, Cabanellas⁽¹⁶⁴⁾ nos dice: “La pignoración de una obligación activa se rechaza por gran parte de la doctrina basándose en que los créditos no son susceptibles de posesión; si bien pueden serlo los documento en que consten, completados por otro probatorio, donde figure la constitución prendaria. Ese inconveniente se soslaya también mediante la notificación que se hace al deudor para que se abstenga de pagar al acreedor. Castán entiende que en cuanto a la realización, el acreedor pignoraticio puede cobrar el crédito y hacerse pago hasta la cuantía de la obligación garantizada, si se trata de una suma de dinero; y, si consiste en la entrega de una cosa corporal, reclamarla y constituir prenda o hipoteca sobre la misma, según se trate de muebles o inmuebles”.

El último párrafo del artículo 47 de esta Ley, indica que “tratándose de una garantía mobiliaria constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas que anteceden en cuanto fueren aplicables”. Es lamentable –ya lo hemos dicho– que la remisión sea tan abierta que va a dejar a

(164) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit., p. 368.

los agentes económicos y operadores del derecho con una serie de interrogantes y con respuestas un tanto arbitrarias. Procuraremos en estos comentarios y en los demás similares aportar en una interpretación acertada y uniforme.

Ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, el acreedor garantizado que hubiese recibido una garantía mobiliaria sobre créditos presentes o futuros, se encuentra facultado para adquirir los créditos o transferirlos a un tercero de acuerdo a las normas que rigen la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria contenida entre los artículos 47 a 55 de esta ley, que resulten aplicables. El adquirente sucesor tendrá los mismos derechos que el acreedor garantizado.

En los comentarios al artículo 16, Garantía Mobiliaria sobre créditos, se ha brindado información histórica sobre el tema, desde el Código Civil de 1852 pasando por el del 36 y el del 84, hasta arribar a esta Ley N° 28677 así como tratar sobre las distintas aristas que presenta o puede presentar la garantía sobre “créditos”.

Requisitos de la demanda de ejecución de garantías reales

María Elena GUERRA CERRÓN^(*)

En algún momento de la historia, el *obligatus* o deudor estaba sujeto a la voluntad del acreedor, el que incluso podía legítimamente disponer de su vida, la que aseguraba la obligación. Con la evolución de las sociedades, el desarrollo económico y la constitucionalización de los derechos, la forma de exigir el cumplimiento de las obligaciones ha ido cambiando, y así han cobrado especial relevancia las seguridades jurídicas o garantías.

Garantía es un elemento de la seguridad y, entre otros, es la cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. ¿Qué requiere de manera especial ser protegido de algún riesgo? Pues bien, es el crédito (del latín *creditum*), se trata de la “cosa confiada”. Aquello que debe ser protegido de riesgos es la confianza del acreedor, confianza en la palabra, en la reputación o en la garantía que ofrece el deudor para asegurar el cumplimiento de su obligación.

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresada de la Maestría de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Lomas de Zamora en Argentina. Docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima. Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal del Callao.

Atendiendo al bien protegido, que es el crédito, la ejecución de garantías no es exclusiva del órgano jurisdiccional, sino que hoy puede hacerse también por la vía extrajudicial. De allí ha surgido un problema científico (como objeto de estudio) y un problema práctico (buscar la forma simple y efectiva de realizar la garantía). En cuanto al problema científico, se plantea de la siguiente manera: ¿cuáles son los fundamentos para hacer posible la ejecución extrajudicial de solo algunas garantías y excluir a la hipoteca? ; y en cuanto al problema práctico: uno de los elementos de la economía social de mercado es la autonomía de la voluntad de las partes (voluntad de contratar y voluntad contractual); por lo tanto, las partes pueden libremente optar por la ejecución directa de todas las garantías, sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional.

El objeto de este trabajo no es desarrollar los problemas expuestos, el objeto ya está delimitado a los requisitos de demanda de ejecución de garantías reales; sin embargo es importante que el lector tenga presente estos problemas, como inquietudes académicas, para un desarrollo posterior, puesto que de lo que se trata es que la obligación garantizada lo sea efectivamente.

Al leer el título general “Ejecución de garantías”, en el Código Procesal Civil (CPC), puede a primera vista considerarse que se trata de la ejecución de las antes llamadas “seguridades” que son las personales (fianza) y las reales (prenda, hipoteca y anticresis), aquellas que se contrataban especialmente en interés del acreedor, para asegurarle el cumplimiento de una obligación; sin embargo, la regulación procesal está referida solo a las garantías reales, y tal precisión se hace en el artículo 720 (procede la ejecución de garantías reales (...)).

En cuanto a la prenda, con la Ley de Garantía Mobiliaria - Ley N° 28677, se introdujo una nueva regulación de la figura de la prenda, bajo el nombre de “garantía mobiliaria” la misma que se ejecuta extrajudicialmente, si ello significa que la prenda desapareció o que subsiste como figura fuente de los derechos reales, es un tema que también puede ser objeto de investigación académica.

Ahora bien, delimitado el tema de trabajo, es necesario hacer una mayor precisión, ya que la ejecución de garantías reales que trataremos es la judicial. No obstante lo señalado, debe tenerse presente que la

ejecución de garantías reales también puede hacerse por la vía arbitral como fue señalado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01869-2010-PA/TC, Lima del 01/12/2010, cuando se resolvió una causa cuyo pedido fue, entre otros, que se reconozca la competencia arbitral para solucionar los asuntos relacionados con el incumplimiento del contrato puesto que se había iniciado el trámite de un proceso de ejecución de garantía hipotecaria ante el Poder Judicial, pese a que existía un compromiso arbitral de someter las controversias y demás incumplimientos generados por la suscripción del contrato en una sede arbitral, resolviéndose que “9. En el caso de autos este Colegiado considera que la jurisdicción arbitral era la vía correspondiente para pronunciarse por el asunto de: falta de pago del saldo de precios de los contratos de compraventa y la posterior ejecución de las garantías hipotecarias. Sin embargo, tal jurisdicción fue desviada por [la] Cofide y tal competencia fue usurpada por los órganos judiciales que tramitaron el proceso judicial de ejecución de garantía hipotecaria”.

Así, del marco legal –artículos 720 a 724 del Código Procesal Civil– analizaremos específicamente el artículo 720 que regula los requisitos de la demanda de ejecución de garantías reales, teniendo en cuenta algunas decisiones en sede casatoria y los plenos jurisdiccionales⁽¹⁾ nacionales regionales y distritales, los que si bien no tienen un efecto vinculante, sirven de orientación para la decisión de los jueces, permitiendo a los abogados diseñar una apropiada estrategia procesal.

I. DUALIDAD: PROCESO EJECUTIVO O PROCESO DE EJECUCIÓN

Una regla general es que primero se declara el derecho (declaración) y luego se procede a la ejecución (proceso de ejecución), proceso

(1) Son foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/>.

por el cual se cumple el cuarto contenido del debido proceso: efectividad de las decisiones judiciales⁽²⁾.

Antes del 28 de junio de 2008 en el Perú contábamos con tres procesos: el ejecutivo, el de ejecución de resoluciones y el de ejecución de garantías, de donde se destacaba la existencia, hasta ese entonces, de un proceso ejecutivo y de un proceso de ejecución. De allí viene la interrogante: ¿en qué radica la diferencia? (si es que la hay).

A partir del –originalmente llamado– juicio ordinario, que ha sido la forma por excelencia para el debate judicial, se han ido desarrollando modelos y han ido apareciendo o adecuándose diferentes formas procedimentales en el tiempo, como es el caso del proceso abreviado, el proceso sumarísimo y el proceso ejecutivo. El desarrollo de las relaciones económicas exigía figuras diferentes: “De su lado los prácticos del derecho, los posibles litigantes, procuraban acudir a medios sustitutivos del proceso mediante pactos previos que contemplaban las posibles divergencias. Surge así el “pacto ejecutivo” por el cual el deudor renuncia de antemano a todo proceso anterior concerniente a la discusión, sometiéndose, para el caso de incumplimiento, a la ejecución inmediata, reservándose tan solo alguna o algunas excepciones, por regla general muy limitadas (Serra Domínguez)”⁽³⁾.

Para Kaminker y Morello, “(...) más que conocer y decidir sobre el derecho había que actuar sobre su extinción por el pago, el hecho es que el juicio ejecutivo vino a remover el escenario del proceso”⁽⁴⁾. Y agregan que “(...) el juicio ejecutivo no es un verdadero proceso de ejecución, pues entre el título y el apremio propiamente dicho se intercala la sentencia de remate, una nueva declaración de voluntad, congruente es cierto con la del título, pero a la que viene a reiterar coactivamente

-
- (2) Para Chamorro Bernal, la tutela judicial efectiva tiene un cuádruple contenido:
a) El derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas.
b) El derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión.
c) El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso.
d) El derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial,
CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch, Barcelona, p. 13.
- (3) KAMINKER, Mario y MORELLO, Augusto. *Nuestro juicio ejecutivo*. Librería Editora Platense, La Plata, 2002, p. 4.
- (4) *Ibidem*, p. 5.

como mandato jurisdiccional específico. **En definitiva, es este último el que resulta útil y conducente al acreedor y el que prevalece sobre el título en sí**⁷⁽⁵⁾⁽⁶⁾.

Entendemos que el proceso o juicio ejecutivo es un proceso cognitivo, declarativo y sumario, mientras que el de ejecución no es cognitivo, aun cuando se admitan incidentes declarativos. El ejecutivo tendría su fundamento en el documento; mientras que el de ejecución lo tiene en el mandato de ejecución y apercibimiento.

Propiamente, acerca del proceso de ejecución, Montero Aroca y Flors Matíes⁽⁷⁾ identifican dos escenarios: la ejecución previa declaración del derecho (sentencia) y la ejecución sin declaración previa, esto es, el pacto de ejecución (adecuación de la realidad fáctica al deber ser: cumplimiento de la obligación). “Las cosas se complican cuando el esquema lógico de la función jurisdiccional se rompe y el legislador permite iniciar el proceso de ejecución sin que exista declaración judicial (o arbitral) previa del derecho, pues la ruptura se tiene que producir a base de atribuir fuerza ejecutiva a documentos que provienen de negocios jurídicos realizados por las partes (...) ahora se trata, nada menos, de **que pueda acudir a la ejecución sin pasar antes por la declaración**”⁷⁽⁸⁾⁽⁹⁾.

En la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1069 - Decreto Legislativo que mejora la Administración de Justicia en materia comercial, modificando normas procesales, publicado el 28/06/2008, se señala que los procesos de ejecución “(...) tienen por objeto que el juez disponga el cumplimiento de una obligación reconocida por el deudor en el título, es decir, que la prestación jurisdiccional se agota con lograr el cambio en el mundo exterior, dado que si el deudor no cumple con la obligación, el Estado a través del juez, se sustituye en la voluntad de este y lo hace, como ocurre en el remate (venta forzada) o cuando el juez firma la escritura pública que el vendedor no lo hizo”.

(5) El resaltado es nuestro.

(6) KAMINKER, Mario y MORELLO, Augusto. Ob. cit., p. 8.

(7) MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 29/37.

(8) El resaltado es nuestro.

(9) MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. Ob. cit., p. 34.

Bajo el título de “unificación de los procesos”, en la misma exposición de motivos se expone que “(...) no existe justificación racional para dar un tratamiento distinto a los títulos ejecutivos, cuando la única diferenciación es su origen, esto es, de naturaleza judicial o extrajudicial; sin que ello obligue a una tramitación distinta con plazos diferentes, esquemas distintos multiplicando innecesariamente el número de procesos, lo que provoca dispersión, confusión y costos de oportunidad”.

Si bien el espíritu para dictar el Decreto Legislativo N° 1069 ha sido unificar los tres procesos en un único proceso de ejecución, encontramos alguna información que nos lleva a dudar que se haya alcanzado el objetivo, como lo ilustramos a continuación:

- a) Hay una referencia tanto al mandato ejecutivo como al mandato de ejecución.

<p>Artículo 705: Mandato ejecutivo</p>	<p>El mandato ejecutivo contiene: “1. La intimación al ejecutado para que entregue el bien dentro del plazo fijado por el juez atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de procederse a su entrega forzada; (...)”.</p>
<p>Artículo 705-A: Ejecución de la obligación</p>	<p>“Determinado el costo del bien cuya obligación de entrega ha sido demandada, sea por la tasación presentada por el ejecutante o por una pericia ordenada por el juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero”.</p>
<p>Artículo 721: Mandato de ejecución</p>	<p>“Admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía”.</p>

- b) También en el artículo 721 del CPC se regula el mandato de ejecución, pero en el artículo 720 del CPC, *in fine*, se señala que “en el **mandato ejecutivo** debe notificarse al deudor, al garante y al poseedor del bien en caso de ser personas distintas al deudor”: ¿se tratará de un error material?

Aun cuando tenemos algunos reparos respecto al carácter unitario y la uniformidad que se proclama, en definitiva el legislador nacional lo que ha querido es regular un proceso de ejecución, todo ello con el ánimo “(...) de introducir las modificaciones suficientes en el ámbito normativo que permitan la consolidación de un modelo procesal que a la vez proporcione agilidad en el trámite y seguridad jurídica, a fin de

lograr simetría en el trato para los sujetos de la relación contractual y/o comercial”.

II. EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES

Las opiniones en doctrina acerca del proceso de ejecución y el proceso ejecutivo se trasladan al proceso de ejecución de garantías reales. Entre otros se señala que es un proceso ejecutivo, que es una forma del proceso de ejecución o que es un proceso autosatisfactivo.

En sede nacional, el proceso de ejecución de garantías reales es una modalidad del proceso de ejecución, “(...) es aquel en el que, partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional”⁽¹⁰⁾.

Se trata de una vía privilegiada⁽¹¹⁾, en la que “el privilegio no podrá basarse ni en la condición personal del acreedor o del deudor ni en la naturaleza del crédito, sino que ha de responder exclusivamente a las garantías de **autenticidad del documento en el que se plasma la obligación**”^{(12) (13)}.

Efectivamente, de la lectura del artículo 721 del CPC, mandato de ejecución, queda claro que se trata de un proceso de ejecución, ya que no hay paso declarativo previo, hay un imperativo de pago, bajo el apercibimiento legal: si no se cumple con el pago dentro del plazo concedido, se procede al remate del bien dado en garantía.

III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONDICIONES DE LA ACCIÓN: GENERALIDADES

Respecto a la tutela jurisdiccional, en el Código Procesal Civil, en los artículos 2 y 3 se regula el derecho de acción y contradicción,

(10) Ibidem, p. 35.

(11) Léase nuestro artículo “Proceso único de ejecución una vía privilegiada”.

(12) El resaltado es nuestro.

(13) MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. Ob. cit., p. 34.

consagrándose que estos no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en el Código.

Como lo señala Gonzáles Pérez, “el derecho a la tutela jurisdiccional no es un derecho absoluto susceptible de ser ejercitado en todo caso y al margen del proceso igualmente establecido, sino que ha de ejercerse dentro de este y con cumplimiento de sus requisitos interpretados de manera razonable que no impida limitación sustancial del derecho de defensa”⁽¹⁴⁾.

De ahí tenemos los tradicionales presupuestos procesales y las llamadas condiciones de la acción, las que no deben entenderse como barreras o limitaciones, sino que son requisitos fundamentales generales para garantizar la existencia de un debido proceso. Entonces, para iniciar una demanda deben cumplirse con los presupuestos procesales: capacidad, competencia y requisitos de la demanda, y las condiciones de la acción: voluntad de la ley, legitimidad para obrar e interés para obrar.

La omisión de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción en algunos casos puede producir una inadmisibilidad concediéndose un plazo para la subsanación, pero en otros casos puede dar lugar a la improcedencia de la demanda según lo previsto en el artículo 427 del CPC⁽¹⁵⁾.

Respecto al presupuesto competencia, en Lima, donde se ha creado la subespecialidad comercial, las ejecuciones de garantías reales las tramita el juez civil con subespecialidad comercial⁽¹⁶⁾.

(14) GONZALES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Civitas, Madrid, 1980, p. 60.

(15) **Artículo 427.-** “El juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos (...).”

(16) Mediante Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 02/10/2004, se creó la subespecialidad comercial dentro de la especialidad civil de los órganos jurisdiccionales, estableciéndose en el artículo primero, numeral 1 a) que estos conocen “(...) los procesos ejecutivos y de ejecución de garantías (...)”.

En cuanto a la legitimidad para obrar, corresponde demandar al titular (o su representante) de la obligación garantizada y respecto a la condición de interés para obrar, en el decreto legislativo que modifica la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, Decreto Legislativo N° 1070 se establece en el artículo 9 que es inexigible la conciliación extrajudicial, entre otros, en los procesos de ejecución, por lo tanto este no constituye requisito de procedibilidad.

IV. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA DEMANDA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

El término “presupuesto” viene de “presuponer” que significa, entre otras cosas, “requerir una condición previa”, es algo que indiscutiblemente tiene que darse o existir, mientras que los requisitos son las condiciones necesarias pero que, sin embargo, podrían prescindirse, adecuarse o modificarse.

Entendemos que los presupuestos vienen a ser como elementos esenciales, mientras que los requisitos son no esenciales.

1. De los presupuestos

Si algo debe indiscutiblemente existir para admitir una demanda es: a) una obligación que esté garantizada, b) que la garantía esté constituida de acuerdo a ley, y c) el incumplimiento de la obligación.

Así se establece en el artículo 720 del CPC “1. Procede la ejecución de garantías reales, **siempre que**⁽¹⁷⁾ su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo (...)”.

Si bien en el Código Civil y otras normas especiales se regulan las garantías reales, como la anticresis, la hipoteca es la garantía que cobra relevancia en el ámbito judicial.

Desde su regulación fuente contenida en el Código Civil (art. 1097), la realización de la garantía es a través de la venta judicial del

(17) El resaltado es nuestro.

bien hipotecado y solo puede hablarse de hipoteca si es que se ha constituido por escritura pública (salvo disposición diferente de la ley). El juez verificará los requisitos de validez de la hipoteca⁽¹⁸⁾ para dar trámite a la demanda.

En el proceso de ejecución de garantías reales no se discutirá la validez de la garantía puesto que: “El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, esto es, que la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria con la cual se sustenta la demanda de ejecución de garantías tiene plena validez y sufre todos sus efectos, la misma que se encuentra inscrita en los Registros Públicos”⁽¹⁹⁾.

2. De los requisitos de la demanda

2.1. Requisitos generales

En primer lugar, para presentar una demanda se debe cumplir con la “forma del escrito” prevista en el artículo 130⁽²⁰⁾ del CPC, y teniendo en cuenta la defensa cautiva en este proceso, necesariamente debe ser autorizada por abogado, esto es, que debe llevar la firma de abogado

(18) Requisitos de validez de hipoteca

Artículo 1099.- “Son requisitos para la validez de la hipoteca:

1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble”.

(19) Casación N° 1489-2003, Arequipa, 13/10/2004.

(20) **Artículo 130.-** “El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones:

1. Es escrito en máquina de escribir u otro medio técnico;
2. Se mantiene en blanco un espacio de no menos de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho;
3. Es redactado por un solo lado y a doble espacio;
4. Cada interesado numerará correlativamente sus escritos;
5. Se sumillará el pedido en la parte superior derecha;
6. Si el escrito tiene anexos, estos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra;
7. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara;
8. La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite; y,
9. Si el escrito contiene otrosíes o fórmulas similares, estos deben contener pedidos independientes del principal”.

colegiado hábil. Igualmente, debe hacerse con los demás escritos que se presenten.

En el artículo 424⁽²¹⁾ del CPC que regula los requisitos de la demanda se señala que la demanda se presenta por escrito y además se detalla el contenido que debe tener. Es necesario verificarlo con atención y punto por punto, para evitar la inadmisibilidad.

En cuanto a los anexos, en el artículo 425 del CPC se establece que estos deben presentarse junto con la demanda y debe hacerse de tal modo que facilite la identificación de las piezas de parte del juez, y especialmente de “5. Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación (...)”.

Una omisión que lleva a retrasos innecesarios es no adjuntar al escrito los anexos en copias suficientes para los intervinientes en el proceso.

2.2. Requisitos específicos

En el ya referido Decreto Legislativo N° 1069 se realizaron modificaciones al texto procesal en materia de ejecución de garantías.

(21) Artículo 424.- Requisitos de la demanda

“La demanda se presenta por escrito y contendrá:

1. La designación del juez ante quien se interpone;
2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante;
3. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo;
4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda;
5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;
7. La fundamentación jurídica del petitorio;
8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse;
9. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda;
10. Los medios probatorios; y
11. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto”.

A manera de antecedente, es interesante transcribir parte de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1069, con el fin de posteriormente entender mejor los requisitos de la demanda:

“Con relación al título de ejecución, se ha dicho que nuestro sistema habría superado la antigua polémica entre Liebman y Carnelutti⁽²²⁾, pues consideraría, en el caso de la ejecución de garantías reales, al título no solo al acto jurídico de constitución de la garantía real celebrado para asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable, sino además el documento que debe contenerlo, ambos (acto y documento) deben cumplir los requisitos formales que la ley establece, a efectos de que el órgano jurisdiccional despache ejecución válidamente.

Pues bien, en materia de ejecución de garantías reales, tal apreciación, válida en la doctrina contemporánea, no resultaría exacta en nuestro medio, debido a la defectuosa regulación de esta materia, nuestra norma procesal ha abierto la posibilidad de que **el título se considere también a un documento que no contiene el acto jurídico celebrado por las partes, y cuya expedición muchas veces se efectúa independientemente de dicho acto jurídico** (el resaltado es nuestro).

Efectivamente, en el proceso de ejecución de garantías reales previsto en nuestra norma procesal vigente, se exige la presentación del documento que contiene el acto de constitución de la garantía real (prenda o hipoteca) celebrado por las partes cumpliendo con las formalidades que la ley prescribe (...) **y además el documento denominado de cuenta de saldo deudor, confeccionado de modo unilateral por el ejecutante, respecto del cual la ley no exige formalidad alguna, pero que la norma procesal impone que debe ser anexado con la demanda** (el resaltado es nuestro).

(22) Se trata de la clásica discusión entre Carnelutti y Liebman, el primero señala que el título ejecutivo es el documento y no la sentencia o negocio que él representa, es la prueba legal del crédito; y el segundo, que el título es el acto jurídico que tiene por efecto dar vida a la acción ejecutiva.

Con relación a este tema, no habría dificultades respecto a la aplicación de la norma procesal si el documento que contiene la garantía real contiene a su vez en forma cierta, expresa y exigibles la obligación incumplida por el deudor, conforme lo dispone la regla general prevista en el artículo 689 del CPC, aplicable a los procesos de ejecución.

Sin embargo, en aquellas garantías reales tipo ‘sábana’, que garantizan obligaciones determinables, eventuales o futuras, o aquellas reguladas según la norma, hasta hace poco vigente, prevista en el artículo 172 de la Ley N° 26702 (...), donde las obligaciones garantizadas muchas veces no se encuentran incorporadas en forma expresa en el documento que contiene la garantía real pues en ella se alude a ‘obligaciones directas, indirectas, presentes o futuras que pudiera tener el deudor (...)’, el documento que contiene dicha garantía real no resultaría suficiente para que el juez expida el mandato de ejecución de dicha garantía real con el objeto de cobrar una obligación determinada que no se encuentra consignada de modo expreso en dicha garantía, requerirá de un documento adicional a efectos de consignar en él en forma expresa a obligación que es objeto de cobro; tal documento resultaría ser lo que la norma procesal denomina ‘estado de cuenta de saldo deudor’”.

Como a continuación se va a exponer, en el articulado del Código Procesal Civil no se señala cuál es el título ejecutivo (de ejecución) en el proceso de ejecución de garantías reales, solo se hace referencia a los requisitos específicos que deben adjuntarse como anexos y son los siguientes.

a) El documento que contiene la garantía

Podría decirse que este es el título ejecutivo; sin embargo, en el artículo 720 del CPC se establece en el numeral 2) que el ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía, y el estado de cuenta del saldo deudor, lo que llevaría a afirmar que el título ejecutivo o de ejecución está conformado por dos documentos (en forma copulativa). A continuación algunas ideas sobre este anexo:

- a. “Octavo: (...) en los procesos de ejecución de garantías, el título de ejecución está constituido por el documento que contiene la garantía y no por los títulos valores anexados a la demanda”⁽²³⁾.
- b. “Cuarto: Que, uno de los caracteres de la hipoteca es la especialidad, referida básicamente a dos aspectos: en cuanto a la cosa gravada; y b) en cuanto a la individualización del crédito garantizado, lo cual supone que no solamente se haya determinado su monto, sino que además su causa, es decir, es preciso determinar qué obligación se garantiza (...)”⁽²⁴⁾.
- c. “Tercero: (...) los títulos valores y demás documentos que se puedan anejar para acreditar la obligación no constituyen formalidades establecidas por ley para el ejercicio de la acción real, tratándose de simples anexos complementarios”⁽²⁵⁾.
- d. En el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial, en agosto de 2012 y en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial en Arequipa en agosto 2012, se planteó este problema: En el proceso de ejecución de garantía hipotecaria, ¿la presentación de un título valor se realiza con el objeto de justificar el origen de la obligación (fuente de la obligación asegurada) o para el ejercicio de una acción cambiaria?, con la siguiente solución:
 - La conclusión en el Pleno Nacional fue: “Que el artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; y que de ser un título valor debe conferir acción cambiaria; por tanto, **al presentarse dichos títulos valores en el proceso de ejecución de garantías se está ejercitando una acción cambiaria, siendo procedente entonces verificar (entre otros supuestos) si el**

(23) Casación N° 3001-2002-Arequipa.

(24) Casación N° 2126-2003-Junín.

(25) Casación N° 3001-2002-Arequipa.

título valor ha caducado o ha prescrito; porque de ser así, sería improcedente la ejecución de la garantía”; mientras que en el Pleno Distrital en Arequipa, acordaron:

- Que, la norma del artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; pero que si se presenta un título valor (un pagaré, por ejemplo, para acreditar la obligación), dicho derecho de crédito contenido en el título valor no se está haciendo valer en el proceso de ejecución de garantía por su acción cambiaria.

Estamos ante dos pronunciamientos al parecer contradictorios, siendo nuestra opinión que en el proceso de ejecución de garantías reales no se ejercita la acción cambiaria, pero ello no quiere decir que si la obligación garantizada está representada o contenida en un título valor (título ejecutivo o de ejecución) que se prescinda de evaluar la validez y vigencia de este.

El último dato que tenemos es que las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República convocaron al VI Pleno Casatorio Civil, cuya audiencia pública se realizó el día 6 de noviembre del año 2012. El caso es uno procedente del Distrito Judicial de Lambayeque, correspondiente a la Casación N° 2402-2012 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el sábado 29 de setiembre de 2012, interpuesto por la ejecutada Aura Violeta Salas Gonzáles), con el objetivo de fijar criterios jurisprudenciales uniformes respecto a los procesos de ejecución de garantías, especialmente respecto de los requisitos de validez del título de ejecución de hipoteca. Estaremos a la espera de las conclusiones.

b) El estado de cuenta de saldo deudor

Este es el segundo anexo fundamental que debe presentarse junto con la demanda. Al respecto ha sido señalado que: “(...) dichos aspectos deben ser tomados en cuenta por la Sala Superior, así como

lo establecido en el artículo setecientos veinte del Código Procesal Civil, según el cual el anexo a la demanda debe constar el estado de cuenta de saldo deudor, así como el documento que contiene la garantía (...)”⁽²⁶⁾.

- c) El documento que contenga tasación comercial actualizada**, si se trata de bien inmueble, realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, según corresponda, con sus firmas legalizadas. Si el bien fuere mueble, debe presentarse similar documentos de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas.

No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de esta.

Este es un requisito no esencial. “La exigencia de la presentación de la tasación actualizada del bien dado en garantía, no es rigurosa, pues si la tasación convencional ha sido celebrada en moneda extranjera, la misma sirve de resguardo a los posibles procesos inflacionarios que pudieran suscitarse; quedando a criterio del juez ordenar una nueva tasación actualizada, como así lo han ordenado al demandante, esto es, que adjunte previo al remate una tasación actualizada del bien, con arreglo a ley”⁽²⁷⁾.

- d) El certificado de gravamen si es bien registrado.** También se trata de un requisito no esencial.

Como una contribución a tener en cuenta para trabajar una demanda de ejecución de garantías reales, como anexos incluyo algunos acuerdos en plenos jurisdiccionales.

Finalmente, pedimos recordar que “una buena demanda no solo es aquella que hace referencia justa a las normas directas que amparan los derechos del demandante, sino que también busca y se apoya en otras normas, sentencias de salas supremas o superiores, resoluciones de instancias administrativas, doctrina o cualesquiera otras referencias”⁽²⁸⁾.

(26) Casación N° 2126-2003-Junín.

(27) Casación N° 1496-2004-Tacna, sexto considerando.

(28) Informe N° 121, Defensoría del Pueblo: “Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”, 07/06/2007.

Plenos jurisdiccionales relacionados con ejecución de garantías reales

PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL CIVIL	Arequipa, 29 de marzo de 2008
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
<p>LA TERCERÍA CONTRA DERECHO REALES DE GARANTÍA</p> <p>Contra ejecuciones de garantías reales ¿se debe admitir la demanda o liminarmente rechazarse?</p>	<p>Se debe rechazar liminarmente la demanda de tercería, porque el petitorio constituye un imposible jurídico.</p>

PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	Trujillo, 18 de abril de 2008
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
<p>¿Es procedente el rechazo liminar de la demanda de Tercería de Propiedad interpuesta en ejecución de procesos de ejecución de garantías?</p>	<p>Es procedente el rechazo liminar de la demanda de tercería de propiedad interpuesta contra procesos de ejecución de garantías, por la causal de imposibilidad jurídica del petitorio.</p>

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL	Lima, 6 y 7 de junio de 2008
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
<p>LAS TERCERÍAS DE PROPIEDAD FRENTE AL CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA</p> <p>¿Es procedente el rechazo liminar de la demanda de Tercería de Propiedad interpuesta contra una ejecución de garantías reales?</p>	<p>Se debe rechazar liminarmente la demanda de tercería de propiedad interpuesta contra la ejecución de garantías reales, porque el petitorio constituye un imposible jurídico.</p>

PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	Trujillo, 18 y 19 de abril de 2008
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
<p>¿Con qué efecto debe concederse el recurso de apelación interpuesto contra el auto que declara infundada la contradicción en un proceso de ejecución de garantías?</p>	<p>El efecto de la apelación contra el auto que declara infundada la contradicción en un proceso de Ejecución de Garantías, es con efecto suspensivo.</p>
<p>Es posible la adjudicación del bien inmueble por el ejecutante en la primera o segunda convocatoria a remate en aplicación de lo prescrito en el artículo 742 del Código Procesal Civil.</p>	<p>En aplicación del artículo 742 del Código Procesal Civil modificado por Ley N° 27740, el ejecutante solo puede adjudicarse el bien frustrada la tercera convocatoria a remate, independientemente de su derecho a participar como postor en cualquier convocatoria.</p>

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL COMERCIAL	Lima, 29 de noviembre de 2008
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
¿Se extiende la ejecución de la hipoteca a las construcciones que no existían al momento de su constitución?	Si se extiende la ejecución de la hipoteca sobre las construcciones que no existían al momento de su constitución , aun cuando ello no se encuentre pactado en el contrato respectivo, pues las construcciones levantadas son técnicamente partes integrantes del bien hipotecado, lo que sí está autorizado por el Código Civil.
¿Procede el cobro de penalidades en un proceso ejecutivo o de ejecución de garantías reales?	No procede el cobro de penalidades en un proceso ejecutivo o de ejecución de garantías reales , pues se trata de una disposición contractual sujeta a limitaciones que puede ser objeto de reducción judicial, lo que supone necesidad de debate y prueba para su cabal esclarecimiento, lo que resulta incompatible con el proceso ejecutivo o de ejecución.
PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL EN MATERIA COMERCIAL	Lima, 20 de mayo de 2010
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
INCAUTACIÓN DE BIENES MUEBLES DADOS EN GARANTÍA MOBILIARIA ¿Son competentes para conocer las pretensiones sobre incautación de bienes muebles dados en garantía mobiliaria, los jueces civiles o los jueces civiles de la subespecialidad comercial?	Son competentes para conocer las pretensiones de incautación de bienes muebles dados en garantía mobiliaria los Jueces Civiles de la Subespecialidad Comercial .
PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL COMERCIAL	Lima, 7 de junio de 2010
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
INCAUTACIÓN DE BIENES MUEBLES DADOS EN GARANTÍA MOBILIARIA En los procesos de incautación de bienes muebles dados en garantía mobiliaria, ¿Quién es competente para conocer las pretensiones de incautación de bienes muebles dados en garantía, los jueces civiles o los jueces civiles de la subespecialidad comercial?	Que, el hecho que el juez comercial conozca las pretensiones de incautación de bienes muebles dados en garantía mobiliaria, no vulnera la literalidad de la norma; ello en virtud que un juez comercial es también un juez civil. En tal sentido, el juez comercial deberá conocer los procesos de incautación de bienes muebles dados en garantía mobiliaria sin excepción, toda vez que realizar una diferenciación si el proceso deriva o no de materia comercial podría traer inconvenientes a los justiciables. Asimismo, el artículo 690-B del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 1 de la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, que establece la competencia de los juzgados civiles con subespecialidad comercial respecto a la Ejecución de Garantía ; en consecuencia, si el juez comercial puede ejecutar un bien otorgado en garantía mobiliaria, resulta válido sostener que es procedente tramitar en proceso sumarísimo lo referido en la Ley Especial, que tiene por objeto ordenar poner a disposición el bien materia de la garantía mobiliaria.

Requisitos de la demanda de ejecución de garantías reales

PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL COMERCIAL	Arequipa, 20 de agosto de 2012
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
<p>Títulos valores que se anexan a la demanda en el proceso de ejecución de garantías, sirven para acreditar la fuente de la obligación puesta a cobro y la seguridad documental de la misma como título ejecutivo o se adjuntan ejercitando una acción cambiaria.</p>	<p>Que, la norma del artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; pero que si se presenta un título valor (un pagaré por ejemplo para acreditar la obligación), dicho derecho de crédito contenido en el título valor no se está haciendo valer en el proceso de ejecución de garantía por su acción cambiaria.</p>

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL COMERCIAL	Chiclayo, 25 de agosto de 2012
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
<p>En el proceso de ejecución de garantía hipotecaria, ¿la presentación de un título valor, se realiza con el objeto de justificar el origen de la obligación (fuente de la obligación asegurada) o para el ejercicio de una acción cambiaria?</p>	<p>Que el artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; y que de ser un título valor debe conferir acción cambiaria; por tanto, al presentarse dichos títulos valores en el proceso de ejecución de garantías se está ejercitando una acción cambiaria, siendo procedente entonces verificar (entre otros supuestos) si el título valor ha caducado o ha prescrito; porque de ser así, sería improcedente la ejecución de la garantía".</p>

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL COMERCIAL 2013	Piura , 27 y 28 de setiembre de 2013
PREGUNTA - PROBLEMA	CONCLUSIÓN PLENARIA
<p>DETERMINACIÓN DE LA VÍA PROCESAL PARA SUSTANCIAR LAS SOLICITUDES DE INCAUTACIÓN JUDICIAL DE BIENES MUEBLES, AFECTOS A GARANTÍA MOBILIARIA</p> <p>La solicitud de requerimiento judicial de incautación formulada en mérito al artículo 51 de la Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria ¿Debe sustanciarse bajo las reglas del proceso sumarísimo, según las normas del Código Procesal Civil o se trata de un procedimiento especial, denominado "sumarísimo" en el que no se corre traslado al deudor; y además no se permite, bajo responsabilidad, recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato?</p>	<p>El requerimiento de incautación judicial debe ser sustanciado bajo las reglas del procedimiento especial denominado por el artículo 51 de la Ley de Garantía Mobiliaria "Vía Sumarísima", pues según su naturaleza y fines del acto procesal solicitado no puede ser objeto de traslado al deudor ni remitirse recurso alguno que entorpezca su expedición o su ejecución.</p>

<p>GARANTÍAS REALES</p> <p>¿Los nuevos propietarios de inmuebles hipotecados que no constituyeron la garantía real deben ser considerados litisconsorte necesarios?</p>	<p>La ley procesal ha establecido que es litisconsorte necesario el constituyente de la garantía; si este transfiere el inmueble hipotecado el nuevo dueño tendrá legítimo interés para intervenir en el proceso; sin embargo, la condición de propietario debe tener una publicidad equivalente a la de la hipoteca para ser considerado parte procesal pasiva; por lo que la propiedad oculta, desconocida no puede ser impedimento para que el acreedor pueda iniciar válidamente la ejecución de la garantía, sin la incertidumbre, inseguridad o riesgo de que este aparezca al final del proceso invocando ser “litisconsorte necesario” con el objeto de invalidar lo actuado; si la propiedad del nuevo dueño no se encuentra inscrita se incorporará al proceso en el estado en que se encuentre, en caso solicite su apersonamiento, pudiendo ser incorporado incluso en la etapa de ejecución propiamente dicha, sin afectar lo actuado”.</p>
--	---

Mirando las garantías desde su ejecución

César Ernesto LUPERDI GAMBOA^(*)

I. NOTA PRELIMINAR

A través del presente artículo se buscará revisar algunos casos concretos donde existen problemas al ejecutar las garantías personales y reales. Desde este análisis se pondrá en evidencia criterios o posturas que afectan el rol de las garantías, precisamente para evitar problemas y retardos en la ejecución, que debería ser rápida y eficaz.

II. SOBRE LAS GARANTÍAS Y SU EJECUCIÓN

Con la creación jurídica del contrato y de las obligaciones, existió la necesidad de garantizar su cumplimiento. Al acreedor se le otorga el poder de exigir al deudor, de modo coercitivo, la ejecución total y oportuna de la prestación⁽¹⁾, según el *pacta sunt servanda*, principio regulado en el artículo 1361 del Código Civil. Sin embargo, ello no asegura por sí mismo el cumplimiento de lo debido, por ejemplo, si el deudor no paga y no tiene bienes, en la práctica, la deuda es incobrable. Por ello, existen las llamadas “garantías”.

(*) Profesor de Derecho Civil y Procesal Civil en la Universidad Privada del Norte, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo y Universidad de San Martín de Porres.

(1) Precítese que la coercitividad no es ejercida directamente por el acreedor, sino por quienes tienen facultades especiales por ley.

Precisamente, a través de las garantías se busca asegurar que el deudor o un tercero responda por la prestación a ejecutarse, de modo personal o afectando bienes determinados. Con razón se sostiene que la primera garantía reconocida por el Derecho es la llamada “prenda genérica” que implica que el propio deudor responde con todo su patrimonio por la deuda contraída, hasta el límite de esta última; pero al ser aquella garantía legal muchas veces insuficiente, se complementa con las “garantías personales” y con las “garantías reales”. En el primer caso, un tercero asume responsabilidad patrimonial por la ejecución de la prestación, es decir, responde con todo su patrimonio hasta el límite de la obligación y con los beneficios de ley (por ejemplo, el de excusión). En el segundo caso, con las “garantías reales” el mismo deudor o un tercero afectan un bien determinado para responder por la deuda, y al inscribirse dicha garantía se hace oponible *erga omnes*, por lo que la transferencia del bien gravado no afecta su ejecución (carácter persecutorio).

Obviamente, cuando el deudor no cumple con ejecutar la prestación a la que se obligó, el acreedor podrá ejecutar la garantía para hacer efectivo su derecho de cobro.

Actualmente, conviven dos formas de ejecución: la vía **extrajudicial** y **judicial**.

- Respecto de la primera, es una forma rápida de hacer efectiva la garantía, pues se evita el proceso judicial que muchas veces demora años.

Empero, este tipo de ejecución es restringida, en tanto solo es viable la realización extrajudicial de las garantías mobiliarias. Dentro de la ejecución de esta garantía podemos incluir: **(i)** la venta directa del bien afectado con la garantía mobiliaria; y, **(ii)** la adjudicación directa del bien a favor de acreedor (pacto comisorio).

Para este procedimiento se requiere de un apoderado especialmente facultado, según el acto constitutivo de la garantía, pues será aquel quien venda extrajudicialmente el bien o, eventualmente, lo adjudique al acreedor para pagar la acreencia.

- Respecto de la segunda es una forma dificultosa y lenta de hacer efectiva la garantía, porque se debe recurrir al juez para que ordene el pago de la obligación bajo apercibimiento de ejecución forzada, y solo así se podrá rematar el bien afectado.

La ejecución judicial de las garantías se genera al existir garantías personales (fianzas o aval) o garantías reales (mobiliaria o hipotecaria). Cabe indicar que si bien la garantía mobiliaria puede ejecutarse extrajudicialmente, ello no excluye una posible ejecución judicial, según lo considere el acreedor, aunque es común que elija la primera por su sencillez y rapidez.

Adicionalmente a esa dualidad existe la propuesta que la ejecución de las garantías reales pueda hacerse en la vía arbitral, por ser una vía extrajudicial eficiente para resolver conflictos, básicamente patrimoniales. Particularmente, considero positivo esta forma de ejecución en tanto que, ante Centros de Arbitraje acreditados, el procedimiento será transparente para garantizar el derecho del acreedor y también del deudor, así como de terceros vinculados.

Cualquiera sea la opción escogida, “no habrá ejecución sin título”. Es decir, debe preexistir un título especial que genere en ejecución directa (sin declaración judicial previa) que debe cumplir con las exigencias legales generales y especiales.

III. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS PERSONALES

1. El juez: “Debes cobrar al fiador antes que el deudor fallezca”

Una entidad financiera inició un proceso con la finalidad de cobrar una suma determinada de dinero y emplazó al deudor principal y a su fiador solidario. Siendo que la demanda cumplía con los requisitos de admisibilidad y procedencia, se admitió a trámite y se corrió traslado por el plazo de ley.

Luego del emplazamiento, el juzgado emite resolución concluyendo el proceso sin declaración sobre el fondo por haberse sustraído la pretensión del ámbito jurisdiccional, conforme al artículo 321 inciso 1) del Código Procesal Civil, bajo la consideración que el deudor principal

había fallecido según la ficha Reniec que obraba en autos (presentada por los hijos).

La idea principal de este razonamiento fue la siguiente: la demanda está dirigida contra una persona que se encuentra fallecida, hecho que desnaturaliza el proceso, toda vez que la demandada es la única persona que puede contradecir el mandato ejecutivo o comparecer al proceso, lo cual no ocurre en el presente caso y que, por el contrario, la pretensión se ha sustraído del ámbito jurisdiccional. Argumentación, por decir lo menos, peligrosa para la seguridad jurídica en el intercambio económico de bienes, pues ello implicaría que muerto el deudor, el acreedor no puede cobrar su obligación, pese a que existan otros responsables (co-deudores o garantes).

Bajo esta misma lógica jurisdiccional se entiende que al no existir deudor no se puede cobrar la obligación (pues nadie, según el juez, puede comparecer al proceso y hacer frente al requerimiento de pago) y, como resulta lógico, el garante fiador quedará también liberado de asumir su responsabilidad frente al acreedor. Esto distorsiona la finalidad de la garantía, pues si el deudor no paga o no puede pagar (por cualquier motivo), será precisamente el fiador solidario quien debe cumplir con la prestación debida, esa es su función.

Respecto a los cuestionamientos a la decisión judicial, puede decirse que:

- El fallecimiento de un deudor dentro del proceso no genera la conclusión de este, sino su suspensión temporal hasta integrar correctamente la relación jurídica procesal.
- El fallecimiento de un deudor no extingue la obligación, sino que es materia de transferencia (como pasivo) a sus herederos; por lo tanto, quienes deben ser llamados a suceder procesalmente al deudor demandado son precisamente sus herederos, y asumirán la obligación hasta el límite de los activos que recibieron del causante (para eso existe el beneficio de inventario).
- El fallecimiento de un deudor no genera la extinción de la garantía, pues pese a ser accesoria a la obligación esta sigue

existiendo, solo que varió el sujeto pasivo de ella, por los sucesores. Además, será el fiador quien asuma el cumplimiento de la prestación frente a la negativa o ausencia del deudor principal, máxime si la fianza es solidaria.

- El fallecimiento de un deudor no genera sustracción de la materia, no solo porque la obligación no se extingue, sino porque no puede negársele al acreedor el derecho a la tutela procesal efectiva; es decir, concluir el proceso (sin pronunciamiento sobre el fondo) le impide al justiciable cobrar una deuda determinada, lo que es injusto, más aún si tiene otros deudores que también vienen siendo incorporados al proceso (sea por herencia o por contrato de garantía). No se le puede negar la posibilidad de exigir lo que se le debe.

En conclusión, no puede considerarse que fallecido el deudor principal se extingue la fianza, pues la obligación será transferida a los herederos y será fiador quien en negativa de estos últimos asuma el pago de la deuda, más aún si es solidaria.

2. No importa si el título valor se emitió con fraude, igual lo ejecutan

En general, el acto jurídico (sustantivo o procesal) puede ser utilizado como un medio para hacer fraude a la ley, a los acreedores o a terceros. La institución no es el problema, sino el mal uso que se le da. En este caso, dos personas literalmente “fabrican” una deuda para perjudicar a otra, y para ello suscriben una letra de cambio por una cantidad importante, incorporando como aval a una persona jurídica (cuyo representante era el mismo deudor, sin facultades especiales).

Con ese título valor el supuesto acreedor inició un proceso de ejecución para cobrar la presunta deuda contenida en el documento (título de ejecución extrajudicial) contra el deudor y el aval. El proceso concluyó sin oposición de los obligados, pues existía colusión entre las partes intervinientes en el proceso y, sin impugnación, el auto final adquirió la calidad cosa juzgada, pasando el proceso a la etapa de ejecución forzada.

En ese contexto, el tercero que se considera afectado con la sentencia, con legítimo interés, inició un proceso de nulidad de cosa juzgada

fraudulenta, denunciando que la resolución final se obtuvo con colusión entre el demandante y demandados. Más allá de la comprobación del fraude procesal, se concluyó que el juez que ejecutaba el título valor, al no poder revisar la relación causal, no podrá suspender o impedir la ejecución del título por colusión o fraude con el título valor, desestimando la demandada de nulidad cosa juzgada fraudulenta.

Esta forma de razonar es peligrosa, porque permite simular deudas y garantías en perjuicio de terceros, y bajo el argumento de que el juez no puede “revisar” la relación causal, puede obtenerse una decisión firme en contra del Derecho. Es más, si precisamente la nulidad de cosa juzgada fraudulenta posibilita que una decisión injusta y contraria al ordenamiento jurídico se deje sin efecto, resulta un contrasentido sostener que no existe “fraude procesal” porque el proceso se llevó con regularidad (pues el juez no puede ir más allá de la relación cambiaria), pese a estar ante deudas y garantías simuladas.

En contrario a lo sostenido, y resuelto en el proceso judicial, considero que la demanda de nulidad de cosa juzgada debió ampararse, por lo siguiente:

- Todo acto jurídico simulado u obtenido con fraude a la ley, perjudicando a los terceros, debe ser sancionado con ineficacia. Esta regla no solo debe aplicarse al derecho sustantivo, sino también al procesal, con las diferencias que correspondan.
- Si bien en un proceso de ejecución, donde se pretende cobrar un título valor, el juez solo revisa la relación cambiaria, no debe existir impedimento para que el juez, como director del proceso, compruebe la existencia de fraudes y los sancione según corresponda. En esa línea, no olvidemos (por ejemplo) que el juez tiene la facultad de declarar la nulidad manifiesta, conforme al artículo 220 del Código Civil.
- Si el fraude es evidente y manifiesto, el juez no puede ser un mero tramitador de la ejecución del título valor y de la garantía personal, sino que debe evaluar y, de ser el caso, declarar la nulidad de los actos fraudulentos, sancionando a quienes actuaron con temeridad y mala fe procesal; en caso contrario, las

partes podrán utilizar al proceso como medio para “validar” el acto simulado, sin que el juez pueda hacer algo (a pesar de que se dio cuenta de la simulación de la deuda). Así, considero que poner límites al juez no es lo más adecuado.

- Ahora bien, si el juez no se da cuenta, o haciéndolo es de la idea que no puede revisar la relación causal (existencia y validez), no cabe duda que la resolución judicial que se emita ejecutando el título valor y el aval con base en una deuda y garantía simulada también se ve afectada. Es más, si a ello le sumamos la colusión de quienes aparecen como acreedor y deudor, el fraude procesal existirá y serán sancionable. Precisamente, para estos casos de colusión existe la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

Por tanto, simular deudas, garantías y procesos judiciales para perjudicar a terceros es un acto fraudulento, y así debe entenderse, más allá de la relación causal o cambiaria. No puede concebirse que el juez, a sabiendas, siga ejecutando (o se le permita ejecutar) un título que sabe que es fraudulento, para ejecutar una deuda que nunca existió.

3. ¿Demando a todos o a cualquiera?

Un banco otorga un préstamo a una persona natural, y para garantizar el pago de la obligación se constituyen: (i) fianza, (ii) aval y (iii) hipoteca.

Es recurrente que la entidad interponga demanda contra todos, exigiendo el pago de la deuda, bajo apercibimiento de rematar el bien hipotecado. Lo particular es que, además, incorpora como demandados al fiador y al aval, que suelen ser personas distintas entre ellas y al garante hipotecario.

En este caso, el juez, al calificar la demanda, la declaró improcedente por existir una indebida acumulación de pretensiones, conforme al artículo 427 inciso 7 del Código Procesal Civil, al considerar que no puede exigirse la ejecución de la hipoteca, fianza y aval en el mismo proceso.

En definitiva, la relación procesal y el objeto mismo del proceso deben estar bien definidos al interponerse la demanda, precisamente

porque de ello se establecen los filtros de admisibilidad y de procedencia. Ambos deben guardar relación, pues dependiendo qué demandó, defino a quiénes emplazo.

Conforme al caso propuesto, el banco buscaba cobrar una suma determinada de dinero, basado en relación jurídica sustantiva: un mutuo. Sin embargo, aquella relación se hace compleja cuando se adicionan las garantías (personales y reales) favor de la entidad bancaria. En tal sentido, puede sostenerse dos posiciones al respecto: **(i)** si somos de la opinión que en el proceso se busca “ejecutar” tres garantías distintas (fianza, aval e hipoteca), podemos considerar que son tres relaciones disímiles (basados en títulos distintos, además) y por ello existía reparos en su acumulación; y **(ii)** si optamos por considerar que la pretensión responde a exigir una prestación debida (de dar), y que las garantías (accesorias) a la obligación principal no son más que instrumentos que aseguran la efectividad de la obligación, su acumulación objetivamente resulta tener coherencia, más aún si las tres tiene la idéntica finalidad: responder ante el incumplimiento de la misma obligación.

Particularmente, estimo que resulta procedente pretender el pago de suma determinada y solicitar la ejecución de las garantías indicadas, en un mismo proceso, más aún, si para la acumulación objetiva se requiere “conexidad”, que existe atendiendo que se busca cobrar la misma obligación (pero con garantías distintas, con los límites que cada una establezca legislativa y contractualmente). Sumado a ello, siendo que la ejecución de la fianza o aval o hipoteca se tramitan, actualmente, en el proceso único de ejecución, no observó impedimento.

En ese orden de ideas, también resultará procedente y necesario emplazar a todas aquellas personas que constituyeron las garantías personales o reales, que son materia de sustento para la efectivización de la prestación exigida.

Por tanto, dependiendo de la pretensión procesal propuesta deberá optarse por emplazar, además del deudor principal, a los fiadores, avales o garantes hipotecarios. Cabe anotar que, según cada garantía, se responderá ante el acreedor ejecutante: con beneficio de exclusión, solidariamente, con un bien determinado, y siempre teniendo en cuenta el

límite de la misma garantía, en cada caso; no se puede asumir más responsabilidad que la pactada.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES

1. Garantías mobiliarias

1.1. El uso y abuso del pacto comisorio

Una empresa pesquera obtiene un préstamo de una persona natural, quien para asegurar el pago del dinero obtiene a su favor una garantía mobiliaria sobre una embarcación pesquera, inscribiéndose en el Registro Público.

Antes del vencimiento de la obligación, la propietaria de la embarcación transfiere el bien mueble a favor de un tercero, quien sabiendo de la garantía, adquiere la embarcación e inscribe su derecho de propiedad registralmente. El nuevo propietario canceló el precio de la siguiente forma: (i) el 40 % lo entregó a la empresa transferente para pagar parte del precio; y (ii) el 60 % buscó utilizarlo para cancelar la deuda con el acreedor garantizado, y así lograr la liberación de la afectación.

Sucede que el nuevo propietario cursó una carta notarial al acreedor para comunicarle que adquirió la propiedad y para informarle que señalara una cuenta bancaria para depositar el saldo del préstamo a favor de la empresa (pago por tercero); en caso contrario, haría un pago por consignación judicial.

Con base en ello, existiendo pacto comisorio en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria, el acreedor cursa carta notarial al apoderado designado para la venta extrajudicial y/o para la adjudicación directa al acreedor, informándole el incumplimiento de pago por parte de la empresa pesquera (deudora), y solicitándole haga efectivo el pacto comisorio. El apoderado, sin informar la empresa o al nuevo propietario, adjudica la embarcación pesquera a favor del acreedor, convirtiéndose en la nueva propietaria del bien, inscribiendo su derecho y cancelando el derecho del anterior adquirente.

Si bien la ejecución de la garantía mobiliaria fue extrajudicial, esto nos hace reflexionar sobre los límites y excesos del acreedor y del propio apoderado que pueden afectar al deudor, al propietario o a terceros. Sin lugar a dudas, el caso es uno justiciable que debe terminar siendo revisado en el Poder Judicial para garantizar derechos de quienes actuaron de buena fe, aunque ello signifique en ocasiones desfavorecer la eficacia y rapidez del sistema de ejecución extrajudicial.

Sobre este particular caso, cabe hacer las siguientes anotaciones:

- Que un bien mueble determinado puede estar afectado por una garantía mobiliaria, esta no genera limitación al propietario para que pueda libremente transferir su bien, con la única obligación de informar al acreedor sobre la venta si se tratare de bien no registrado. Precisamente, quien lo adquiere asume la contingencia de una probable ejecución ante el incumplimiento de la obligación, al estar la garantía debidamente inscrita en los Registros Públicos, y el acreedor perseguirá al bien mueble sin importar quién sea el propietario.

Excluimos en esta posibilidad a aquellos bienes sobre los que pesa garantía mobiliaria con desposesión a favor del acreedor o de tercero depositario, pues siendo que el mueble no será físicamente entregado a quien pretenda comprarlo, y al no existir *traditio*, tampoco habrá transferencia de propiedad.

- Las obligaciones pueden ser cumplidas por el mismo deudor o por un tercero, con o sin consentimiento del primero, salvo que se trate de aquellas de naturaleza personalísima o que exista pacto expreso.

Según el caso, el nuevo propietario asumiendo la garantía mobiliaria, con mayor razón, podía cancelar la deuda al acreedor y obtener la liberación del bien que adquirió, si precisamente él asumirá una probable ejecución del bien por incumplimiento a cargo del anterior transferente (deudor). Ahora bien, al cursar la carta notarial al acreedor para cancelar la obligación, lo constituye en mora según el artículo 1338 del Código Civil.

Por ello, considero que el acreedor (en mora) no puede adquirir el bien por adjudicación directa, si precisamente es él quien no quiere cobrar la suma de dinero que se le debe. Así, no debe olvidarse que la embarcación solo sirve de garantía y se ejecutará en caso de que no se cancele la deuda, pero en este caso dicha ejecución no será viable (sea adjudicación directa o venta extrajudicial) si precisamente el nuevo propietario (tercero legitimado) está cumpliendo con ofrecer el pago de la obligación dentro del plazo.

- Si bien el acreedor tiene el derecho (pactado expresamente en el acto constitutivo) de adquirir el bien por pacto comisorio, ello no debe permitir un ejercicio abusivo del derecho, justamente si ello está reprochado expresamente por nuestro sistema conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

En otras palabras, si el acreedor incurrió en mora (porque simplemente no quiere cobrar) no puede adquirir el bien directamente porque sería permitir que aquel se quede con los bienes a pesar de que el deudor o tercero legitimado quiera cancelar la deuda. Además, considero que el apoderado debe ser diligente y antes de la adjudicación directa debe notificar al deudor e inclusive al nuevo propietario, para que acrediten o no el cumplimiento de lo debido, y así evitar un fraude en la utilización de la garantía mobiliaria.

En ese razonamiento, considero que debe establecerse mayores controles para el apoderado, pues en estos casos, sea por negligencia o por dolo, debe responder personalmente, sea civil o penalmente. Inclusive, estimo que legislativamente debería inhabilitársele para ejercer el mismo cargo o función.

1.2. ¿Y si en ejecución se advierte la existencia de pactos nulos?

En cierta ocasión, una persona natural constituyó garantía mobiliaria sobre una maquinaria, para respaldar un préstamo otorgado por un proveedor. Dentro del acto constitutivo, se pactó que la ejecución podía hacerse, a elección del acreedor, de tres formas: (i) en proceso

judicial; (ii) en venta extrajudicial; o (iii) en adjudicación directa a favor del acreedor.

En el caso de la venta extrajudicial, el contrato constitutivo de la garantía establecía que aquella se realizará con base en las 2/3 partes del valor del bien; sin embargo, si la venta no se realiza dentro de los 100 días calendarios contados a partir de la comunicación notarial del incumplimiento, se podrá realizar otras ventas posteriores bajo el mismo procedimiento “pero utilizando como base para la venta de los activos un monto 20 % (veinte por ciento) menor que el valor utilizado en el procedimiento de venta anterior, y así sucesivamente, hasta que se vendan todos los activos”. Pero conforme al artículo 47 de la Ley de Garantía Mobiliaria, es nula la venta realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes o, en su defecto, del valor comercial del bien mueble al tiempo de la venta.

En ese escenario, el apoderado fue exhortado para haga efectivo la venta extrajudicial, luego de los 100 días, a un precio por debajo de 66,66 %, según el acto constitutivo de la garantía mobiliaria en menos 20 % (cada vez que el bien sea ofertado). Por su lado, en la segunda oportunidad, luego de los 100 días, el deudor/propietario puso de manifiesto al apoderado que el bien se vendería por 26,66 %, contraviniendo el texto expreso de la ley, con lo cual el apoderado suspendió la venta extrajudicial.

Aquí cabe hacer las siguientes reflexiones:

- ¿Puede el apoderado suspender la venta extrajudicial?

De acuerdo al inciso 5) del artículo 47 de la Ley de Garantía Mobiliaria, se establece que “en ningún caso podrá suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes será resuelta por el juez especializado en lo civil, en la vía sumarísima, conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, bajo responsabilidad”.

La norma es clara al establecer que el representante no puede suspender la venta extrajudicial, en ningún caso, bajo responsabilidad. Sin embargo, considero que en el caso propuesto el representante debería evitar la venta por debajo del valor establecido de manera imperativa por la ley (bajo sanción de nulidad), como explicaré a continuación.

Nótese, además, según el citado artículo que el juez resolverá la controversia “respecto al monto o la extensión de alguno de los gravámenes”, pero ello no debe entenderse como un límite a la competencia del órgano jurisdiccional.

- Por ello, no existiendo sentencia firme que declare nulo el pacto de venta por debajo de los 2/3 del valor del bien, ¿el apoderado puede considerar que el pacto es nulo de pleno derecho? y, con base en ello, ¿puede suspender la venta extrajudicial?

El acto nulo es ineficaz desde su origen por carecer de los elementos básicos para su validez. Esa debe ser la premisa para que el apoderado pueda considerar nulo el pacto cuestionado, máxime si la norma es clara al establecer una nulidad expresa ante la venta extrajudicial por debajo de las 2/3 partes del valor del bien. Además, el pacto privado no puede contravenir, en ningún caso, la norma imperativa, de ahí que por más que exista un pacto expreso (aunque nulo) debe tenerse por no puesto, en tanto que no se le puede exigir al representante cumpla con un acuerdo nulo de pleno derecho, por carecer de eficacia (ineficacia estructural).

Considero que el representante puede (y debe, siguiendo el mandato legal imperativo) suspender la venta extrajudicial, pero no de manera definitiva. Me explico: la suspensión abarcaría única y exclusivamente a aquella venta que afecte la norma expresa, pero deberá retomarse la venta en el mismo acto o en acto inmediatamente posterior, respetando que aquella no se realice por debajo del mínimo legal establecido. Asimismo, el representante no incurrirá en responsabilidad, por el contrario, será diligente y actuará de buena fe conforme lo establece el inciso 7) del artículo 47 de la Ley de Garantía Mobiliaria,

pues con ello respetará la Ley sobre la voluntad privada, cuando la primera se sobrepone ante la segunda (por su imperatividad); máxime, si como ya se expresó anteriormente no puede admitirse el abuso del derecho.

Este razonamiento puede ser adoptado por quien tiene conocimientos de Derecho, con lo que mayor complejidad existe si el representante no es abogado (porque no es un requisito para su designación), y suele estar, por lo general, vinculado al acreedor (quien lo designa para una conveniente y eficaz ejecución). Pero, en todo caso, el representante tiene legitimidad e interés para pedir al juez civil defina la validez en un proceso sumario.

- Si por el contrario, el apoderado hubiese sido de la posición que no siendo juez no puede evaluar o asumir la nulidad de un acto jurídico, y menos puede desconocer su eficacia del contrato para las partes y para él mismo, realizando la venta extrajudicial en perjuicio del deudor/propietario al afectado solo le quedaría recurrir a la vía judicial para solicitar la nulidad de la venta, dentro del plazo de 15 días siguientes a la transferencia, según el inciso 2) del artículo 47 de la Ley de Garantía Mobiliaria.

En este nuevo escenario, habría que evaluar la intervención de los terceros (adquirentes), quienes si actúan de buena fe no resultarían afectados por el principio de seguridad jurídica; y más allá de la nulidad, si el bien mueble ejecutado no puede recuperarse por estar en manos de un tercero de buena fe, responderá el acreedor y el representante por los daños que puedan generarse, al haber actuado fuera de los márgenes imperativos de la ley.

2. Garantías hipotecarias

2.1. Cuidado con cobrar más del monto del gravamen

Una caja municipal interpuso demanda de ejecución de garantía hipotecaria para procurar la cancelación de S/. 24 799,66 y S/. 21 479,59,

contra dos personas responsables solidariamente. La garantía cubría ambas obligaciones.

Al calificar la demanda, el juez civil, por Resolución N° 01 de fecha 27 de julio de 2010, declaró inadmisibile la demanda considerando que el monto de la pretensión solicitada por la entidad demandante ascendía a un total de S/. 46 279,25; sin embargo, de la revisión del contrato privado de constitución de hipoteca, celebrado entre la demandante y los demandados, se establece que el lote de terreno que garantiza la obligación es hasta un límite de US\$ 10 300,00; consecuentemente, se determina que la suma que pretende ejecutar la entidad demandante no se encuentra dentro del límite que los demandantes han garantizado con el bien inmueble hipotecado; así, se requirió a la acreedora que proceda a indicar el monto real de la ejecución que pretende a efectos de subsanación.

La entidad financiera justificó que el límite de la garantía no es óbice para pretender una suma mayor, en caso contrario, se limitaría su derecho de crédito. Sin embargo, el juez civil rechazó la demanda considerando que no cumplieron con “el requisito de variar el petitorio al monto total de la garantía real constituida”, siendo la demanda improcedente.

En revisión, la sala civil anuló la resolución y ordenó al juez civil que emita nueva resolución al considerar que “no es causal de inadmisibilidad el hecho de que el monto de la constitución de hipoteca sea menor al monto demandado”. Pese a ello, persistiendo en su criterio, el juez civil, por Resolución N° 07 de fecha 10 de marzo de 2011, declaró improcedente la demanda, considerando lo siguiente: **(i)** en el proceso de ejecución de garantías no procede reclamar una suma mayor a la que se ha fijado en la escritura pública de garantía hipotecaria, pues dicha hipoteca se extiende o afecta el bien solo hasta el monto del gravamen constituido (inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil); de ahí que no resulta exigible un monto mayor al gravamen que pesa sobre el bien; y **(ii)** conforme al inciso 6) del artículo 427 del Código Procesal Civil, el petitorio es jurídicamente imposible al demandarse en un proceso de ejecución de garantías una suma mayor a la establecida por las partes en el contrato de garantía hipotecaria.

La primera reflexión, más allá del criterio del magistrado de primera instancia, es que el acreedor (con garantía real) tiene que literalmente pelearse con el juez para que admitan su demanda en un justo reclamo (que le paguen lo que le deben), y transcurrió un año y más solo discutiendo la admisibilidad, cuando se supone el proceso de ejecución es el más rápido (¿?). La segunda reflexión es que con este tipo de razonamiento, además de afectarse el acceso a la jurisdicción como derecho fundamental, se distorsiona la eficacia de las garantías reales porque si los intereses superan al capital (como en muchos casos) y la garantía solo cubre el monto del capital, mal puede entenderse que solo se podría cobrar el límite monetario de lo segundo y no lo primero.

Adicionalmente, es importante hacer las siguientes anotaciones respecto a estas resoluciones judiciales:

- La demanda se declaró inadmisibile y, considerando que la entidad financiera no subsanó las omisiones, se rechazó la demanda por “improcedente”.

Así, cabe destacar que la improcedencia no es consecuencia de la inadmisibilidad, son dos categorías procesales distintas, desde tres puntos de vista: **(i)** por su origen, porque un acto procesal es inadmisibile por carecer de un requisito de forma y será improcedente por omisión o defecto de un requisito de fondo, según el artículo 128 del Código Procesal Civil; **(ii)** por sus causales, porque están específicamente descritas y separadas en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil; y **(iii)** por sus efectos, porque la inadmisibilidad genera la posibilidad de subsanar el defecto u omisión, en cambio, la improcedencia generará el archivo directo de la demanda sin posibilidad de remediar el vicio advertido por el juez.

Ahora bien, que la demanda no sea subsanada luego de una declaración de inadmisibilidad no genera la improcedencia de esta (porque no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 427 del Código Procesal), sino simplemente el rechazo de la demanda por no cumplir el mandato del juez, pues existirá un apercibimiento expreso. Recuérdese que la demanda debe cumplir con los requisitos exigidos por la norma

procesal, obviamente sin llegar a excesos o rituales formalistas. Por lo tanto, el “rechazo por inadmisibilidad” no es sinónimo de “improcedencia”, más allá de que en ambos casos se termine con la conclusión del proceso.

- Como bien lo sostuvo la sala civil, que el monto de la pretensión sea mayor al monto del gravamen no es causal de admisibilidad, por lo que debe entenderse que no existiendo el supuesto defecto advertido por la primera instancia, la demanda debió admitirse. Sin embargo, luego, el juzgado civil declaró la improcedencia de la demanda, bajo el mismo fundamento de la inadmisibilidad.

Entonces, para el juez ¿es inadmisibile o improcedente? Nuevamente se confunden las categorías y parece que el juez no quiere “dar su brazo a torcer” y bajo cualquier motivo o pretexto busca rechazar la demanda y mantener su criterio a pesar de lo resuelto por el superior jerárquico.

- Es válido y totalmente legal que el acreedor pretenda cobrar todo lo que se le debe, emplazando al deudor para tales efectos. Obviamente, el bien hipotecado solo responderá hasta el límite del gravamen, pero que se pretenda el cobro de una suma mayor no genera la inadmisibilidad o la improcedencia de la demanda.

La demanda debe admitirse, pues dicho límite cuantitativo solo servirá para establecer el parámetro de responsabilidad al momento de hacer efectivo el pago con el dinero resultante del remate. En otros términos, será en la etapa de ejecución forzada que el límite del gravamen será útil y eficaz, pues el acreedor no podrá cobrar más (con el bien o con el dinero de su realización) que el monto previamente establecido en la constitución de la hipoteca.

En ese escenario, puede ocurrir: **(i)** que con el dinero del remate la deuda sea totalmente pagada, y aún quede efectivo; **(ii)** que sobre dinero del remate y la deuda sea parcialmente cancelada; y **(iii)** que no sobre suma alguna, y exista aún deuda

por pagar. En el primer caso, no existiendo nada más que exigir, se le entregará el saldo al deudor o al tercero garante. En el segundo caso, el saldo no cubrirá la deuda, pues supera al límite del gravamen; por lo que le corresponderá al acreedor ejecutar medida cautelar sobre el dinero en efectivo o depósito antes de que se entregue. En el tercer caso, el acreedor deberá buscar otros bienes para que sean embargados o secuestrados, con el fin de cubrir el pago de la obligación insatisfecha.

- Recordemos que el juez civil considera que el petitorio es “jurídicamente imposible”, por lo que la improcedencia puede declararse. Empero, un acreedor sí puede demandar por más del monto del gravamen, y si bien el inmueble hipotecado solo responderá por la suma pactada, se permite que el acreedor pueda (en el mismo proceso) embargar el bien hipotecado (u otros bienes), según una lectura adecuada de los artículos 692 y 724 del Código Procesal Civil.

Entonces, es jurídicamente posible que dentro de un proceso de ejecución de garantías, el acreedor embargue el mismo inmueble cuando el monto del gravamen es insuficiente o menor para garantizar la deuda total, precisamente con ello la cobertura se ampliará (entre la hipoteca y el embargo) y se buscará asegurar el pago íntegro de la deuda.

Finalmente, debe recordarse que al calificar la demanda el juez tiene la obligación de interpretar las normas en favor del derecho del accionante (*pro actione*) o en favor a la continuación del proceso (*pro processum*), pues ello garantiza el acceso a la jurisdicción como un derecho fundamental, expresión de la tutela procesal efectiva.

2.2. Apúrate, que resuelto el arrendamiento financiero ya no puedes ejecutar la garantía hipoteca

Una entidad financiera otorgó un arrendamiento financiero (*leasing*) y su cliente para garantizar las cuotas de la renta pactada otorgó garantía hipotecaria sobre su inmueble. Pasado el tiempo, el cliente no pagó la deuda y la acreedora le cursó carta notarial dando por resuelto el contrato (por cláusula resolutoria expresa), exigió el pago de las rentas

vencidas, la devolución del bien arrendado y la cancelación de la penalidad pactada en el contrato.

Como la deuda no fue cancelada a pesar de la intimación, la entidad financiera inició un proceso de ejecución de garantía real. En respuesta, el deudor no solo formuló contradicción, sino que, además, inició un proceso sumarísimo donde pretendía la “declaración de extinción de la garantía hipotecaria” alegando que al haberse dejado sin efecto el contrato principal (*leasing*) por accesoriedad, el contrato de hipoteca debe seguir la misma suerte.

Lo extraño es que el juez de primera instancia declaró fundada la demanda declarativa, a pesar de que existía una obligación impaga. En segunda instancia, existieron cinco votos, dos confirmando la decisión y tres revocándola y declarando infundada la demanda. Esto ni siquiera debería ser discutible, porque existiendo deuda pendiente y garantizada con la hipoteca, esta simplemente no puede extinguirse, máxime si ya se había iniciado proceso judicial para ejecutarla.

En este caso es adecuado precisar lo siguiente:

- Por definición se considera que la hipoteca es un acto jurídico accesorio a uno principal; sin embargo, debe destacarse que la garantía queda sujeta a la existencia de la obligación y no a la existencia del contrato principal.
- En efecto, por regla, el contrato se extingue con su propia celebración, al agotar su finalidad: crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Por tanto, negociado y celebrado el contrato, este deja de existir, pues a partir de ese momento nacen las obligaciones (relaciones jurídicas de carácter patrimonial). Por ello, cuando se afirma que por la resolución se deja sin efecto un contrato, ello resulta impreciso, es mejor sostener que por ella “se deja sin efecto la relación jurídica u obligaciones nacidas de un contrato”.
- Entendido esto así, el carácter accesorio de la hipoteca no está relacionado a la existencia del contrato principal, sino de las obligaciones que de él se hayan generado. Este razonamiento guarda relación con los incisos 1 y 2 del artículo 1122 del

Código Civil al señalarse expresamente que la hipoteca se extingue por “extinción de la obligación que garantiza” o por “resolución de dicha obligación”. En sentido contrario, si las obligaciones cubiertas con la garantía aún no se extinguen (por su ejecución total, condonación, novación, transacción, entre otras formas), la hipoteca debe seguir vigente y generando todos sus efectos jurídicos.

- En este caso, la pregunta es ¿las obligaciones garantizadas se extinguieron?; en realidad, no. Por el contrario, aquellas existían y se encontraban pendiente de ejecutarse íntegramente, tanto así que existía un proceso judicial para exigir el cumplimiento de la obligación impaga. Ahora bien, estando frente a un contrato con prestaciones de ejecución continuada, por la resolución contractual, la ineficacia se “retrotrae” hasta el momento que se generó la causal resolutoria, es decir, solo deja sin efecto la relación jurídica desde que se cursó la carta notarial y no antes; así las cosas, la renta no pagada (hasta antes de la resolución) es obligación que debe cumplirse cabalmente, es complemente exigible. Luego que opera la resolución ya no existirá obligación de ceder el uso del bien y, por ende, tampoco de pagar renta (aunque sí es viable exigir pago de frutos e indemnización), pero en ningún supuesto cabe considerar que las rentas pasadas y no pagadas también se extinguen.

Concluyendo, puede afirmarse que no es procedente declarar la extinción de la hipoteca como consecuencia de haberse resuelto el contrato principal, precisamente porque existen obligaciones garantizadas que están siendo exigidas dentro de un proceso donde se busca precisamente ejecutar la hipoteca materia de controversia. Pensar como lo hizo el juez de primera instancia y los dos vocales que ampararon la pretensión declarativa del deudor es poner en riesgo la seguridad jurídica en las transacciones comerciales, al dejar sin protección al acreedor.

2.3. Un caso entre publicidad de la hipoteca, la transferencia de propiedad, la buena fe y el derecho de acreencia

Un acreedor que tiene a su favor una garantía hipotecaria, y frente al incumplimiento de la obligación, inicia un proceso de ejecución

exigiendo el pago de la deuda (S/. 75 000,00), bajo apercibimiento de rematarse el bien. Lo particular es que la deuda es superior al monto del gravamen (S/. 30 000,00), pero a su vez el valor del bien supera la deuda total (S/. 150 000,00) según tasación actualizada.

Antes del remate, el deudor se da cuenta de que si el inmueble se remata por las 2/3 de su valor, se obtendría S/. 100 000,00, pero el acreedor solo podría cobrar S/. 30 000,00, y podría afectar el depósito hasta por S/. 45 000,00 para cubrir el saldo no garantizado con la hipoteca. Para evitar ello y solo responder por S/. 30 000,00 y no más transfiere el bien por compraventa a favor de un tercero.

Este tercero adquirente conector de la hipoteca (por publicidad registral), comparece al proceso y consigna los S/. 30 000,00 que es el monto del gravamen y el límite máximo por el cual respondería el bien, solicitando que se suspenda el remate y se levante la hipoteca. En ese escenario, en el proceso de ejecución el acreedor solo podrá cobrar los S/. 30 000,00 consignado por el nuevo propietario.

El acreedor considera que su derecho fue burlado e inicia un proceso de ineficacia de acto jurídico de la compraventa por fraude a los acreedores (acción pauliana). Esta pretensión se sustentó, básicamente, en que la transferencia buscó evitar que el bien responda por la deuda total, y además que el tercero conoció de la acreencia existente a su favor porque el contrato de mutuo y la hipoteca generaron el asiento registral de público conocimiento.

En este caso, corresponde hacer las siguientes anotaciones:

- El derecho de crédito le otorga a su titular el poder de exigir coercitivamente el cumplimiento de la prestación, utilizando todos los mecanismos legales para hacer cumplir lo debido.
- Si la acreencia está cubierta con una garantía hipotecaria, el acreedor frente al incumplimiento puede solicitar el remate del bien y cobrarse con el dinero obtenido en la ejecución, pero el bien solo responderá hasta el monto del gravamen, como ya se sostuvo anteriormente. Por el saldo no cubierto, el acreedor tendrá que embargar aquel monto superior al gravamen, o embargar otros bienes del deudor.

- Cuando interviene un tercero y adquiere el bien hipotecado es lógico, razonable y justo sostener que aquel solo responderá con su bien hasta el límite gravado, precisamente porque lo adquirió “en esas condiciones”. Igual sucede cuando una persona constituye hipoteca para garantizar deuda ajena, así, si la deuda es mayor no se le puede exigir que cubra (con su bien) un monto superior, pues responderá hasta aquel límite libremente impuesto por las partes.
- Entonces, en un escenario ordinario, la acción pauliana no debería prosperar, en tanto que si bien aquel tercero conocía de la deuda y de la hipoteca, al asumir el riesgo de una probable ejecución del bien, también sabe que existe un límite de cobertura y no será responsable por una suma mayor. Sin embargo, considero que el panorama cambia si este tercero actuó en colusión con el deudor para defraudar al acreedor. Precisamente, si el adquirente actuó de mala fe (y eso se demuestra con otras pruebas distintas a la simple publicidad registral de la hipoteca) no puede oponer el límite del gravamen y, en tal caso, debe responder por el saldo no cubierto por la hipoteca, siempre que sobre el bien se ejecute un embargo en ese sentido, previa declaración de ineficacia del acto de transferencia.

Como se ha sostenido, si la deuda es mayor al monto del gravamen, el acreedor debe oportunamente embargar el mismo bien inmueble (por el saldo no cubierto) e inscribir la afectación judicial; y si el bien es transferido a un tercero, aquel adquirirá el bien en el estado jurídico que se encuentre publicitado, es decir, con una hipoteca y un embargo; de lo contrario, el bien no podrá ser afectado, salvo que se acredite el fraude.

2.4. Cuando la ejecución de la garantía hipotecaria continúa, pese a la nulidad del título valor

Un proceso de ejecución se inicia siempre que exista un “título especial” establecido por la ley, y siempre que cumpla con los requisitos exigidos en cada caso. No existe excepción en el caso que se inicie un proceso de ejecución de garantías, pues igual se requiere de un título de ejecución, lo que sucede es que existe imprecisión por parte de las normas procesales.

Algunos consideran que el título de ejecución es el contrato de constitución de hipoteca inscrito; otros, que es aquel y el estado de cuenta saldo deudor; y finalmente existen quienes sostienen que son ambos más el título que da origen a la obligación exigida en el proceso. La jurisprudencia mayoritaria se pone en el punto intermedio; sin embargo, ello trae más de un problema.

Efectivamente, un acreedor inició proceso de ejecución (de garantía hipotecaria), con la finalidad que el deudor y su cónyuge le cancelen una determinada suma de dinero, como medios de pruebas presentó: a) escritura pública de constitución de hipoteca por deuda futura; b) estado de cuenta del saldo deudor, donde se indicaba que la deuda provenía de un pagaré; c) certificado de gravamen; d) tasación actualizada del bien; y e) el pagaré. Al formular contradicción, los ejecutados denunciaron la inexigibilidad de la obligación porque el pagaré contenía firmas falsas, acreditándolo con una pericia de parte, que no fue tachada o desvirtuada con otra pericia de la contraparte o con una pericia oficial.

Por auto final, el juzgado declaró infundada la contradicción al considerar que el título de ejecución lo constituye el acto jurídico que da nacimiento a la hipoteca y el estado de cuenta del saldo deudor, y no el pagaré, pues lo que se ejecuta es lo primero y no lo segundo, y en tal sentido, ordenó el remate del bien. Impugnada la decisión, la Sala Civil superior confirmó la decisión, pero agregó que la nulidad del pagaré debe discutirse en una vía cognoscitiva y no en la vía ejecutiva. La Corte Suprema anuló los autos finales por falta motivación adecuada, no pronunciándose sobre el fondo de la controversia. El proceso inició en el año 2007, y aún está pendiente que se resuelva la contradicción en primera instancia.

Sobre el particular, es importante hacer las siguientes reflexiones:

- El proceso de ejecución es uno que, como en el caso de la hipoteca, genera ejecución sin la necesidad de una declaración judicial previa. Por ello, para generar esa ejecución directa se exigen títulos especiales que cumplan con los requisitos de ley.

También es fundamental que el título contenga una obligación cierta, expresa exigible y líquida o liquidable. Si esto no

sucede, la contradicción puede invocarse como causales: a) la inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título, b) la nulidad formal o falsedad del título, o que el título; valor se llenó contra lo pactado; y c) la extinción de la obligación. No se puede alegar nada más, en caso contrario, la contradicción será improcedente.

- Si se considera que el título de ejecución es únicamente el acto constitutivo de la hipoteca y el estado de cuenta del saldo deudor, entonces simplemente no importará qué suceda con el documento que contiene la obligación.

En el caso propuesto, el estado de cuenta refería que el origen de la obligación era el pagaré. Y en efecto, el título valor no es el título que propiamente se ejecuta, sino es un medio probatorio que sustenta la existencia de la obligación lo que le da importancia para dirimir la controversia. Coincidió en que el no cumplimiento de las formalidades del título valor no debe afectar la ejecución de la hipoteca; sin embargo, no debería suceder lo mismo si el acto que da nacimiento a la obligación (garantizada con la garantía real) resulta ser nulo.

En este caso, siendo el acto jurídico nulo no se creó ninguna obligación y, por lo tanto, no se puede ejecutar la garantía real si no existe obligación que garantizar. Entonces, siendo esto así, sí debe tenerse en cuenta el título que da origen a la obligación.

- Un problema no menos complejo es la probanza de la nulidad del pagaré, pues siendo un proceso de ejecución no existe una amplia actividad probatoria; es más, algunos consideran que la “nulidad sustantiva” debe tramitarse en un proceso ordinario (y no en uno de ejecución) precisamente porque se requiere de la actuación de cierta prueba. Sin perjuicio de ello, considero que si existe una controversia sobre la existencia de la obligación, esta debe ser resuelta en el mismo proceso, pues no será coherente ejecutar una obligación inexistente.

Entonces, corresponderá a las partes acreditar la falsificación o no de las firmas en el pagaré, lo que no impide que el juez ejercite su facultad de ordenar la actuación de prueba de oficio, en tanto que el juzgador no puede (ni debe) ordenar la ejecución forzada si previamente no está convencido de la existencia de la deuda. Las pericias son admitidas en un proceso de ejecución de garantías, de ahí que será el medio adecuado para probar que el título valor contiene firmas falsas.

- Como se indicó anteriormente, una de las causales de contradicción es la “nulidad formal del título”, sin embargo, al denunciar que el título valor que prueba la existencia de obligación garantizada con la hipoteca contiene firmas falsas se hace referencia a la “nulidad material del título”.

Visto así, no se trata de lo mismo. Pero dicho sustento de defensa puede subsumirse en la causal de “inexigibilidad de la obligación” porque, en realidad, no será exigible a quienes no tengan la calidad de deudores (porque nunca firmaron el documento que crea la obligación). De otro lado, no podrá invocarse la causal de “falsedad del título” pues, como ya se dijo, el pagaré no es propiamente el título de ejecución, sino el medio probatorio por el cual se sustenta la existencia de la obligación y, por ende, acreditará a quienes se les podrá “exigir” el cumplimiento de la prestación debida.

Entonces, como en el caso propuesto, si existe una pericia grafo-técnica (no cuestionada por las partes) que acreditó que las firmas puestas en el pagaré eran falsas y no correspondían a los supuestos deudores, debió declararse fundada la contradicción. Pensar lo contrario nos llevaría al absurdo de pensar que se puede ejecutar la hipoteca para cobrar una obligación que no existe (con base en un documento falsificado). Es decir, no existiendo relación jurídica, tampoco existen prestaciones que exigir.

En la misma orientación, considero que el juez puede revisar la “exigibilidad” de la obligación en su mayor dimensión. Si no pensemos en el siguiente caso: un representante de una sociedad asume una obligación sin tener facultades para ello, la contraparte conoce de la ausencia

del poder, pero de mala fe igual suscriben los documentos. En ese contexto, conforme al artículo 161 del Código Civil, el acto es ineficaz para la sociedad, pero exigible para el representante (oponibilidad parcial). Dentro de un proceso judicial se busca cobrar el título valor firmado por el **falso procurador**, ¿acaso la sociedad no puede contradecir invocando la inexigibilidad de la obligación?, si precisamente la obligación creada no le es oponible porque quien quiso vincularla (sin éxito) no tenía los poderes suficientes. Así, debe entenderse que una obligación es inexigible no solo cuando está sujeta a alguna modalidad (plazo o condición, por ejemplo), sino cuando en realidad no puede ser opuesta al supuesto obligado.

2.5. Paga rápido, sino la adjudicación del bien rematado es nula

En un proceso de ejecución de garantías con auto final firme se remató un inmueble y en el acta de remate se le otorgó al adjudicatario el plazo de tres días hábiles para que cumpla con cancelar el saldo del precio respectivo, conforme lo ordena el artículo 739 del Código Procesal Civil.

Al sexto día el adjudicatario presentó el depósito judicial ante el Banco de la Nación por el saldo del precio del bien adjudicado que se realizó al tercer día de realizado el remate. El juez resolvió declarar nulo el remate y convocó a uno nuevo, aplicando el primer párrafo del artículo 941 del Código Procesal Civil. El adjudicatario interpuso recurso de apelación, pero la decisión fue confirmada.

Respecto a estas decisiones cabe hacer algunas anotaciones:

- El artículo 739 textualmente establece que el juez ordenará “que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro del tercer día”. En este caso, sí se depositó el saldo en el plazo otorgado, pues conforme al depósito judicial se apreciaba que el adjudicatario cumplió con el mandato.
- Lo que sucedió es que el depósito se realizó dentro del plazo legal, pero la presentación de este ante el juzgado se hizo fuera de plazo, pero esto no acarrea la nulidad.
- En primer lugar, el adjudicatario cumplió con el mandato que lo conminaba a depositar el saldo en tres días, con lo cual, ya

no podía hacerse efectivo el apercibimiento de dejar sin efecto el remate y la adjudicación.

- En segundo lugar, no existe sanción de nulidad (según el principio de legalidad) para presentar la consignación luego de los tres días de realizado el remate, por lo que no puede sancionarse con la ineficacia un acto que no contraviene norma imperativa, máxime si la sanción de nulidad es de última ratio y debe aplicarse de manera restringida.
- Y en tercer lugar, para que exista nulidad debe existir agravio, y en este caso, cabe preguntarse ¿cuál fue el agravio? En realidad no existe, pues más allá de considerar que existe un supuesto incumplimiento, el acreedor verá cancelado su crédito con el dinero consignado, aunque con tres días de retraso. Por ello, la simple demora en presentar el depósito judicial no será suficiente para anular el remate.

En resumen, realizar el depósito (o pagar) no es lo mismo que poner a conocimiento al juzgado el pago. La nulidad expresa está prevista cuando se incumple el primer supuesto y no el segundo. Y si bien se sustentó que no existe nulidad por ausencia de agravio (principio de trascendencia), tampoco significa que el depósito realizado oportunamente se presente luego de un tiempo prolongado. Precisamente, si el acreedor se considera perjudicado reclamará por el “no pago oportuno”; en ese escenario, corresponderá (antes de declarar la nulidad) requerir al adjudicatario que acredite el pago, pues lo que se buscará es cancelar la obligación insatisfecha; y si esto se logra, no existirá motivo para anular el remate y la adjudicación.

El alcance de las cesiones de créditos en el proceso único de ejecución en la modalidad de ejecución de garantías

Percy Howell SEVILLA AGURTO^(*)

INTRODUCCIÓN

En la actualidad y como mecanismo del tráfico patrimonial, hemos visto que se ha convertido en una práctica común que las empresas inmersas en el sistema financiero y regidas por su ley⁽¹⁾, específicamente los bancos, una vez que inician procesos judiciales donde cuentan con garantías extrajudiciales –por lo general, hipotecas–, cedan sus derechos (créditos) a personas naturales o jurídicas ajenas al sistema financiero.

Esta práctica es un mecanismo beneficioso para las empresas del sistema financiero que pueden recuperar de una manera rápida los capitales invertidos, teniendo en consideración que las actividades financieras son realizadas con dinero de los ahorristas y es por ello que el Estado a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP regula, supervisa y controla dichas actividades.

(*) Abogado. Socio del Estudio Sevilla & Parrilla Abogados. Egresado del Postítulo de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Egresado de la Maestría de Derecho Procesal en la PUCP.

(1) Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702).

Ahora bien, las personas naturales o jurídicas que adquieren los créditos de las empresas del sistema financiero buscan un beneficio económico, dicho beneficio serían los intereses pendientes de cobro y que como accesorios de la obligación principal se ceden.

Hasta aquí podríamos señalar que este tipo de negocios resultaría ser un mecanismo rentable tanto para las empresas del sistema financiero como para los adquirentes de los créditos ajenos a dicho sistema, pero esta práctica que parece tan sencilla y beneficiosa para todos tiene un problema. Existe un gran sector de nuestra judicatura que no acepta que los adquirentes de dichos créditos mediante las cesiones se vean beneficiados con las tasas pactadas para los intereses, señalando que tales adquirentes no forman parte del sistema financiero y, por lo tanto, no pueden cobrar los intereses con las tasas originariamente pactadas.

Siendo así, este trabajo tiene como objetivo delimitar el alcance de las cesiones de créditos en el proceso único de ejecución en la modalidad de ejecución de garantías, dando una respuesta motivada de por qué los jueces deberían aceptar que a través de la cesión de créditos los adquirentes puedan cobrar los intereses conforme se pactaron sin importar si pertenecen o no al sistema financiero.

I. LA CESIÓN DE DERECHOS Y CESIÓN DE CRÉDITOS

Debemos precisar que en la doctrina comparada esta institución es denominada como cesión de créditos, siendo que nuestro legislador adoptó la denominación de cesión de derechos –la cual consideramos apropiada– ya que como lo enseña la doctrina nacional, entre la cesión de derechos y la cesión de créditos existe una relación de género a especie.

En efecto, “la cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio constituido por la cesión de derechos. Los derechos comprenden no solo los créditos, esto es, los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino toda clase de derechos patrimoniales

transferibles, siempre que no tengan por ley un procedimiento de transmisión distinto⁷⁽²⁾.

En nuestro ordenamiento jurídico la cesión de derechos ha sido definida en el artículo 1206 del Código Civil como el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.

Siendo ello así, “la cesión de derechos consiste en la transmisión derivativa de la posición activa de una relación jurídica que hace un sujeto llamado cedente a favor de otro sujeto llamado cesionario. El cedido es el sujeto pasivo originario de la relación jurídica. La cesión puede ser el resultado de un negocio jurídico, ya sea a título gratuito u oneroso, entre el cedente y el cesionario. Pero además la cesión también puede operar por ley⁷⁽³⁾.”

Ahora bien, en lo que respecta a nuestro estudio, lo que nos importa son las cesiones de créditos, por cuanto son los créditos los que son cedidos por las entidades del sistema financiero a personas ajenas a dicho sistema, con lo cual se convierten en sus sucesores procesales en el supuesto de la existencia del proceso judicial.

La cesión de créditos “es un negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionario, con la finalidad de producir la transmisión de la titularidad del crédito entre uno y otro. Es una transmisión del crédito que se realiza por actos *inter vivos* y que cumple una función económica de circulación de los créditos dentro del tráfico o del comercio jurídico⁷⁽⁴⁾.”

(2) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra, Lima, 2008, p. 412.

(3) FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. 3ª edición Grijley, Lima, 2004, p. 135.

(4) Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 804.

II. FINALIDAD DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS

Este tipo de operaciones provoca que el comercio logre su cometido, ya que promueve la circulación del patrimonio, por ello se dice que “es uno de los instrumentos más idóneos para la circulación y la comercialización del crédito y la riqueza en general, pues permite al acreedor disponer de él, como el de otro objeto patrimonial cualquiera, a favor de un tercero, con evidente beneficio para la actividad económica y el financiamiento. El cesionario, por su parte, puede realizar una inversión ventajosa, pues ordinariamente recibirá una compensación por haber adquirido un crédito que está sometido a plazo, corriendo algunos riesgos, como el de recupero o los que son propios de la morosidad del deudor y su resistencia a pagarlo. La cesión de créditos permite llevar a la práctica numerosos negocios, pues su formalización es sencilla y está desprovista de grandes complejidades”⁽⁵⁾.

Sabemos que al ser la cesión de créditos una especie de la cesión de derechos, esta puede ser a título gratuito como onerosa. Siendo que, por lo general, se trata de un negocio jurídico a título oneroso.

Desde mucho tiempo atrás se ha dicho que respecto a los sujetos intervinientes en la cesión de créditos –cedente y cesionario–, esta resulta de suma utilidad práctica, así en relación al cedente se ha dicho que “la frecuencia de la cesión de créditos se explica por la utilidad que ofrece para ambas partes. El cedente obtiene ventajas, si su crédito se halla sujeto a un plazo y necesita fondos inmediatamente, pudiendo obtenerlos sin necesidad de esperar al vencimiento: cede su crédito con solamente la deducción de los intereses devengados entre la fecha de la cesión y la del vencimiento; (...). O bien el acreedor, que carece de fondos para hacer frente por sí mismo al vencimiento de una deuda, tendrá en la cesión un medio cómodo para liberarse. Puede ser también un acreedor que tenga en su poder un crédito cuyo cobro se presenta difícil y que, deseoso de evitar las molestias de un pleito, lo cede a un agente de negocios; sin duda, en ese caso, no podrá pretender obtener un importe nominal, con deducción de los intereses por vencer, ya que el cesionario tendrá

(5) PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 356-357.

que obtener una compensación por los riesgos corridos por él, los gastos sufragados y abonará al cedente solo determinado porcentaje del crédito; pero, al menos, gracias a ese sacrificio, el cedente verá liquidada sin complicaciones una situación enmarañada o dudosa”⁽⁶⁾.

Con relación al cesionario, la doctrina explica lo siguiente: “el cesionario tendrá en la operación ciertas ventajas. En el último supuesto tiene la oportunidad de realizar una ganancia, tal vez importante, si llega a obtener el pago íntegro del crédito adquirido por un precio muy inferior. Por otra parte, aun cuando esa idea de especulación le fuera ajena, logra con la adquisición una inversión de fondos, que puede llegar a ser provechosa y segura, si el interés estipulado fuera bastante elevado y si garantías serias van unidas al crédito. Desde este último punto de vista, frecuentemente es interesante adquirir un crédito ya existente y provisto de sus correspondientes garantías, mejor que prestar una suma a cambio de la constitución de nuevas, ya que en el primer caso el acreedor se beneficia de un grado de prioridad que no puede obtener en el segundo: goza de una hipoteca de grado preferente o bien de un privilegio anexo a la condición del crédito, como el privilegio del vendedor”⁽⁷⁾.

En la actualidad la visión no ha variado, por ello se ha llegado a decir que “los contratos que realizan la función económica que consiste en la transferencia de créditos han adoptado gran importancia, en la medida que constituyen mecanismos contractuales que permiten a los titulares lograr financiamiento a través, por ejemplo, de la venta de créditos. En tal sentido, a través de la cesión de créditos un sujeto adquirirá la disponibilidad inmediata de una suma de dinero a cambio de la transferencia de la titularidad de un bien munido de una utilidad que no es actual. La importancia que adquiere la cesión de créditos dentro de la actividad económica, nos obliga a replantear el tema desde un punto de vista funcional”⁽⁸⁾.

(6) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones (Segunda parte)*. Tomo VII, Cultural S.A., La Habana, pp. 424-425.

(7) *Ibidem*, p. 425.

(8) BARCHI VELA OCHAGA, Luciano. *Código Civil comentado. Derecho de Obligaciones*. Tomo VI, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, p. 258.

Lo hasta aquí expuesto se condice plenamente con el Derecho Comercial, “entendido como derecho que preside a la organización de la producción y del intercambio de los bienes y de los servicios y al ejercicio de la correspondiente actividad”⁽⁹⁾, lo que se busca con las cesiones de créditos es que los agentes que intervienen en el mercado se vean beneficiados obteniendo provecho de sus inversiones.

En efecto, el cedente obtendrá el capital invertido en la relación obligacional de la que fue parte como acreedor, por lo tanto, podrá disponer de recursos inmediatamente; mientras, el cesionario –quien entrará en la relación obligacional como acreedor– podrá obtener beneficios por su inversión como, por ejemplo, los intereses devengados y por devengarse que no fueron cobrados por el cedente.

Viendo a la cesión de créditos de este modo, resulta ser una herramienta útil para el desarrollo del comercio y del tráfico patrimonial y, como se puede verificar –a simple vista– no causa perjuicios a ninguno de los intervinientes, inclusive ni siquiera le causa perjuicio alguno al deudor cedido por cuanto este se encontrará en igual posición que con el acreedor primigenio –cedente–.

III. LA ACTIVIDAD BANCARIA Y LAS CESIONES DE CRÉDITO

Un banco es una institución financiera que tiene como propósito social y económico el de administrar, prestar y realizar otras operaciones con dinero. Por lo general, los bancos son instituciones privadas, empero también existen bancos públicos, mixtos, de segundo piso, centrales, etc.

Las actividades bancarias pueden ser tanto pasivas como activas, las actividades pasivas son aquellas mediante las cuales los bancos buscan obtener o captar capital (dinero) de terceros denominados clientes (personas naturales y jurídicas); como ejemplo de estas operaciones tenemos la apertura de depósitos como las cuentas corrientes, cuentas de ahorro, etc., teniendo como particularidad que en estas operaciones el

(9) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 60.

interés que obtendrán los clientes resulta ser bajo, pero cuentan con la confianza que su dinero no se perderá. Por el contrario, las actividades activas son aquellas que buscan la colocación del capital captado mediante las actividades pasivas, como ejemplo tenemos los créditos, préstamos, etc., con la particularidad que los bancos por tales colocaciones obtendrán ganancias ya que todas estas operaciones contemplan el cobro de intereses a su favor. Por ello las actividades bancarias son conocidas en el mundo financiero como intermediación financiera indirecta⁽¹⁰⁾. La diferencia entre lo que los bancos tienen que pagar por intereses a los clientes de los cuales captaron los capitales y lo que obtienen por intereses al colocar dichos capitales viene a ser su ganancia, lo que a nivel bancario se le conoce con el nombre de *spread*.

Debido a que los bancos realizan sus actividades principalmente con dinero de los ahorristas, el legislador, en pro de salvaguardar y proteger los intereses del ciudadano común y corriente, a través de la reglamentación de las actividades bancarias ha otorgado mecanismos que minoricen el riesgo de pérdida de los ahorristas. Por ello, esta actividad bancaria en nuestro medio es regulada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y se rige principalmente por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702).

Entre varios de los mecanismos que brinda el legislador nacional en salvaguarda de proteger los intereses de los ahorristas⁽¹¹⁾ lo que nos importa para el presente trabajo es la búsqueda de la importancia del porqué los bancos buscan una rápida recuperación de su cartera morosa, y

(10) La intermediación financiera es aquel proceso donde se trasladan los recursos de los agentes superavitarios a los agentes deficitarios. Siendo que existen dos formas o modalidades de que se gesticione la intermediación financiera: directa o indirecta.

En la intermediación financiera directa los agentes superavitarios como deficitarios tienen un trato directo, es decir, existe un contrato entre ellos, ejemplo de ello se da en la Bolsa de Valores; mientras que en la intermediación financiera indirecta los agentes intervinientes no tienen trato directo e interviene un tercero que posibilita el traslado de los recursos, como lo realizado por los bancos que captan el ahorro del público y luego dichos recursos los colocan a terceros.

(11) En el artículo 132 de la Ley N° 26702 se encuentran las diversas formas por las cuales el legislador busca minorizar o atenuar los riesgos del ahorrista.

ello tiene como respuesta principal las provisiones⁽¹²⁾ que deberán efectuar ante la eventualidad de créditos impagos, las cuales merman las utilidades que pudieran percibir anualmente, así como ocasiona que no puedan elevar su nivel de apalancamiento⁽¹³⁾.

En términos normales, los bancos, al tener que provisionar por los créditos impagos, generan que su nivel de captar recursos de los ahorristas no aumente, lo cual trae como consecuencia que las utilidades no son las que esperarían. Ello motiva a que busquen mecanismos alternativos para recuperar los créditos impagos y con ello puedan liberar las provisiones que efectuaron; es allí donde aparece la cesión de créditos como mecanismo de recuperación de dichos créditos, siendo que en la mayoría de los casos (si no en todos) los bancos realizan las cesiones obteniendo –como mínimo– la suma capital que se les adeuda dejando para los cesionarios –como ganancia– los intereses devengados y por devengarse.

IV. EL ALCANCE O ÁMBITO DE LAS CESIONES DE CRÉDITOS

En los puntos anteriores hemos visto la gran importancia que tienen las cesiones de crédito dentro de la economía en general y particularmente en el ámbito bancario; ahora analizaremos el alcance jurídico de esta figura.

El artículo 1211 del Código Civil establece cuál es el alcance de las cesiones de crédito, por lo tanto, es perfectamente aplicable a las cesiones de crédito debido a la relación existente entre ambas figuras jurídicas –*supra* punto I–, así las cosas, dicho precepto legal dispone lo siguiente:

-
- (12) Provisión es un término contable, siendo un apunte contable en el pasivo de una empresa (en nuestro caso, bancos) por el riesgo de una pérdida cierta como incierta, es decir, en toda empresa siempre está latente el riesgo de incurrir en pérdidas previsibles de cantidades determinadas como indeterminadas, y ello debe ser tenido en cuenta en la contabilidad para que ante la eventualidad de que se deba cumplir con honrar (pagar) tales pérdidas, la empresa esté en condiciones de asumirlas.
- (13) El apalancamiento comúnmente se define como la capacidad para aumentar los recursos con capital ajeno, es decir, endeudándose. Así, los bancos tienen un capital mínimo señalado por ley y pueden captar dinero de los ahorristas, capitales estos que financiaran sus operaciones, por ello, a mayor capital tengan mayor nivel de apalancamiento tendrán.

la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario. En el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, más no si estuviese en poder de un tercero.

Debemos entender entonces que cuando se cede un crédito –por regla general–, se transfiere el crédito y todos los derechos que le son inherentes salvo que las partes (cedente y cesionario) pacten, por ejemplo, que se cede el crédito mas no la hipoteca que lo respaldaba.

Entonces, realizada una cesión de créditos se transfiere el crédito en sí, las garantías reales como hipotecas o garantías mobiliarias, las garantías personales como los avales y las fianzas, los privilegios (los cuales tocaremos en el siguiente punto), y los accesorios como serían los intereses ya pactados por las partes.

Por ende, “el derecho transmitido no experimenta mutación alguna por el hecho mismo de la cesión. Dicho de otro modo: no mejora ni empeora, ni para el acreedor ni para el deudor. Por lo tanto, el cesionario puede exigir el cumplimiento de la misma manera en que podía hacerlo el cedente y con limitaciones similares a las que eventualmente pesaban sobre este; correlativamente, el deudor cedido no ve mutada su situación por la circunstancia de haber operado la cesión del crédito y puede oponer al cesionario las mismas defensas y excepciones que tenía contra el cedente”⁽¹⁴⁾.

Podemos decir entonces que a través de la cesión de créditos el cedente transfiere al cesionario un crédito y este trae consigo todas y cada una de las particularidades con las que fuera concebido, otro modo de entender al alcance de la cesión importaría un desmedro en el derecho del cesionario, un beneficio para el deudor y una clara transgresión del ordenamiento jurídico por cuanto iría contra lo dispuesto en artículo 1211 del Código Civil.

(14) PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Ob. cit., p. 374.

V. LOS CRÉDITOS INCEDIBLES

Según el artículo 1210 del Código Civil “la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor (...)”.

De esta norma se desprende que existen tres situaciones que imposibilitan la celebración de una cesión de derechos en general y en particular una cesión de créditos: el primer supuesto se da cuando existe alguna norma de carácter legal que lo prohíba como por ejemplo en el derecho de alimentos ya que dicho derecho es intrasmisible⁽¹⁵⁾, por ende, tales créditos no pueden ser objeto de cesión.

En cuanto al segundo supuesto, esto es, cuando la cesión se opone a la naturaleza de la obligación, se ha dicho que “es aquel en que la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor”⁽¹⁶⁾, ejemplo de tal suceso sería “que el deudor cedido tuviera que representar un monólogo ante el acreedor, que es un famoso productor de cine que podría abrirle las puertas en el mundo de la actuación. En ese caso, la cesión del crédito es relevante para el deudor si el cesionario le cede su crédito a un perfecto desconocido que nada sabe de interpretación”⁽¹⁷⁾.

Ahora, el tercer supuesto se refiere a que las partes –acreedor y deudor– lo hayan convenido expresamente.

VI. LOS PRIVILEGIOS Y LAS CESIONES DE CRÉDITOS

Como se desprende de una simple lectura del artículo 1211 del Código Civil, cuando se realiza una cesión de créditos se cede a su vez el privilegio con el que cuenta dicho crédito.

Según Guillermo Cabanellas el privilegio sería una “situación jurídica preferente con relación a los demás situados en iguales condiciones; (...) En general, los autores entienden por privilegio la prerrogativa

(15) Artículo 487 del Código Civil.- “Caracteres del derecho de alimentos
El derecho de pedir alimentos es **intrasmisible**, irrenunciable, intransigible e incompensable”.

(16) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 420.

(17) *Ibidem*, pp. 420-421.

o gracia que se concede a uno, liberándole de carga o gravamen o **confiriéndole un derecho de que no gozan los demás**. Además, todo favor, distinción, preferencia o prelación (...)”⁽¹⁸⁾. Sigue el profesor diciendo que el privilegio civil vendría a ser la “preferencia que para el cobro de los créditos, en caso de concurrencia de estos, concedan los códigos y leyes civiles a ciertos acreedores. No puede tener otro título que la ley; ya que por convenio no se le permite establecer prioridades de pago al deudor. Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos a los cesionarios y sucesores de los acreedores, los cuales pueden ejercerlos como los mismos cedentes (...)”⁽¹⁹⁾ (resaltado nuestro).

Hay quien ha señalado que “el carácter privilegiado de un crédito consiste en una ruptura o una excepción del principio general de igual de trato de los acreedores, que se produce cuando la ley concede a un acreedor la facultad de cobrar con preferencia a los demás, a los que se llama por esto acreedores ordinarios, sobre el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor o de alguno de ellos”⁽²⁰⁾.

Por todo ello, “el privilegio es un accesorio del derecho de crédito. De ello se sigue la transferencia del privilegio, si se ha transferido el crédito; y la extinción del privilegio, si se extingue el crédito (...) Sin embargo, **el privilegio no puede transferirse, como tal, de un crédito a otro: el mismo se transfiere, como se acaba de decir, en unión del crédito: o sea, que se transfiere el crédito con el respectivo privilegio: no el privilegio por sí**”⁽²¹⁾ (resaltado nuestro).

Podemos concluir entonces que los privilegios tienen un carácter excepcional debido a que rompen el principio general de igualdad de trato, tienen un carácter legal porque solo pueden ser establecidos por ley; por último, son accesorios por cuanto están unido al crédito que los origina y no pueden desligárseles salvo que las partes lo convengan así. Como ejemplos de créditos privilegiados tenemos: los créditos laborales, los créditos alimentarios, los créditos tributarios, etc.

(18) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho usual*. Tomo III. 9ª edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, p. 386.

(19) *Ibidem*, p. 387.

(20) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Ob. cit.*, 751.

(21) MESSINEO, Francesco. *Ob. cit.*, p. 64.

Estos créditos privilegiados tienen como fundamento la causa por la que se originan, es decir, el legislador otorga privilegios a ciertos créditos por razones de intereses superiores que tienen respaldo constitucional, como por ejemplo “el tratamiento preferencial que se otorga a los créditos laborales tiene su principal justificación en el carácter alimentario de la remuneración, cuya finalidad es hacer posible la subsistencia del trabajador y su familia. La remuneración, en la mayoría de los casos, es la única fuente de ingresos del trabajador, o, por lo menos, la principal”⁽²²⁾.

Como vemos, la doctrina es clara y contundente en señalar que los privilegios (sean cuales fueren) son transferidos conjuntamente con los créditos en las cesiones, no pudiendo ninguna autoridad desconocer tal situación jurídica.

Para situarnos en la realidad, pongamos un ejemplo que permita situarnos ante un supuesto de cesión de créditos con privilegios: imaginemos que a la empresa Azotea Inversiones adeuda a los veinte (20) trabajadores con los que cuenta por concepto de remuneraciones la suma de quinientos mil y 00/100 nuevos soles (S/. 500 000,00); estos cuentan con sentencia firme emitida por un juez laboral que declara y condena a la empleadora al pago de dicho monto.

De otro lado, la misma persona jurídica mantiene un crédito impago con el Banco Vinka por quinientos mil y 00/100 nuevos soles (S/. 500 000,00), crédito impago que está respaldado por una hipoteca a favor de dicha entidad bancaria hasta por un millón y 00/100 nuevos soles (S/. 1 000 000,00).

En este orden de ideas, Banco Vinka ha iniciado un proceso único de ejecución en la modalidad de ejecución de garantías ante el juez comercial competente donde pretende que Azotea Inversiones le pague el crédito que le adeuda; a la fecha el proceso judicial ya está con fecha de remate del bien otorgado en garantía hipotecaria, ya que con el producto de dicho remate pretende cobrar su deuda, previo a la subasta pública.

(22) MONTROYA MENDOZA, Andrés. *La eficacia de las garantías reales y derechos del tercero adquirente frente a la protección de los créditos laborales*. Motivensa, Lima, p. 40.

Los veinte (20) trabajadores han presentado una demanda de tercería preferente de pago teniendo como pretensión que a ellos se les pague primero con el producto de remate del inmueble hipotecado a favor de Banco Vinka, teniendo como fundamento el privilegio otorgado por ley a sus créditos laborales, lo cual trae consigo que ellos tengan preferencia en cuanto al pago de sus acreencias, el juez tendrá que darles la razón y ordenará que ellos cobren primero; si existe remanente, el Banco Vinka podrá imputarlo a su crédito impago.

La interrogante que nos hacemos es la siguiente: ¿si los trabajadores ceden sus créditos laborales a un tercero, este podrá cobrar primero antes que el Banco Vinka? Para nosotros la respuesta es afirmativa porque precisamente con la cesión se transfiere el crédito tal y como es incluyendo sus privilegios; en este caso, se trata de la cesión de créditos laborales y como tal tiene el privilegio de ser cobrado con preferencia del crédito a favor del Banco Vinka, cumpliéndose con ello la finalidad de las cesiones ya que los cedentes –trabajadores– podrán obtener el dinero que les adeuda Azotea Inversiones sin esperar que termine el proceso de tercería, mientras el cesionario tiene la certeza que cobrará con preferencia de cualquier otro acreedor con el producto del remate del inmueble⁽²³⁾, además las situaciones jurídicas del Banco Vinka y Azotea Inversiones no variarán ni para mejorar su posición y tampoco para empeorarla.

(23) Así ya lo ha entendido la Primera Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi en la Resolución N° 0429-2009/SC1, órgano colegiado para el cual es perfectamente válido la transferencia de los créditos laborales vía cesión, no implicando esta una renuncia de derechos de los trabajadores teniendo como argumentos los siguientes: i) el principio de irrenunciabilidad de derechos opera solo en el marco de una relación laboral, siendo que en el caso de una cesión de créditos las partes serían el o los trabajadores que serían los acreedores (cedentes) y el tercero que puede ser cualquier persona natural o jurídica (cesionario); ii) la cesión de créditos laborales no implica una renuncia de derechos mientras esta sea a título oneroso, es decir, se perciba una contraprestación económica, y; iii) la cesión de créditos resulta ser equivalente a cualquier operación comercial realizada entre dos partes y se encuentra excluida del Derecho Laboral. Aunado a los argumentos expuestos por la Sala de Indecopi, el trabajador está facultado para transmitir los créditos a su favor ya que no existe impedimento legal alguno –siempre y cuando no exista una renuncia de sus derechos– por tanto, al no estar prohibido ello hace que sea permitido, además la funcionalidad que implicaría que los trabajadores vía cesión de créditos obtengan los recursos de una forma más rápida y expeditiva debe ser impulsada por el Estado.

VII. LAS CESIONES DE CRÉDITOS BANCARIOS GARANTIZADOS CON HIPOTECAS

Los bancos a fin de otorgar créditos y préstamos evalúan al cliente en cuanto al respaldo económico con el que cuentan y con ello pueden prever la posibilidad del recupero de tales acreencias. Una forma genérica de garantizar la recuperación de los recursos es respaldar tales créditos con garantías reales como son las hipotecas, la anticresis y las garantías mobiliarias.

Ante el incumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores se podrá recuperar los créditos realizando los bienes afectados con dichas garantías reales. En la mayoría de los casos cuando los solicitantes de créditos o préstamos son propietarios de bienes inmuebles, estos bienes son afectados con hipoteca a favor de los bancos o, en su defecto, se busca un garante que afectará su bien inmueble con hipoteca, la que respaldará una obligación de un tercero, a tal persona se le denomina garante hipotecario.

En ese orden de ideas tenemos que los bancos inician procesos judiciales que tienen como pretensión que se les pague las acreencias impagas, y en caso de tener una hipoteca a su favor podrán realizar esta en la etapa de ejecución forzada, llevándose a cabo el remate del bien inmueble y con el producto de dicho remate podrán ver satisfechas sus pretensiones, esto es, cobrar lo que se les debe.

Debemos tener presente que conforme lo dispone el artículo 1107 del Código Civil, **la hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio.**

Entonces, podemos concluir que las hipotecas coberturan tanto el capital como los intereses fijados por los bancos en sus operaciones de colocación de recursos y, como consecuencia de ello, en los procesos judiciales donde se realicen las hipotecas a través del remate de los bienes inmuebles a los cuales afecta, los acreedores podrán ver satisfecha su pretensión de cobro hasta dicho límite.

VIII. LOS INTERESES BANCARIOS Y LAS CESIONES DE CRÉDITOS GARANTIZADOS CON HIPOTECAS EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Como ya hemos visto anteriormente –*supra* punto 3–, la utilidad de la actividad bancaria gira principalmente en el cobro de intereses altos en sus operaciones de colocación de recursos, como tal, los bancos pueden cobrar las tasas de intereses más altas del mercado⁽²⁴⁾ y pueden capitalizarlos⁽²⁵⁾, lo cual una persona natural o jurídica ajena al sistema financiero no podría, es decir, está prohibido de fijar intereses por encima de la tasa máxima⁽²⁶⁾ y no puede capitalizar intereses⁽²⁷⁾.

Ahora bien, estos intereses –que pueden ser compensatorios y/o moratorios– y sus respectivas tasas, son conocidos y aceptados por los deudores de los bancos al contraerse la obligación, por lo tanto, no podrían alegar desconocimiento.

Si un banco cede su crédito (con todos sus accesorios, privilegios y garantías) a una persona natural o jurídica ajena al sistema financiero, la pregunta que sale a flote sería: ¿la facultad de cobrar las tasas de intereses pactadas originariamente por los bancos pasa también al nuevo titular del crédito pese a no pertenecer al sistema financiero?

Al respecto, nuestra jurisprudencia se encuentra dividida y existen dos posturas bien marcadas, las cuales desarrollaremos a continuación.

-
- (24) Artículo 9 de la Ley N° 26702.- “Libertad para fijar intereses, comisiones y gastos. Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera (...)”.
- (25) El anatocismo consiste en la capitalización periódica de los intereses, los cuales van a formar parte del capital, sumándose a él, y sobre este nuevo capital se devengan futuros intereses.
- (26) Artículo 1243 del Código Civil.- Tasa máxima de interés convencional
“La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.
Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor”.
- (27) Artículo 1249 del Código Civil.- Limitación de intereses
“No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”.

1. En contra de la aplicación de intereses bancarios para personas ajenas al sistema financiero vía cesión de créditos

En esta postura (mayoritaria) se señala que solo las entidades del sistema financiero tienen la facultad de cobrar intereses por encima de lo permitido por ley, esto es, por lo establecido por el Banco Central de Reserva como la tasa máxima de interés y como solución al problema acceden a que se pueda cobrar los intereses conforme a lo pactado hasta antes de realizada la cesión de créditos y luego para los intereses que se devenguen con posterioridad a la cesión se aplicará como tasa de los intereses la máxima permitida por ley.

En esta línea de ideas, tenemos a la Resolución N° 18 emitida por el Primer Juzgado Comercial de Lima en el Exp. N° 2165-2010, donde se resolvió lo siguiente: “Dando cuenta del escrito que antecede y estando a lo expuesto por el recurrente con los cargos de las cédulas de notificación de la resolución dieciséis y de la revisión de los autos se advierte que la demandante no es parte de las entidades del sistema financiero por lo que deberá acreditar que la tasa de intereses compensatorios y moratorios no exceden del máximo permitido por ley, para lo cual se le **CONCEDE** un plazo de tres días de notificado, bajo apercibimiento de rechazarse su liquidación de intereses”.

En el mismo sentido, la resolución N° 93 emitida por el Décimo Séptimo Juzgado Comercial de Lima en el Exp. N° 7643-2009, la misma que resuelve de la siguiente forma: “**Segundo:** Que por escrito de fecha 28 de noviembre de 2011, la codemandada Fiorella Giovanna Flores García, formula observación al informe pericial, precisando que dicho informe considera ilegalmente el tiempo de inacción del banco ejecutante en liquidación, dado que es de dominio público, que el banco cerró sus puertas no permitiendo viabilizar los pagos correspondientes de la obligación; que animismo, considera una tasa máxima de intereses del 20% del Tamex, cuando lo correcto es el 10% para esta clase de operaciones; por lo que mediante el escrito de fecha 22 de diciembre de 2011, el perito absolviendo dicha observación precisa que si bien es cierto que el Banco Nuevo Mundo entro en liquidación por resolución de la Superintendencia de Banco y Seguros, sin embargo el mismo no cerró sus puertas, siguió operando bajo la administración de un liquidador, en su domicilio de la Av. José Pardo N° 175-185

del Distrito de Miraflores; señala además que desde el periodo del 6 de octubre de 2000 hasta el 25 de noviembre de 2008, ha aplicado la Tasa Máxima de Interés Compensatorio del 12,66 %, y 20 % de la Tamex que corresponde para el interés moratorio conforme al Código Civil.

Tercero: Que de la revisión del Informe Pericial adjuntado a autos, se advierte que el mismo ha sido elaborado en dos etapas; **una primera etapa** que comprende un periodo desde el 6 de octubre de 2000 hasta el 25 de noviembre de 2008, en la cual se desarrolla una fórmula establecida por el Banco Central de Reserva del Perú, aplicable al cálculo de intereses compensatorios y moratorios entre las empresas del sistema financiero, calculado conforme a la Tasa de Interés Máxima Compensatoria de 12,66 % conforme al circular BCR N° 041-94-EF/90, publicado en el diario oficial *El Peruano*, con fecha 8 de noviembre de 2000, y en concordancia a lo dispuesto por el 1333 del Código Civil.

La segunda etapa comprendida durante el periodo del 26 de noviembre de 2008 al 15 de agosto de 2011, calculado el interés compensatorio en razón de personas ajenas al sistema financiero, en la cual no se aplica intereses moratorios por no haber sido pactado entre las partes.

Cuarto: Que conforme se advierte, el Informe Pericial ha sido elaborado, teniendo en cuenta la tasa de interés fijados por el Banco Central de Reserva del Perú, en concordancia a las disposiciones comprendidas en el Código Civil, desarrollando fórmulas matemáticas establecidas por el BCR, y aplicando procedimientos analíticos descriptivos; en consecuencia y estando a las consideraciones antes expuestas se **RESUELVE: APROBAR**, el informe pericial de fecha 15 de agosto de 2011, correspondiendo por concepto de intereses compensatorios y moratorios la suma de **CIENTO OCHO MIL QUINIENTOS DOS y 08/100 Dólares Americanos (US\$ 108,502.08)**”.

Dicho criterio es defendido inclusive doctrinariamente, teniendo como fundamento lo siguiente: “La regla establecida en la práctica judicial para estos casos es que el cesionario debe cobrar por concepto de intereses, no los intereses que fueron pactados a favor de la empresa del sistema financiero (en el título valor o en la escritura pública y otro), sino solo el interés legal, ello debido a que la autorización para cobrar los intereses en atención a lo establecido en el artículo 9 de la Ley N° 26702, solo le corresponde a la citada empresa, nunca a aquellas que no tengan tal condición (pertenecer al sistema financiero), por lo cual, el concepto

a pagar resulta ser el mismo (debe pagarse intereses), pero no en la tasa pactada, sino con el interés legal²⁸.

2. A favor de la aplicación de intereses bancarios para personas ajenas al sistema financiero vía cesión de créditos

Defendiendo esta postura tenemos la Resolución N° 3 emitida por la Primera Sala Civil de Lima en el Exp. N° 1055-2011²⁹, siendo los considerandos que nos interesan los cuales transcribimos a continuación: **“Décimo noveno.-** A que el tema en cuestión es si los beneficios y privilegios contractuales, asumidos de manera voluntaria frente a una entidad del sistema financiero, se pueden trasladar vía cesión de derechos a una persona ajena al sistema financiero. Para ello es necesario, entender la naturaleza jurídica de esta institución jurídica, recurriendo en primer lugar a la norma que lo regula, así el artículo 1211, señala que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, consecuentemente, el efecto de la cesión es sustituir al cedente por el cesionario, sin modificar las condiciones de los derechos primigenios (...) **Vigésimo.-** (...) Cabe agregar que el artículo 121 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702, establece que los liquidadores podrán transferir total o parcialmente, la cartera de una empresa del sistema financiero declarada en disolución a cualquier otra empresa, sea o no integrante de dicho sistema, motivo por el cual arribamos a la conclusión que al sustituirse Orei SAC en su calidad de cesionaria del Banco República en Liquidación, asumió los privilegios y garantías que le correspondían a esta última, en el estado en que se encontraban, por lo que no podría discriminársele de tales derechos solo por ser una persona jurídica (ajena) al sistema financiero”.

(28) HURTADO REYES, Martín Alejandro. “Problemática actual del proceso de ejecución de hipoteca”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Tomo 2, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 34.

(29) Para ver el texto completo de la resolución, el mismo se encuentra en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 180, Año 19, setiembre 2013, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 146-152.

Aquí podemos observar que los vocales han intentado explicar, cuál es la razón de ser de la cesión de créditos y por ello no podría vulnerarse lo ya pactado por las partes, inclusive –aunque no lo dicen claramente– podría entenderse que ellos entienden que es un privilegio de las entidades financieras el poder pactar como tasas de intereses en sus operaciones las más altas del mercado y como privilegio también se transfieren en la cesión conjuntamente con su crédito.

IX. NUESTRA POSTURA Y SU FUNDAMENTO

Como ya lo hemos adelantado –*supra* punto 1–, en nuestra opinión, sí deben aplicarse los intereses bancarios a favor de personas ajenas al sistema financiero cuando el crédito ha sido tramitado a través de la cesión; por ende, compartimos la opinión de la Primera Sala Civil de Lima así como sus argumentos.

1. Implicancia y finalidad de las cesión de crédito

Debemos analizar a la institución de la cesión de créditos como lo que es: un mecanismo de transmisión de obligaciones, y como tal cumple un rol importante en la economía y el comercio ya que a través de esta se posibilita el tráfico patrimonial, es decir, a través de la cesión de créditos las partes que intervienen se ven beneficiadas y ninguna se perjudica. Por ello es que se ha analizado en este trabajo de manera pormenorizada a la cesión de créditos a fin de que pueda entenderse la real funcionalidad de esta.

Siendo esto así, debemos siempre tener presente la finalidad de dicha institución y lo que implica, ya que lo único que sucede en la cesión de créditos es que cambia el sujeto activo de la relación obligacional, existe una sustitución meramente subjetiva, pero el objeto (crédito) no varía, por lo tanto, producida la cesión no se puede variar el objeto.

Así, la doctrina más autorizada ha enfatizado lo siguiente: “La cesión del crédito (que es un subcaso de la cesión del derecho) consiste en el hecho de que al **acreedor originario se le sustituye, por transferencia, un nuevo acreedor, saliendo del nexo obligatorio el acreedor originario.** Por consiguiente, para hablar propiamente, no interesa

tanto la enajenación o transferencia del derecho de crédito, **cuanto la sustitución (subjctiva) en la titularidad del crédito.** (...) En efecto, **no cambian la estructura y la esencia de la cesión del crédito cualquiera que pueda ser en concreto su objeto.** De ello se sigue que, para hacer valer frente al deudor el derecho adquirido, el nuevo acreedor (cesionario) no tiene necesidad de referirse a la relación que constituye la base de la cesión³⁰⁾ (resaltado nuestro).

Por tanto, los jueces **no** pueden variar el objeto de la cesión, y eso ocurre precisamente cuando no aplican para los intereses las tasas pactadas por las partes de la relación obligacional bajo el argumento de que tales tasas de intereses solo pueden ser cobrados por las empresas que pertenecen al sistema financiero.

Por ello, en las cesiones de créditos no deben tenerse en cuenta “las modalidades de la **obligación ni su índole mercantil o civil, ni la condición de comerciante o no-comerciante de los contratantes** (...)”³¹⁾ (resaltado nuestro).

Es decir, a través de su interpretación los jueces están modificando la relación obligacional sin fundamento legal alguno, ya que alegar que como los cesionarios no forman parte del sistema financiero no pueden cobrar los intereses con las tasas pactadas primigeniamente por cuanto superan la tasa máxima legal resulta ser un verdadero atropello, máxime si no analizan en conjunto la real finalidad y que implica de por sí la cesión de créditos.

2. Los bancos tienen el privilegio de fijar tasas de intereses mayores al legalmente permitido como regla general

La libertad que tienen los bancos para fijar las tasas de intereses más altas del mercado es evidentemente un privilegio otorgado por el legislador en virtud a las operaciones que realizan (causa), ello busca, obviamente, la inversión en nuestro país por parte de empresas nacionales o extranjeras que sitúen a la actividad bancaria como una forma de hacer empresa y de invertir capitales en nuestro territorio.

(30) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., pp. 188-189.

(31) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Ob. cit., p. 428.

La noción de privilegio no debe interpretarse restrictivamente solo en el sentido que da preferencia en cuanto al cobro de una acreencia, sino debe ser interpretada extensivamente, así conforme a lo ya señalado anteriormente –*supra* punto VII– por ley los Bancos tienen el derecho de fijar las tasas de intereses sin tener como restricción la tasa fijada por el Banco Central de Reserva, potestad que no gozan los demás agentes del mercado pese a estar en igualdad de condiciones⁽³²⁾.

Si esto es así, como privilegio que es, y de acuerdo a la extensión de la cesión de créditos, tal privilegio también se cede ya que es parte del crédito cedido y, por tanto, el cesionario obtiene en su provecho dicho privilegio, así como las garantías reales y personales.

Interpretar en sentido contrario daría lugar a que nos encontraríamos sin privilegios pasibles de cederse conjuntamente con su crédito, no podría entonces entenderse a qué se refirió el legislador del Código Civil cuando hacía alusión que los privilegios también se transmiten; ello obedece a que el legislador tenía claro el concepto de privilegio y que este no puede separarse de su crédito.

Lo que hacen los jueces al resolver señalando que se tendrán como tasas de intereses aplicables las pactadas originariamente hasta antes de la cesión de créditos y luego de celebrada esta se aplicará la tasa fijada por ley es un acto de por sí discriminatorio, “toda vez que los créditos mencionados se privilegian por su causa o naturaleza y no porque **su titular en cada momento posea o no una determinada consideración personal**”⁽³³⁾.

3. Los intereses y los procesos judiciales ¿y dónde queda la firmeza de las resoluciones?

Como último argumento de nuestra posición, los jueces al realizar el corte entre la aplicación de la tasa de intereses fijada originariamente

(32) Cuando cualquier persona natural o jurídica en una relación civil o comercial presta dinero tiene la facultad de pactar los intereses que percibirá así como la tasa aplicable a estos, la cual tendrá como límite la tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva, mientras que las entidades del sistema financiero no están limitadas.

(33) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 814.

por los bancos y la aplicación de la tasa fijada legalmente luego de la cesión de créditos atentan contra la firmeza de las resoluciones.

En efecto, la firmeza de una resolución implica que esta emanada al interior de un proceso jurisdiccional y que no ha sido objeto de medios impugnatorios o ha quedado ejecutoriada, tiene la calidad de firmes por cuanto es invariable dentro del mismo proceso.

Esto sucede, por ejemplo, cuando se emite el respectivo mandato ejecutivo en el proceso único de ejecución en la modalidad de ejecución de garantías y en dicho auto se ordena el pago del capital, más intereses pactados, costas y costos del proceso; otro ejemplo en el mismo tipo de procesos podría señalarse cuando se emite el auto ordenando proceder al remate ante el incumplimiento del mandato ejecutivo, en estos casos al no ser impugnados dichos autos o haberlos sido pero son confirmados por los órganos judiciales de segunda instancia devienen en firmes.

Siendo esto así, y habiéndose producido una cesión de créditos por parte de un banco (que es parte ejecutante en el proceso judicial) a una persona ajena al sistema financiero, posterior a que devengan en firmes cualesquiera de las resoluciones descritas en el párrafo anterior, la actuación de la mayoría de los magistrados en cuanto a la aplicación de las tasas de intereses resulta ser contraria a la firmeza de las resoluciones, por cuanto deben aplicarse los intereses pactados originariamente y que fueron así aceptados en el mandato ejecutivo; lo que hacen es volver a revisar las resoluciones que ya emitieron sin que ninguna de las partes haya impugnado lo ya resuelto. ¿Acaso ello no crea inseguridad jurídica? ¿No se estaría vulnerando el principio por el cual un juez no puede volver a revisar lo ya decidido por él? En nuestra opinión, sí se vulneraría dicho principio y ello está proscrito por nuestro ordenamiento jurídico.

Existen casos en los que inclusive se atentaría contra la autoridad de la cosa juzgada. Al respecto, Devis Echandía dice "(...) definimos la cosa juzgada como la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen aquella, en

cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto⁷⁽³⁴⁾.

Así, por ejemplo, tenemos un proceso único de ejecución en la modalidad de ejecución de garantías donde ya se emitió el respectivo mandato ejecutivo ordenándose a Ticio a pagar la suma de cincuenta mil y 00/100 dólares americanos (US\$ 50,000.00) al Banco Vinka más los intereses pactados, costas y costos del proceso, bajo apercibimiento de rematarse el inmueble que Ticio ha hipotecado a favor de Banco Vinka por ochenta mil y 00/100 dólares americanos (US\$ 80,000.00). En el ínterin las partes transan la deuda, realizando un cronograma de pagos el cual en caso de ser incumplido por Ticio originará pasar directamente a la etapa ejecución forzada, teniendo presente que en tal transacción se pactaron los mismos intereses con idénticas tasas que la obligación transada, presentan la transacción al juzgado correspondiente a fin de que homologue la transacción y este evaluando que cumpla los requisitos de ley homologa esta, teniendo la transacción homologada la calidad de cosa juzgada⁽³⁵⁾. Producido el incumplimiento, el banco solicita la primera convocatoria del remate del bien otorgado en garantía hipotecaria iniciándose con esto la ejecución forzada; previo al remate cede su crédito a una persona ajena al sistema financiero, ¿podrá el juez aplicar una tasa de interés distinta a la pactada para el periodo que comprende luego de la cesión de créditos si cuando homologó la transacción lo hizo aprobando tal o tales tasas de intereses? Ello transgrede evidentemente a la autoridad de cosa juzgada volviendo a revisar un punto que ya fue resuelto, por consiguiente, se estaría atentando contra la seguridad jurídica.

(34) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. 3ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 454.

(35) Artículo 337 del Código Procesal Civil. Homologación de la transacción: “El juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme. La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. (...)”.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Lo que se pretende con este trabajo es justamente hacer ver a nuestros magistrados lo importante que es analizar las instituciones jurídicas en todos sus ámbitos y no aisladamente. Debe recordarse y siempre tenerse presente que las decisiones de nuestros órganos jurisdiccionales —en especial, en materia comercial— influyen en nuestra sociedad y en las decisiones que tomarán las personas para realizar actividades de índole económico, aunado a ello, debe verificarse el trasfondo las actividades de ciertos entes privilegiados en nuestros mercados, ya que posiciones como la de la mayoría de nuestros jueces provocan principalmente que las cesiones de créditos ya no sean un negocio atractivo para los cesionarios, lo cual repercutiría en el sistema financiero por cuanto los bancos no obtendrían la recuperación de los capitales invertidos, lo cual podría incluso llevarlos a su cierre.

Además, esta posición mayoritaria de nuestra magistratura solo beneficiaría al deudor, deudor que ha provocado la patología en la relación obligacional al incumplir con su obligación y con ello se genera que se tenga que recurrir al órgano jurisdiccional a solicitar la tutela respectiva —en este caso, tutela ejecutiva—.

Las cesiones de créditos cumplen un rol importante en la economía y comercio de nuestra sociedad y deben ser tomadas como mecanismos del tráfico patrimonial, para lo cual debe entenderse sus implicancias, fundamento y utilidad, lo cual evitará que se sigan dando casos donde se transgreda el derecho contractual, la firmeza de las resoluciones y a la autoridad de la cosa juzgada.

La contradicción en el proceso de ejecución

Sara TAIPE CHÁVEZ^(*)

I. GENERALIDADES NECESARIAS

1. Marco conceptual básico referente a las garantías

De acuerdo a los artículos 885 (modificado por la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677) y 886 del Código Civil existen dos clases de bienes: los muebles y los inmuebles. En principio (y antes de la modificación del artículo 885 citado), esta clasificación separaba los bienes muebles, como un automóvil, por ejemplo, de aquellos que no pueden moverse, como una casa o una mina. Sin embargo, la Ley de Garantía Mobiliaria ha dejado de lado el criterio de la movilidad. Es por ello que, por ejemplo, un avión anteriormente era clasificado por el Código Civil como bien inmueble (a pesar de que es un bien que sí se mueve), ahora una aeronave estando a lo dispuesto por el artículo 4.19 de la citada ley se encuentra clasificado como un bien mueble, precisa dicha ley que la garantía mobiliaria puede darse ahora con o sin desposesión.

Las garantías que existen de acuerdo a nuestra actual legislación son la garantía mobiliaria y la hipoteca. La garantía mobiliaria se constituye sobre bienes denominados muebles mientras que la hipoteca se constituye sobre bienes denominados inmuebles.

(*) Consejera del Estudio Miranda & Amado Abogados.

La garantía mobiliaria es un derecho real de garantía que se constituye sobre los bienes muebles mencionados en el artículo 886 del Código Civil antes citado, así como los bienes a que refiere el artículo 4 de la Ley de Garantía Mobiliaria. Dentro de la regulación de los derechos reales de garantía, la citada ley incluye una serie de preceptos que regulan la constitución, los elementos, los requisitos, las características, su extinción, los requisitos de validez del contrato de garantía mobiliaria, así como los derechos de las partes involucradas en la relación jurídica. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.3.1 de la Ley N° 28677, la garantía mobiliaria se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica (es decir, puede darse con o sin desposesión) para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación. Es importante destacar que el artículo 17 de la ley en comento establece los requisitos para la constitución y, por tanto, para la validez de la garantía mobiliaria.

La garantía mobiliaria puede recaer, ahora, sobre todo tipo de bienes, se elimina la posesión como requisito constitutivo, ya que la oponibilidad de la garantía se sustenta exclusivamente en el registro; establece un régimen único para todo tipo de bienes; se ha creado un Registro Mobiliario de Contratos en el que se inscribirán las garantías sobre cualquier tipo de bien mueble, e incluso otros actos jurídicos; mediante la Ley anotada se introdujeron figuras como la garantía sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros; se simplificó la ejecución e incluso se permite el pacto comisorio. Se eliminó el término “prenda” y reemplazó por el de “garantía mobiliaria”.

De otro lado, la hipoteca es un derecho real constituido sobre el inmueble de un deudor o de un tercero en seguridad del cumplimiento de una obligación asumida por el primero, que sin desposeer al constituyente permite, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la realización pública del bien, satisfaciéndose con su precio en forma preferencial a quien la tenga registrada. Como se puede apreciar la hipoteca es una garantía que únicamente se constituye sobre bienes inmuebles de acuerdo a la clasificación contenida en el artículo 885 del Código Civil (modificado por la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677). En ese sentido, la hipoteca no supone la desposesión del bien afectado sino más bien su inscripción en el registro público pertinente.

Uno de los requisitos para la validez de la hipoteca (al igual que el de la garantía mobiliaria) es que esta se inscriba en el correspondiente registro público de propiedad. Una de las características principales de la hipoteca es que para constituirse requiere necesariamente de escritura pública. Es decir que no basta con un contrato simple sino que se requiere la intervención de notario para que otorgue una escritura pública.

El registro público correspondiente debe publicitar que determinado bien ha sido otorgado en garantía y establecer un rango de preferencias sobre la garantía entre los diversos acreedores que pueden existir. Sin embargo, los registros públicos en el Perú fueron creados con otro propósito, el de identificar la propiedad. En el Perú existen dos registros públicos de bienes: el registro de la propiedad inmueble y el registro de bienes muebles. En ambos casos se trata de registros cuyo principal fin es identificar la propiedad y otros derechos que recaen sobre bienes claramente definidos. Sin embargo, el artículo 2009 del Código Civil admite la existencia de registros especiales como los de naves, aeronaves, prenda agrícola, etc.

2. Cuestión previa al tema de contradicción a la ejecución de garantía

El presente artículo formará parte de una obra colectiva referente a las **garantías civiles**, entre ellas la garantía real referida a la hipoteca. En esta oportunidad me ha tocado participar con el artículo denominado “La contradicción en el proceso de ejecución”.

Como podrá advertir el lector, al ser la hipoteca una garantía real por la cual uno o más bienes son afectados para garantizar el **cumplimiento de una obligación** sin que esto signifique la desposesión del bien a su propietario a favor del acreedor siempre y cuando la obligación sea honrada, sin embargo, en el supuesto que el deudor no cumpla con la obligación a la que se comprometió se procederá a la ejecución de la hipoteca; en dicho caso, la parte ejecutada cuenta con una serie de herramientas procesales para ejercitar su defensa (si considera que la ejecución es injusta o ilegal), entre ellas la denominada **contradicción** a que refiere el artículo 690-D del Código Procesal Civil, por tanto enfocaremos el tema encargado desde el punto de vista del derecho a la

tutela jurisdiccional que tiene la parte demandada –en el caso específico, la parte ejecutada–.

Tendrá la **contradicción** a que refiere el artículo 690-D las mismas características que el **derecho de contradicción** (poder jurídico que tiene todo individuo en su condición de demandado). Veamos, al igual que el derecho de acción, el **derecho de contradicción** tiene las mismas características que este, por tanto, el derecho a contradecir es un derecho de naturaleza constitucional, específicamente el **derecho de defensa** de la parte demandada. Al respecto, Devis Echandía refiere lo siguiente:

“Por consiguiente, el derecho de contradicción, lo mismo que el derecho de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica, y tanto su causa como su fin están constituidos por un interés público que consiste en el derecho de obtener la decisión del conflicto que se le plantea al demandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar. Es un interés general porque solo secundariamente mira a la conveniencia del demandado y a la protección de sus derechos sometidos a juicio y de su libertad limitada con la imposición de las cargas y deberes que se deducen de la relación jurídico-procesal, en tanto que principalmente contempla la defensa de dos principios fundamentales para la organización social, como son el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos con el demandante, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo”⁽¹⁾.

De lo expuesto se advierte que instaurado un proceso judicial los justiciables que participen en el cuentan con una serie de derechos esenciales que aseguran un debido proceso, brindándoles el Estado la **tutela jurisdiccional** requerida tanto por el demandante como por el demandado que “se materializa a través del **derecho de acción y derecho de contradicción**”⁽²⁾.

(1) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Aguilar, Madrid, 1966, p. 208.

(2) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis, Bogotá, 1996, p. 249.

Pero resulta que esta **tutela jurisdiccional** tiene sus particularidades al interior del proceso civil; al respecto, Carnelutti expresa lo siguiente: “Existen tres manifestaciones autónomas de tutela jurisdiccional de los derechos, cada una con una función y una forma de operar distinta al interior del sistema del proceso civil”. Así tenemos:

- “a) **La tutela de cognición (estatuye lo que DEBE SER).**- Denominada también ordinaria. Tiende a establecer cuál es la situación jurídica entre los contendientes; es la que lleva al juez a conocer una controversia entre los sujetos que participan en un proceso, para al final mediante una resolución llamada sentencia decidir quién tiene la razón.
- b) **La tutela ejecutiva (constituir lo que DEBE SER EN SER –es el cometido de la ejecución–).**- Es la que tiene derecho el titular de éste y cuya existencia: 1. Ha sido declarada mediante un proceso de cognición; o 2. El que por ley ya tiene su derecho declarado.
- c) **La tutela cautelar.**- Tiene por objeto asegurar la eficacia de que lo resuelto por un juez en un proceso de cognición o en algunos de ejecución, no sea ilusorio o una mera utopía”⁽³⁾.

De lo expuesto advertimos que la tutela jurisdiccional en los procesos de ejecución –al menos inicialmente–, reviste de cierta singularidad o particularidad porque el ejecutante al interponer una demanda no busca una declaración de un derecho por parte del juez, sino que busca la satisfacción material de un derecho cierto contenido en un “título” que la ley le otorga fuerza de ejecución siempre y cuando reúna los requisitos exigidos por ley. Sin embargo, el ejecutante necesita del proceso civil porque el obligado a cumplir con su prestación no lo hace, ya sea porque la considera injusta o ilegítima, o por querer incumplir intencionalmente, de allí que el juez inicialmente dicta el mandato de ejecución. Ante ello, el ejecutado, y haciendo uso de su derecho de defensa, puede formular la **contradicción** del 690-D (que reviste de cierta particularidad

(3) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 349.

respecto del **derecho de contradicción**), la que importa una “acción” del ejecutado contra el ejecutante **a fin de destruir, de atacar el título**.

Estando a lo expuesto, un sector mayoritario de la doctrina considera al **derecho de contradicción** como el género y a la **contradicción** del 690-D como la especie, siendo por ello la terminología más usada para este último caso el de oposición.

II. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN

1. ¿Cómo se consagra un proceso de ejecución?

En el proceso de ejecución, como en todo proceso civil, rige el principio dispositivo. Es un principio del procedimiento que orienta un sistema privatístico. Dentro de este principio se ubica el **principio de iniciativa de parte**, al respecto Juan Monroy señala: “Más allá de sus bondades o defectos, insistimos en que ningún sistema procesal puede ser acogido en su integridad y con exclusión del otro. La máxima de que todo extremo es perjudicial tiene en este caso mucho sentido. Así –sin perjuicio del sistema procesal civil del que se trate–, será indispensable que **una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida de la actividad jurisdiccional del Estado**” (el resaltado me pertenece)⁽⁴⁾.

Así, pues, en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, el acreedor con el fin de ejecutar forzosamente la obligación con cargo al bien hipotecado ejercerá su derecho de acción peticionando tutela jurisdiccional de ejecución a fin de obtener la satisfacción (qué duda cabe) de una obligación dineraria, para lo cual interpondrá la demanda respectiva anexando el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor, así como los demás documentos que prevé el artículo 720 del Código Procesal Civil, tales como el documento que contenga una tasación comercial actualizada realizada por dos peritos especializados con sus firmas legalizadas (no siendo necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido su valor actualizado), así como también el respectivo certificado de gravamen, entre otros.

(4) MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. cit., p. 88.

Acto seguido, el órgano jurisdiccional, de considerar que se ha cumplido con todos los requisitos legales, expedirá el **mandato de ejecución** respectivo conteniendo la intimación del pago correspondiente, bajo apercibimiento de que si no se cumple la correspondiente prestación se procederá al remate del bien dado en garantía, tal como lo establece el artículo 721 del Código Procesal Civil.

Notificada la parte ejecutada con el mandato de ejecución, puede adoptar una serie de conductas:

- a) Puede cumplir con su obligación, es decir, realizar el **pago** de la obligación de la cual se demanda su ejecución.
- b) Puede optar por una conducta totalmente negativa, es decir, la parte ejecutada se limita a recibir la notificación y no despliega ninguna conducta, espera únicamente los resultados del proceso.
- c) Puede formular **oposición** a la ejecución por motivos procesales, es decir, proponer las defensas procesales.
- d) Puede formular **oposición** a la ejecución por motivos de fondo, con las limitaciones previstas en el tercer párrafo del artículo 690-D del Código Procesal Civil.

A pesar del título de ejecución la relación jurídica material existente entre las partes en los hechos continúa y pueden producirse actos o negocios jurídicos que hayan afectado la existencia o el contenido de la obligación documentada en el título. Existirá así el documento título y con él la necesidad de despachar la ejecución si le es pedida al juez, pero también **existe el derecho de la parte ejecutada a oponerse** a esta.

En palabras de Eugenia Ariano⁽⁵⁾:

“La oposición del ejecutado a la ejecución tiene por objeto demostrar la insubsistencia de los presupuestos de la ejecución y de la pretensión ejecutiva”. O, como señala el maestro Carnelutti, el objeto de esta oposición es el problema de “si la

(5) ARIANO DEHO, Eugenia. *El Proceso de Ejecución*. Rhodas, p. 467.

ejecución debe ser cumplida”⁽⁶⁾ con la finalidad de evitar una ejecución ilegítima o injusta. o como bien refiere **Satta** “en la dinámica de lo concreto hay que destruir el título para impedir que lo concreto se determine a través de la acción; y a esto tiende la oposición a la ejecución, término muy propio, porque en su concreción lo que llamamos derecho no es más que el derecho a proceder a la ejecución forzada”⁽⁷⁾.

Así, la oposición a la ejecución es el medio de defensa que se ofrece al ejecutado para combatir la ejecución despachada contra él. Ahora bien, cierto sector de la doctrina considera que la oposición puede fundarse tanto en la ausencia de requisitos y presupuestos procesales como en la concurrencia de determinados hechos que afectan a la esencia del objeto de la ejecución. En el primer caso hablamos de **oposición a la ejecución por motivos procesales**, en el segundo se le conoce con el nombre de **oposición a la ejecución por motivos de fondo**. De acuerdo a la ley procesal que nos rige, el ejecutado puede plantear oposición únicamente respecto al segundo supuesto.

2. Oposición a la ejecución por motivos procesales

El primer párrafo del artículo 690-D prevé que “Dentro de cinco días de notificado el **mandato ejecutivo**, el ejecutado puede contradecir la ejecución y **proponer excepciones y defensas previas**” (el resaltado es de mi autoría), tales como el hecho de que la parte ejecutada carezca de tal carácter o de representación con que demanda, así como todas las excepciones señaladas en el artículo 446 y las denominadas defensas previas previstas en el artículo 455 del Código Procesal Civil.

Al incorporarse al Código Procesal Civil el artículo 690-D mediante el Decreto Legislativo N° 1069 del 28 de junio de 2008 y su fe de erratas del 10 de julio de 2008 se dispuso lo siguiente:

(6) CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tomo III, p. 143.

(7) SATTA, Salvatore. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen III, Ediciones Jurídicas Europea Americana, Buenos Aires, 1971, p. 161.

“Artículo 690-D.- Contradicción

Dentro de cinco días de notificado el **mandato ejecutivo**, el ejecutado puede contradecir la ejecución y **proponer excepciones procesales o defensas previas**.

En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. Solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia

La contradicción **solo** podrá fundarse según la naturaleza del título en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;
3. La extinción de la obligación exigida;

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, solo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental.

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo” (el resaltado me pertenece).

Ahora bien, haciendo una interpretación literal pensaríamos que por fin se ha establecido la paridad en el **proceso de ejecución de garantías reales**, al parecer **no** es así. Veamos, el primer párrafo del citado artículo 690-D, prevé que solo cuando se notifique el “mandato ejecutivo”, la parte ejecutada puede proponer excepciones procesales o defensas previas, en los artículos subsiguientes al contemplarse las ejecuciones de dar bien muebles, así como las obligaciones de hacer y de no hacer, también se habla de “mandato ejecutivo”; sin embargo, cuando

ingresamos al Capítulo IV del citado Código Procesal, el cual trata sobre la **ejecución de garantías**, advertimos de la sumilla y del texto del artículo 721 que ya no se habla de **mandato ejecutivo** sino de “mandato de ejecución”, debemos concluir en consecuencia que ¿la oposición por motivos procesales está vedada para la ejecución de garantías? ¿**No que se trata de un proceso único de ejecución?** ¿No que los derechos de acción y contradicción son correlativos y complementarios y persiguen por ende la misma finalidad? ¿En qué quedamos?

La respuesta la han dado los mismos jueces. El año 1999 (antes de la incorporación del artículo 690-D) mediante Pleno Jurisdiccional Civil realizado en la ciudad del Cusco se acordó por mayoría lo siguiente: “(...) que el demandado al contradecir la demanda sí podía hacer notar al juez la falta de algún requisito de procedencia, dado que en todo proceso es necesario establecer una relación procesal válida ello en virtud a que toda demanda, **incluida la de ejecución de garantías**, debe de cumplir con los requisitos de procedencia prescritos en el artículo 427 del Código Procesal Civil, pudiéndose, por ende, deducir como medio de defensa la ausencia de presupuestos procesales o de condiciones de la acción; así pues, los defectos a nivel de la relación jurídico-procesal no escapan a ninguna clase de proceso y por ello es posible atender a su presencia a través del mecanismo de las excepciones”.

La posición acordada por los jueces generó opiniones antagónicas: unos consideran inaceptable que en el proceso de ejecución de garantías reales no se pueda formular **oposición por motivos procesales** estando a que “(...) ello atentaría flagrantemente contra la validez del proceso, la resolución final y principalmente contra el derecho fundamental del debido proceso (...)”⁽⁸⁾. Otros consideran que la conclusión a la que arribaron los jueces en el Pleno Jurisdiccional anotado no era la correcta, estando a que el texto del artículo 722 (antes de su modificatoria) contiene el adverbio “solamente”, el cual constriñe las causales de contradicción a las expuestas solo en dicho dispositivo legal.

(8) GUERRA CERRÓN, María Elena. “Las excepciones procesales de ejecución de garantías reales”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 187.

El Decreto Legislativo N° 1069 al incorporar el artículo 690-D, el cual ya no contiene el adverbio “solamente” sino “solo”, el significado de dicho adverbio es el mismo, es decir, se refiere a que únicamente se puede formular contradicción en un proceso de ejecución de garantías reales por las causales establecidas en el tercer párrafo del dispositivo legal anotado; por tanto, la Ley Procesal Civil no deja abierta la posibilidad para formular, admitir, tramitar y resolver **oposiciones por motivos procesales**.

Nótese que el acuerdo que tomaron los jueces en el pleno referido fue por mayoría; en consecuencia, habrá oportunidades en que la generalidad de los jueces admitirá, tramitará y resolverá **oposiciones por motivos procesales**, mientras que algunos (pocos) podrán declarar improcedente tal pedido.

3. Oposición a la ejecución por motivos de fondo o de mérito

La inexistencia o la no subsistencia del derecho y del correspondiente deber de prestación que consta en el título de ejecución podrá ser denunciada por medio de la **oposición a la ejecución por motivos de fondo**, siempre que se invoque alguno de los motivos de oposición taxativamente previstos en el tercer párrafo del artículo 690-D incisos del 1 al 3 del Código Procesal Civil. De esta forma, no todo hecho o acto que fundamente la ausencia del deber de prestación que consta en el título ejecutivo va a poder ser alegado en el propio proceso de ejecución, sino solamente aquellos que se puedan subsumir en los motivos legalmente tasados.

Mucho se ha discutido acerca de cuál sea el objeto de la **oposición** del ejecutado; se sabe que, al igual que la garantía mobiliaria, el bien se debe vender para hacer líquido su valor y pagar la obligación garantizada.

Algunos consideran que es natural que tanto el deudor como el propietario del bien (de ser el caso) hagan lo imposible por **contradecir** y postergar la ejecución de la garantía. Piensan que esta conducta de los ejecutados es difícil de combatir y da lugar a una serie de incidentes procesales dilatorios que entorpecen el funcionamiento del sistema de ejecución. Creen que se debe privilegiar la situación del acreedor y, por tanto, el cumplimiento de las obligaciones, sin amparar el abuso contra

el deudor. Suponen que hoy en día la situación es al revés y que nadie protege al acreedor de los abusos que se cometen contra él.

Al respecto, diremos que todo sujeto (llámesele activo o pasivo, demandante o demandado, ejecutante o ejecutado) tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El Estado prevé a los sujetos que participan en un proceso de herramientas procesales con la finalidad de que hagan uso de su derecho de defensa. Ahora bien, en un proceso de ejecución, el ejecutante tiene una posición prevalente respecto de la parte ejecutada, esa situación de preeminencia se la da el título con el cual acude al proceso de ejecución, sin embargo, estando precisamente a la garantía constitucional de defensa, el ejecutado tiene el derecho de atacar el título siempre y cuando considere que es ilegítimo o injusto, de allí la **limitación** de las causales que pueden ser materia de oposición.

¿Cuáles son estas causales? El artículo 690-D por remisión del artículo 722 del Código Procesal Civil, dispone que el ejecutado podrá fundar su **contradicción** en:

- a) **La inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título.**- El derecho que el título reconoce **debe ser exigible**, lo cual supone la concurrencia de dos circunstancias:
 1. **Que sea de plazo vencido:** es pacífico en la doctrina de que **si existe plazo este debe haber vencido**. En las obligaciones a plazo se encuentra supeditada su exigibilidad en tanto el tiempo indicado no transcurra, ya sea para que se ejercite (plazo suspensivo) o para que este cese (plazo resolutorio). **Hay obligaciones en las que no existe plazo**, son obligaciones exigibles en todo momento; y
 2. **Que no se halle sujeto a condición:** la obligación puede estar sujeta al acaecimiento de un hecho incierto y futuro para su adquisición o resolución. La obligación sujeta a condición no es exigible, para ello es necesario que se verifique la condición.

En conclusión, el deudor se encuentra habilitado para solicitar al juez la declaración de inexigibilidad de la obligación si esta se encuentra sujeta aún a un plazo o condición.

- b) **Nulidad formal o falsedad del título:** uno de los elementos del título ejecutivo es la **forma, que es aquella forma documental señalada por ley**. La Nulidad Formal del título a que refiere el artículo 690-D.2 del Código Procesal Civil se encuentra destinada a **cuestionar la ausencia o defectos de los requisitos del título** en que se sustenta la pretensión, **mas no su nulidad sustancial**.

En conclusión: la documentalidad del título constituye su requisito formal, mientras que la falsedad no es otra cosa que la inexactitud del instrumento cuando, por ejemplo, este ha sido adulterado materialmente ya sea en forma parcial o total.

- c) **La extinción de la obligación exigida:** una de las formas de extinción de la obligación exigida es el pago, que es la forma usual de extinguir una obligación, siendo su efecto liberatorio. Se entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación (obligación de carácter no dinerario) o cuando se ha pagado (deuda dineraria); es allí cuando opera el efecto liberatorio.

No obstante, las derogaciones, incorporaciones y modificaciones de algunos artículos por el Decreto Legislativo N° 1069, la contradicción (*rectius* oposición) prevista en el artículo 690-D por remisión del artículo 722 del Código Procesal Civil nos deja con la misma incertidumbre que teníamos antes de la dación del citado decreto legislativo. La casuística respalda tal afirmación. Veamos:

- A) En el Exp. N° 07430-2010-0-1817-JR-CO, el ejecutado formuló contradicción alegando la **inexigibilidad de la obligación**, indicando que el saldo deudor debió pagarse con otra operación bancaria cuya responsabilidad también alcanza al ejecutante. La ejecutante respondió con hechos y no jurídicamente en cuanto a la alegada inexigibilidad de la obligación.

El juez, al momento de resolver la referida contradicción, sustentó su pronunciamiento en lo siguiente: “(...) si bien la legislación procesal vigente, así como la anterior, no define las razones por las cuales es posible amparar la contradicción por la

causal de inexigibilidad de la obligación puesta a cobro (...)”, acto seguido se apoyó en la doctrina y declaró infundada la contradicción. Apelada la resolución esta fue confirmada por la Sala Superior.

- B) En el Exp. N° 03543-2011-0-1817-JR-CO, el ejecutado formuló contradicción alegando la **inexigibilidad de la obligación**, indicando que el bien reconoce la deuda, denuncia que a través de esta modalidad de operaciones comerciales, el demandante encubre los intereses usureros que cobra, siendo lo más grave que no entrega el total del dinero del préstamo, por lo que considera que la obligación demandada deviene en inexigible pues no se puede exigir lo que no se ha cumplido. El ejecutante respondió extemporáneamente, por lo que se declaró improcedente su absolucón a la contradicción.

El juez, en este caso, y por las mismas razones del caso anterior, declaró infundada la contradicción. Apelada la resolución esta fue confirmada por la Sala Superior, la que refirió que vía inexigibilidad de la obligación no se puede cuestionar la **validez del acto jurídico o del documento que lo contiene**, que en todo caso el reclamo debe ser en vía de acción.

- C) En el Exp. N° 03235-2010-0-1817-JR-CO, el ejecutado formuló contradicción alegando la **nulidad formal del título ejecutivo**, sustenta su pedido en el hecho de que el ejecutado para acreditar la existencia de la deuda ha presentado un pagaré, y que el monto que se consigna en dicho título valor no es el que corresponde a la suma de dinero dada en mutuo. El ejecutante respondió narrando los hechos acaecidos concluyendo que los argumentos de la parte contraria carecen de fundamento legal.

El juez en este caso sustentó su pronunciamiento en que la contradicción no se había sustentado en defectos formales del título materia de ejecución, por lo que declaró infundada la contradicción. Apelada la resolución esta fue confirmada por la Sala Superior.

De los casos anotados se advierte claramente que en cuanto a la causal de inexigibilidad de la obligación a fin de formular contradicción, generalmente esta deviene en infundada o improcedente, estando precisamente al diseño difuso de la norma.

En cuanto a la causal de nulidad formal del título, es necesario recurrir al Código Civil a fin de determinar cuáles son los requisitos de validez de la hipoteca. El artículo 1099 del Código Civil dispone:

“Inciso 1.- Se debe afectar el bien del propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley”.

Este inciso se refiere al **aspecto personal** de la garantía hipotecaria. Significa que debe intervenir personalmente el propietario del bien que otorga la garantía, en todo caso, por intermedio de su representante voluntario (art. 156 del CC) o legal (art. 167 del CC).

Además, **debe tener plena capacidad para gravar el bien**. En el caso de las personas naturales, debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 42 del CC. Tratándose de las personas jurídicas, privadas o públicas, se estará a lo dispuesto en materia de personería jurídica por su estatuto y la ley en su caso, y, en el otro, a la ley de su creación.

De otro lado, el propietario del bien que grave este debe tener su derecho inscrito, debe figurar como “titular registral”. De darse el supuesto de la existencia de un *verus dominus*, este debe soportar un gravamen que no constituyó. El **acreedor hipotecario**, estando a la **fe pública registral** (art. 2014 y 2022 del CC), no se perjudica, por el contrario, se ve protegido esencialmente por el efecto de la **oponibilidad de derechos reales**, pese a que el titular registral que grava el bien no es el *verus dominus*, se privilegia el principio de preferencia registral (art. 2016 del CC).

“Inciso 2.- Debe asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable”.

Será una **obligación determinada** cuando está perfectamente establecida en el contrato, y será una **obligación determinable** cuando, no estando determinada en el contrato, puede llegarse a establecer directa o indirectamente sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades (en nuestra

legislación no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice, estando a su característica de accesoriedad).

Este inciso se refiere al **principio de especialidad** en cuanto al crédito garantizado, al permitir lo siguiente:

Respecto de los terceros. Conocer la causa y el monto de este y la parte por el cual el bien hipotecado está libre de deudas.

En cuanto al deudor. Hace posible que obtenga otro tipo de créditos con el mismo bien. El propietario puede afectar en garantía varias veces el inmueble gravado. Se admite la pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien.

Estando a lo expuesto se debe cuidar que en el contrato esté siempre presente: a) la causa (fuente); b) entidad (objeto de la prestación) y c) la extensión (la magnitud de esta).

“**Inciso 3.-** Que el gravamen sea: a) de cantidad determinada o determinable y b) se inscriba en el Registro de Propiedad Inmueble”.

El legislador establece la exigencia del monto del gravamen sustentado en la necesidad del ordenamiento de proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de un derecho real sobre él, favoreciendo con ello la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general.

En cuanto a que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable, el gravamen, igual que en el inciso anterior, será **determinado** cuando se ha establecido expresamente en el contrato y será **determinable** cuando no estando determinado en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades.

El Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, en concordancia con el artículo 1099 del CC dispone en el inciso a) del artículo 109 **que en el asiento de hipoteca se consignará el monto del gravamen o en su caso el criterio establecido para su determinación.**

En cuanto a que la constitución de la hipoteca se inscriba en los Registros Públicos, la hipoteca es uno de los pocos derechos reales cuya **inscripción es constitutiva**; en efecto, se trata de un derecho real que nace al mundo jurídico con su inscripción registral. Es un mecanismo objetivo de **publicidad y oponibilidad, en protección de los terceros adquirentes**. Se evita con ello las hipotecas “ocultas”, a fin de que no afecte el tráfico jurídico.

En consecuencia, si la escritura pública de una hipoteca no se encuentra inscrita o si la hipoteca no se otorgó por escritura pública (supuestos obvios estando a lo previsto por el artículo 1099 del Código Civil) la parte ejecutada se encuentra habilitada para formular contradicción (u oposición) por la causal de nulidad formal del título; así pues el defecto en la forma del título debe emanar del propio título, recomendándose no dejar de lado lo dispuesto por el artículo 1099 del Código Civil al formular la nulidad formal del título como oposición a un mandato de ejecución.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

- La ejecución de garantías debe facilitar la satisfacción del acreedor, para lo cual le debe brindar una tutela eficaz.
- En caso de una ejecución injusta o ilegal, el ordenamiento procesal debe ofrecer al ejecutado un mecanismo de tutela eficiente igual que al ejecutante.
- Es necesario que el legislador actúe seriamente al momento de hacer derogaciones, incorporaciones o modificaciones de las normas; lo contrario da lugar a que los justiciables quieran hacerse justicia por mano propia.
- La dación del Decreto Legislativo N° 1069 no aportó la eficiencia que requería el proceso de ejecución; al querer unificar dicho proceso de manera no idónea han logrado que tanto ejecutantes y ejecutados repudien el proceso de ejecución y lo que en su conjunto representa.

- Los jueces comerciales tratan de salvar las deficiencias legales a fin de procurar una justicia eficaz, gastando energía y esfuerzos que no serían necesarios si es que contáramos con un único proceso de ejecución de vanguardia (dejando de lado normas vetustas), a fin de que redunde en la economía de nuestro país,

Inconvenientes de la garantía mobiliaria preconstituida sobre bien mueble ajeno

Alberto MENESES GÓMEZ^(*)

INTRODUCCIÓN

La Ley de Garantía Mobiliaria (en adelante, LGM) ha creado una nueva figura jurídica llamada garantía mobiliaria preconstituida, regulándola en el artículo 20 y siguientes, fijando su aplicación en tres supuestos; no obstante ello, en el presente documento solo veremos la aplicación y efectos del primer supuesto.

Es así que se ha dispuesto que se pueda preconstituir garantía mobiliaria sobre un bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiriera la propiedad de dicho bien mueble. Al respecto, debemos indicar que esto ha generado no solo una discusión doctrinaria, sino que también viene generando varios inconvenientes en el tráfico comercial de los bienes muebles, ya que los legítimos propietarios de un bien mueble, al querer transferir su bien se dan con la ingrata e inesperada sorpresa que sobre este pesa una garantía mobiliaria preconstituida, la cual, si bien como dice la norma, no tiene efectos sino hasta que se produzca la adquisición del bien por parte del constituyente de la garantía, deja una

(*) Abogado. Conciliador Extrajudicial. Actualmente cursa la Maestría de Derecho Registral y Notarial en la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Estudio Castro & Bravo de Rueda Abogados.

duda para el futuro comprador, desalentando de esta manera la adquisición y ocasionando un perjuicio al legítimo propietario, al reflejar un hecho que aún no se ha configurado.

De acuerdo con la citada norma, cualquier tercero que no ostenta ningún derecho de propiedad sobre un bien mueble puede solicitar algún tipo de crédito otorgando dicho bien como garantía para respaldar su crédito.

En el presente documento analizaremos cuáles son los reales efectos e implicancias que genera la garantía mobiliaria preconstituida dentro del tráfico comercial de bienes muebles, así como la verdadera publicidad que expresa y las afectaciones que produce al derecho de propiedad de terceros.

I. MARCO LEGAL DE LA GARANTÍA MOBILIARIA PRECONSTITUIDA

Antes de entrar a analizar la figura de la garantía mobiliaria preconstituida, debemos empezar por saber qué es una garantía mobiliaria. En este sentido, el segundo artículo de la LGM la define como “el gravamen constituido sobre bienes muebles en virtud de un acto jurídico dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley”.

Del mismo modo, en el artículo tercero de la LGM se señala que la garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. La garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble. En caso de desposesión, puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario.

Es decir, la garantía mobiliaria reemplaza a la antes denominada prenda, agrupando en un solo régimen todas las modalidades de prenda que existían antes de la vigencia de la LGM, determinándose, por lo tanto, como la afectación jurídica sobre un bien mueble.

Pues bien, en lo que respecta a la garantía mobiliaria preconstituida la LGM no la define expresamente, sino que tan solo precisa en qué

casos puede constituirse este tipo de garantía mobiliaria, consignándolos en el artículo 20 de la siguiente manera:

1. Sobre bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.
2. Sobre bien mueble futuro antes de que exista.
3. Para asegurar obligaciones futuras o eventuales.

Debo precisar que en el presente caso solo me abocaré a estudiar el primer supuesto.

Se ha indicado que la eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida, con relación al supuesto de bien mueble ajeno, se sujetará a la condición de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble, conforme lo dispone el artículo 21 de la LGM.

Asimismo, la LGM ha señalado en su artículo 22 que para surtir efectos frente a terceros, la garantía mobiliaria preconstituida deberá inscribirse en el Registro correspondiente, constriñéndose a que una vez que se adquiera su plena eficacia, los efectos de esta se retrotraen a la fecha de inscripción en el Registro. Así también, se dispone que si el constituyente de la garantía mobiliaria no fuera el propietario del bien mueble o del derecho afectado, esta no tendrá efectos frente al propietario, lo cual a criterio del autor no es correcto, ya que se vulnera el derecho de propiedad del legítimo propietario al reflejar un hecho que aún no acontece.

Con estos artículos aparentemente la eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida se daría recién a partir de que el constituyente adquiera la propiedad del bien mueble, antes no, sin embargo, esto no quita que la LGM haya omitido verificar si este tipo de garantía mobiliaria no afectaría el derecho de propiedad del legítimo propietario, así como el real efecto que tiene una inscripción en los Registros Públicos en este tipo de garantía.

II. PUBLICIDAD REGISTRAL

La publicidad registral es un tema muy importante en el presente caso, ya que el contrato que contenga una garantía mobiliaria

preconstituida será publicitada por el Registro, pese a no tener eficacia sino hasta el momento en que el constituyente adquiriera la propiedad del bien.

Asimismo, el último párrafo del artículo 81 del Reglamento de Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su Vinculación con los Registros Jurídicos de Bienes Muebles, señala que “(...) la garantía preconstituida se inscribirá en el RMC o en los registros jurídicos de bienes, de ser el caso; tendrá naturaleza de inscripción con eficacia suspendida”.

Si un tercero que no tiene ningún derecho sobre un bien mueble decide a su libre voluntad constituir una garantía mobiliaria preconstituida sobre dicho bien, manifestando que en un futuro cercano procederá a adquirir el bien, conseguirá de esta manera a un acreedor que le facilite un monto dinerario constituyendo como garantía sobre un bien que no le pertenece. Por lo tanto, procederá a inscribir dicha garantía en el Registro Público, otorgándole una supuesta publicidad registral.

En este sentido, el contrato —conteniendo la garantía mobiliaria preconstituida— ya generará efectos de índole negativa contra el propietario que desconoce que alguien pretende adquirir su bien, dado que ya se encuentra publicitada en los Registros Públicos. Ante este tema salta la pregunta de saber si esta publicidad genera o configura una publicidad registral o no.

Pues bien, antes que nada debo indicar qué se entiende por publicidad registral, “en sentido amplio la publicidad es conocimiento general de las titularidades: un derecho publicado merece por su misma publicación mayor protección que un derecho no publicado (legitimidad registral), pues al haberse publicado el propietario ha asumido las cargas sociales y tributarias de la propiedad, y además cualquier afectado puede conocer la titularidad publicada e impugnarla en su caso. Pero en un sentido más propio y restringido la publicidad es la garantía para el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso de los derechos inscritos, tal como están inscritos, si dicho adquirente inscribe y toma posesión de los bienes inscritos (principio de publicidad). En un sentido más estricto la publicidad es una presunción de veracidad e integridad del

registro para el llamado ‘tercero hipotecario’, que confía en el registro e inscribe su adquisición (...)’⁽¹⁾.

Por su parte, el doctor Gonzales Barrón precisa que la publicidad registral es el sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico⁽²⁾.

De acuerdo con las definiciones antes dadas, el legítimo propietario que ostenta el derecho de propiedad y de posesión sobre un bien mueble, contaría con todas las garantías que otorga el registro, al tener su derecho de propiedad debidamente inscrito en los Registros Públicos; sin embargo, ve restringido su derecho de propiedad al encontrar publicitado un supuesto derecho, denominémosle, si el término lo permite, “futuro”, que va a tener el constituyente de la garantía mobiliaria preconstituida sobre el bien del cual es propietario.

Es decir, si el registro tiene por finalidad generar una presunción de veracidad e integridad de los derechos publicitados, con la publicidad de una garantía mobiliaria preconstituida se vulneraría esta finalidad, dado que no encaja dentro de una efectiva publicidad de un derecho cierto y expreso que se requiere para por un lado, ser inscrito en los Registros Públicos y, por otro, para configurar una publicidad registral.

La publicidad registral no tiene como fin publicitar derechos futuros, por el contrario, publicita derechos reales y existentes a la fecha de su inscripción, otorgando así una confianza en la sociedad y/o en terceros que pretenden adquirir un bien. Por lo cual, puedo mencionar que al publicitar una garantía mobiliaria preconstituida se desnaturaliza el sistema registral, violando los principios registrales y fragmentando la finalidad para la cual ha sido creado el Registro Público.

Lo que el Registro Público pretende es que “el adquiriente (comprador), si compra de quien aparece como titular registral, (...) tenga

(1) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. 4ª edición, Comares, 2006, p. 255.

(2) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. 2ª edición, Juristas Editores, 2004, p. 68.

garantía de la propiedad del vendedor, y certeza de la consistencia del derecho que compra. El registro pretende proteger también al acreedor para que pueda prestar confiando en la garantía que pueda ofrecer una propiedad segura, y la afección de un bien concreto que responde del crédito (...)"⁽³⁾.

Si bien es cierto, en el Registro Público es posible publicitar ciertos derechos futuros, como es el caso de la inscripción de un contrato de opción o de algún tipo de contrato preparatorio, también lo es que en dichos contratos interviene el legítimo propietario del bien, lo cual genera que no se vulneren los principios registrales ni mucho menos se afecte el derecho de propiedad, dado que se está publicitando un hecho cierto y real, como es que el legítimo propietario declare que en un futuro se obligará a transferir la propiedad a un tercero.

Aunque concordamos con el maestro Álvarez Caperochipi al momento que señala que el registro no crea la propiedad, ni siquiera la define de un modo absoluto, sino que el registro es un mero instrumento para identificar, proteger y servir la propiedad a la que presta certeza en sus orígenes. La realidad profunda de la propiedad es extrarregistral, pues representa la identidad y proyección espiritual del hombre, cuya vida y libertad son anteriores a la organización del Estado, y a las que el Estado debe servir (...)⁽⁴⁾.

También debo decir, que el registro no es un mero archivo de documentos en donde este tipo de garantía pueda ser registrado sin ningún efecto; desde el momento en que la LGM ordenó la inscripción de esta modalidad de garantía, se pretende otorgarle una relativa publicidad, la cual no puede generar los mismos efectos que para otros casos, sin embargo por esa publicidad, puede ser conocido por todos, por lo que cualquier persona pueda saber que un tercero ya está contratando con base en un bien que no le pertenece, violando de esta manera el derecho de propiedad del legítimo propietario y con ello el sistema registral.

Por otro lado, el precisar en el Reglamento señalado líneas arriba, que la naturaleza de la inscripción será con eficacia suspendida, no

(3) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. Ob. cit., p. 3.

(4) Ibidem, p. 6.

salvaguada de ningún modo la publicidad que desde el momento de la inscripción produce y de los reales efectos que se generan en contra del legítimo propietario del bien.

Con todo lo dicho hasta el momento, puedo señalar que la publicidad que genera un contrato de garantía mobiliaria preconstituida no configura una verdadera publicidad registral, ya que no nace de un hecho cierto, real y efectivo, sino por el contrario lo único que se produce es una incertidumbre jurídica, lo cual no es compatible en un sistema registral, generando efectos negativos con el legítimo propietario del bien.

El sistema registral no puede servir de base para este cometido, sino por el contrario debe garantizar los derechos de los legítimos propietarios, por más bien que se pretenda realizar al comercio local y al tráfico jurídico, esto no puede ser el soporte para vulnerar el derecho de propiedad de terceros, ni mucho menos el sistema registral imperante en nuestro país.

III. AFECTACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD

Como ya he indicado líneas arriba, la garantía mobiliaria preconstituida vulnera el sistema registral, al publicitar un derecho que no es real ni efectivo, por lo tanto no puede crear ningún tipo de presunción frente a la sociedad o a terceros. Sumado a ello, debo indicar que existe un valor agregado, si el término lo permite, que genera que este tipo de garantía no sea legítima y hasta resulte ser inconstitucional, el desconocimiento por parte del legítimo propietario de que terceros van o están usando su bien para garantizar un crédito ajeno.

Al respecto, debo manifestar lo que particularmente me sucedió en el ejercicio de la profesión, y que viene pasando en el tráfico comercial: un empresario pretendía adquirir un vehículo, por lo que se procedió a verificar si sobre él pesaba algún tipo de carga o gravamen, solicitándose un Certificado de Cargas y Gravámenes del bien al Registro Vehicular, resultando negativo, es decir, no existía ningún tipo de carga o gravamen sobre el bien.

Sin embargo, nos dimos con la sorpresa de que existía un contrato inscrito en donde el vehículo era materia de garantía de un crédito a favor de una tercera persona.

En este sentido, al conversar y consultar con el legítimo propietario del bien, este nos indicó que no conocía a la persona que había constituido la garantía mobiliaria preconstituida y que, por ende, no tenía intención de transferir la propiedad del bien a dicha persona sino a nuestra representada.

El gerente general de la empresa que pretendía adquirir el bien manifestó algo muy cierto, por qué voy a comprar un vehículo que tiene una garantía mobiliaria que, si bien me dicen que no tiene eficacia, no implica una certeza para mí. Ante la duda lo mejor era no correr con ningún tipo de riesgo, indicando que se buscará otro vehículo que se encontrase completamente limpio de cualquier carga, gravamen o garantía mobiliaria preconstituida. Por lo tanto, la compraventa se había frustrado y el legítimo propietario del bien se veía perjudicado.

Debo precisar que al gerente se le informó oportunamente que dicha garantía mobiliaria no tendría eficacia sino hasta que el tercero adquiriera la propiedad del bien, no obstante ello, se mantuvo en su posición, reiterando que si habían tantos vehículos que se encuentran totalmente libres en el mercado local, por qué iba a adquirir uno con una garantía mobiliaria, no queriendo correr ningún tipo de riesgo.

En este punto viene una sugestiva metáfora: asemejemos la garantía mobiliaria preconstituida a una pelusa puesta en una camisa blanca, si esta no se llega a concretar, es decir, si el constituyente no llega a adquirir el bien, la pelusa se caerá, ahora si llega a adquirir el bien quedará como un gravamen, se convertiría en una manchita en la camisa.

La garantía mobiliaria preconstituida no mancha a la propia camisa, pero sí refleja una imagen que desconcierta y crea incertidumbre dentro del tráfico comercial, lo cual deviene en una clara afectación del derecho de propiedad del legítimo propietario.

Dentro de este contexto debo indicar que, el derecho de propiedad se encuentra reconocido en nuestro Código Civil en su artículo 923, definiéndose como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer

y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Asimismo, la Constitución Política del Perú establece en su artículo 70, que el derecho de propiedad es un derecho inviolable.

Es decir, si el derecho de propiedad confiere al titular de esto, el poder de usarlo, disfrutarlo, disponer y en su caso reivindicarlo, ¿cómo un tercero –que no ostenta ningún tipo de derecho sobre el bien–, puede constituir una garantía mobiliaria preconstituida?; la cual tendrá en el mejor de los casos un buen efecto a favor del propio constituyente, ya que podrá acceder a un crédito usando como garantía un bien que aún no le pertenece y dicha garantía no será a favor del propietario, ya que se vulnerarán los derechos que este ostenta sobre el bien.

De acuerdo con ello, parecería que la LGM otorgaría cierto grado de derecho del bien a favor del constituyente de una garantía mobiliaria preconstituida, pues, cómo se explica que pueda disponer del bien sin que sea el legítimo propietario.

Por otro lado, hay que tener presente el aforismo “nadie da lo que no tiene” o como algunos dicen “nadie puede dar más de lo que tiene”. Con esto queda claro que un tercero que no ostenta ningún tipo de derecho sobre un bien, no puede tener la facultad de poder constituir una garantía mobiliaria preconstituida, por más fin económico que exista, este no puede violar la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de propiedad, decir lo contrario sería un absurdo jurídico ya que se contravendría la propia Constitución Política. Por lo tanto, no es factible que se pretenda disponer del bien, sin que el propietario legítimo tenga conocimiento y preste su consentimiento para ello.

Esta modalidad de garantía mobiliaria viene causando graves problemas dentro del tráfico comercial, como el que anteriormente he señalado. Además de ello, se viene hablando de la garantía mobiliaria preconstituida como si tuviera una eficacia suspendida, a decir de Franco Regio: “Podría interpretarse que la garantía preconstituida tiene una ‘eficacia suspendida’ para efectos exclusivamente registrales”⁽⁵⁾.

(5) FRANCO REGIO, Eric. “Comentarios al régimen de constitución y registro de garantías mobiliarias en Perú según la nueva Ley de la Garantía Mobiliaria: la necesidad de un nuevo

Incluso precisa que “esta incertidumbre está generando que actualmente, se considere la utilización de garantías basadas en la propiedad; para evitar riesgo que pueda implicar tener una garantía preconstituida (...)”⁽⁶⁾.

Ante este punto de vista, me pregunto si habrá personas que tengan la voluntad de otorgar un crédito a favor de una persona que otorga como garantía un bien que no le pertenece, creo que la respuesta a todas luces es completamente negativa. La lógica nos indica que en un crédito o en una garantía lo que prima es acreditar que el bien que respaldará es de propiedad del constituyente, lo cual en esta modalidad no concurre. Sumado a ello, se encuentra el tema de la confianza entre las partes, ante lo cual queda la interrogante de qué tipo de confianza se puede tener en una persona que pretende garantizar un crédito con un bien del cual no ostenta ningún tipo de derecho.

IV. DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Habiendo definido y señalado en qué casos procede una garantía mobiliaria preconstituida, así como el por qué esta modalidad de garantía mobiliaria afecta el derecho de propiedad de los legítimos propietarios del bien mueble, es necesario verificar si este tipo de garantía se asemeja a otras figuras jurídicas existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, con esta modalidad de garantía se pretende que un tercero pueda contratar sobre la base de un bien que supuestamente en el futuro va a adquirir, a fin de que pueda obtener un crédito para realizar sus actividades comerciales, supuestamente agilizando de esta manera el tráfico comercial.

En este sentido, el hecho de pretender adquirir en el futuro un bien, parecería que se podría confundir con alguna otra figura jurídica como un contrato preparatorio de opción o un compromiso a contratar; pues

enfoque para la aplicación eficaz de reformas legales”. En: *Material de Estudio del Curso de Garantía Mobiliaria*. II Ciclo –USMP– 2009.

(6) Ídem.

bien, veamos qué son estos tipos de contratos y cuál es la diferencia con la garantía mobiliaria preconstituida.

Por contrato preparatorio podemos citar que el Código Civil de 1984 recoge la tesis tradicional, que es aquella que indica que el contrato preparatorio es en sí una obligación, un compromiso de celebrar, de realizar a futuro otro contrato; por tal motivo, debemos mencionar entonces que el contrato preparatorio tendrá un efecto formal y posteriormente el contrato definitivo que ha de celebrarse contendrá los efectos sustantivos⁽⁷⁾.

Ahora bien, entre los contratos preparatorios tenemos al compromiso de contratar y al contrato de opción, debiendo indicar que el compromiso de contratar genera una obligación entre las partes. En cambio, por el contrato de opción se genera una relación patrimonial distinta compuesta por un derecho potestativo para la parte *accipiens* (el acreedor o la parte optante) y por un estado de sujeción por el *solvens* (el deudor o la parte optada) quedando este vinculado tan solo por la declaración del optante⁽⁸⁾.

Entonces, para que se lleve a cabo cualquiera de las dos modalidades de un contrato preparatorio las partes que se obligan en el presente tienen que ser las mismas que finalizarán la relación contractual, infiriéndose que en el caso de una compra de un bien mueble, será el legítimo propietario del bien quien conjuntamente con el futuro comprador tendrán que suscribir el contrato preparatorio, teniendo un claro conocimiento de que la transferencia se puede llevar a cabo y de que existe un tercero que pretende adquirir el bien. Pese a ello las partes no acuerdan que el futuro comprador pueda ir disponiendo del bien como le plazca, salvo algunas excepciones, y que ambas partes se encuentren totalmente de acuerdo.

Es fácil poder observar la clara diferencia que existe entre un contrato preparatorio con la constitución de una garantía mobiliaria preconstituida, obviamente que en esta última no interviene para nada el legítimo propietario, desconociendo que alguien pretende adquirir su bien; y

(7) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. *Derecho Civil (Fuente de las obligaciones)*. UIGV, p. 43.

(8) Resolución N° 758-2007-SUNARP-TR-L.

que, mucho menos, están garantizando una obligación ajena o un crédito, con su bien mueble.

Por otro lado, tampoco podemos asemejar a la garantía mobiliaria preconstituida como una condición suspensiva, dado que como en el caso de los contratos preparatorios tendría que intervenir el legítimo propietario para obligarse a transferir el bien en el futuro, lo cual no acontece en el caso de la garantía mobiliaria preconstituida.

Se ha manifestado que la preconstitución de una garantía mobiliaria debería ser entendida como una suerte de bloqueo registral, cuando el contrato definitivo no se ha suscrito aún⁽⁹⁾, precisando que existiría la posibilidad de un prerregistro, pues bien, al respecto debo reiterar que esto no resulta coherente, dado que para que exista un contrato definitivo o se realice un bloqueo registral o un prerregistro de todas maneras el legítimo propietario debe intervenir con la finalidad de obligarse a que en un futuro transferirá la propiedad del bien, lo cual no acontece en el caso de una garantía mobiliaria preconstituida.

Entonces, dejo a salvo la pregunta: ¿No hubiera sido mejor regular de una manera más coherente el intento de agilizar el tráfico jurídico y las transacciones comerciales, sin tener que vulnerar el derecho de propiedad de los legítimos propietarios, utilizando a las instituciones que ya se encontraban creadas y reguladas, y no crear una modalidad de garantía mobiliaria que lo único que hace es afectar el sistema registral en su eje principal como es la publicidad, y al mismo tiempo afectar los derechos fundamentales de legítimos propietarios?

CONCLUSIONES

- Si bien la garantía mobiliaria preconstituida no tiene publicidad registral, sí tiene publicidad, lo cual contraviene el derecho de propiedad y el del propio sistema registral peruano.
- El sistema registral debe garantizar los derechos de los legítimos propietarios, por más bien que se pretenda realizar al comercio local y al tráfico jurídico, esto no puede ser el soporte para vulnerar

(9) FRANCO REGIO, Eric. Ob. cit.

el derecho de propiedad de terceros, al publicitar una garantía mobiliaria preconstituida.

- La garantía mobiliaria preconstituida no mancha la propia camisa, pero sí refleja una imagen que desconcierta y crea incertidumbre dentro del tráfico comercial, lo cual deviene en una clara afectación del derecho de propiedad del legítimo propietario.
- Nadie pueda dar más de lo que tiene, por lo tanto no se puede garantizar una obligación con un bien que a la fecha de la relación contractual, no le pertenece al constituyente de la garantía.
- La clara diferencia que existe entre un contrato preparatorio con la constitución de una garantía mobiliaria preconstituida, es que en esta última no interviene para nada el legítimo propietario, desconociendo que alguien pretende adquirir su bien y, que, mucho menos, están garantizando una obligación ajena con su bien mueble.
- Dadas las vulneraciones que se vienen cometiendo con la garantía mobiliaria preconstituida, resulta más conveniente derogar el supuesto de que sobre bien mueble ajeno se garantice una obligación, antes de que el constituyente adquiriera la propiedad de dicho bien mueble, a fin de salvaguardar el derecho de propiedad de las personas y respetar a la propia Constitución Política. Sin embargo, una solución a corto plazo sería que se regule la intervención del legítimo propietario del bien en el contrato de garantía mobiliaria preconstituida, a fin de que conozca este vínculo y preste su consentimiento expreso. Si bien con esto no se agilizará el tráfico comercial, en una ponderación de derechos, a criterio del autor, prevalece el derecho de propiedad frente a cualquier tipo de comercio o transacción financiera.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho inmobiliario Registral*. 4ª edición, Editorial Comares, 2006.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. *Derecho Civil (Fuente de las obligaciones)*. UIGV.

- FRANCO REGIO, Eric. “Comentarios al régimen de constitución y registro de garantías mobiliarias en Perú según la nueva ley de la garantía mobiliaria: la necesidad de un nuevo enfoque para la aplicación eficaz de reformas legales”. En: *Material de Estudio del Curso de Garantía Mobiliaria. II Ciclo –USMP– 2009*.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. 2ª edición, Juristas Editores, 2004.

Protección del derecho real de garantía del acreedor ejecutante frente a los procesos laborales fraudulentos

Sussy Johanna VARGAS CABELLOS^(*)

INTRODUCCIÓN

Existen diversos aspectos a considerar en el diseño de un sistema de garantías. Objetivos bien definidos, simpleza en el régimen legal, bajo costo de constitución, libertad de estipulación, publicidad del gravamen, previsión contra el abuso y ejecución eficiente, son algunos de los temas que se deben tener en cuenta. El alcance de estos aspectos varía según la perspectiva de cada ordenamiento jurídico, pero en todos los casos las garantías tienen como propósito fundamental asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Su fin último es la satisfacción del acreedor en condiciones semejantes a los del pago ordinario. Una garantía cumple su función si logra que el acreedor quede tan satisfecho como si se hubiera producido el cumplimiento normal de la obligación. En términos económicos, la garantía es una forma de pago.

(*) Graduada por la Universidad Privada Antenor Orrego. Egresada de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil Empresarial por la misma universidad. Asesora Legal Externa de la Caja Trujillo - Oficina Chepén.

El momento cumbre es cuando se produce el incumplimiento de la obligación. En esa ocasión el acreedor debe cobrar satisfactoriamente su crédito a través de la garantía: es el momento de la ejecución. Si las garantías no logran este propósito no son garantía de nada, y de muy poco servirá que los otros aspectos del sistema hayan sido bien concebidos.

La situación actual de las garantías reales en el Perú no es la mejor y hasta cuesta entenderlas como parte de un sistema de garantías. Una condición mínima para hablar de “sistema” es el orden y objetivos claros, nada de lo cual se observa en nuestro conglomerado de garantías, sobre todo en el ámbito de las llamadas garantías especiales (denominadas así porque su regulación no está en el Código Civil). Todas ellas provienen de normas especiales dadas en diversas épocas, con objetivos sectoriales, fuera de una visión sistemática y respondiendo a realidades sociales y económicas que no se han mantenido en el tiempo.

Si bien, el Código Civil es un instrumento ordenado en medio del mar de garantías especiales, finalmente es un cuerpo normativo expedido en 1984, antes de que profundos cambios sociales y sobre todo económicos ocurrieran en el mundo. El solo contraste entre la Constitución que regía al tiempo de expedirse el Código y la que rige hoy permite concluir que la legislación actual sobre garantías reales no guarda concordancia con los objetivos económicos recogidos en la Constitución de 1993. Quizá el más relevante de ellos a los fines de este artículo es el que tiene que ver con el rol de la actividad privada en la generación de riqueza.

Si la riqueza la generan los privados mediante el ejercicio de la libertad económica y el Estado ya no es productor directo de recursos (artículo 58 de la Constitución), es imperativo que el sistema legal dote a los particulares de herramientas para que sus negocios se realicen con seguridad. Por ello es tan importante la libertad en la celebración de contratos y la certeza de que estos se cumplirán. Si los agentes económicos no tienen seguridad de que sus transacciones se ejecutarán de acuerdo a lo planeado, sencillamente no habrá actividad económica (relaciones de crédito) o estas se realizarán en condiciones anormales. Las relaciones de crédito son anormales cuando el riesgo del incumplimiento se traduce en mayores costos para el deudor, no por un mayor beneficio derivado del negocio, sino únicamente por el riesgo. En circunstancias de encarecimiento del crédito, el mayor costo es trasladado al mercado,

distorsionando la buena y normal competencia. En el peor de los casos este encarecimiento desalienta a los operadores económicos y puede conducir a la supresión del negocio.

Aquí es donde intervienen las garantías. Las garantías deben conseguir que los contratos se cumplan según los términos acordados por las partes. La ejecución es el momento crucial para lograr este objetivo.

La regulación sobre garantías tiene que considerar las características del régimen económico del país. Dicha regulación es parte del régimen económico y por lo tanto lo que ocurra con ella impactará sobre los objetivos nacionales en esa materia. Esto no significa que las garantías solo se justifican en regímenes de libre mercado, pero es evidente que en tales regímenes las deficiencias legales o la ausencia de garantías generan un impacto de más graves consecuencias.

Asimismo, existen casos en donde el deudor tenga entre uno o varios acreedores, donde se evidencia el principio de la *par conditio creditorum*, que significa que todos los acreedores de un mismo deudor gozan de igual derecho a ver satisfecho su crédito. Con base en este principio, en el caso de inicio de una ejecución contra el patrimonio del deudor, si todos los créditos no pueden ser satisfechos íntegramente, debería realizarse un reparto proporcional e igualitario entre todos ellos (*concurso partes fiunt*)⁽¹⁾.

Sin embargo, la aplicación de este principio de la igualdad crediticia choca frontalmente con nuestro sistema legal patrimonialista y, en particular, con la diversificación entre los derechos reales de garantía y los simples derechos de crédito. De esta forma, nuestro Código Civil viene a establecer una especie de graduación o clasificación de los créditos, declarando la preferencia de unos sobre otros, ante la eventualidad de que el patrimonio del deudor fuese insuficiente para atender a todos los créditos.

(1) ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Derecho Procesal del Trabajo*. Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 31.

En primer lugar, los créditos pueden ser declarados preferentes en razón de un privilegio, que puede basarse en la persona del acreedor (*privilegia personae*) o en atención a la cualidad, naturaleza del crédito o en función de la relación jurídica, origen del mismo (*privilegia causae*)⁽²⁾.

En segundo lugar, el carácter preferente de un crédito deriva de la previa existencia de garantías reales, en esencia, mobiliaria o hipoteca. En efecto, una de las características principales de estos contratos de garantía es el denominado *ius praelationis* o derecho de prelación que la ley concede no en razón del crédito, sino en razón del derecho real de garantía que le es accesorio.

El orden de prelación de estos créditos preferentes la establece el Código Civil atendiendo a criterios puramente casuísticos⁽³⁾. La primera causa es la de preferencia, de tal forma que los créditos preferentes documentados son siempre de peor grado que los créditos privilegiados o de garantía o reales. La segunda causa es la generalidad o especialidad de los créditos preferentes. En virtud de esta causa existen créditos afectos especialmente a un determinado bien mueble o inmueble, mientras que otros inciden con carácter general sobre el patrimonio restante del deudor. La tercera causa o criterio utilizado es el principio de prioridad temporal, expresado en la máxima *prior tempore potior iure*, otorgando preferencia al más antiguo.

No conviene finalizar este comentario sin incidir en una cuestión especialmente importante. El marco jurídico establecido en el Código Civil en materia de concurrencia y prelación de créditos no se agota allí. En efecto, multitud de leyes y disposiciones normativas han incidido en esta materia, de una forma coincidente y discordante en algunos puntos. Así el Código de Comercio contiene reglas propias sobre la prelación de créditos, la Ley de Propiedad Horizontal, la Ley Concursal, la Ley de Propiedad Intelectual y en el ámbito laboral el privilegio salarial. Es

(2) HOYOS QUIROZ, Kathia. *El Superprivilegio del Crédito Laboral vs. El Sistema de Garantías Reales*. Tesis para optar el título de abogada en la Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo, 2005, p. 96.

(3) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Derecho persecutorio laboral" En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 81, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2005, p. 79.

así que en este último se evidencia una débil defensa de la seguridad jurídica en la transferencia de bienes.

Podemos señalar de lo anteriormente referido, que el marco normativo lo encontramos en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución, que nos indica que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador⁽⁴⁾.

Como vemos de primera intención, dicha disposición constitucional regula el supuesto en que un empleador tenga varias deudas, dentro de las cuales esté una de carácter laboral, en cuyo caso la norma impone que el crédito laboral se pague en primer término, y luego las demás, cualesquiera que fueren, sean de carácter tributario, respaldado con alguna garantía real, o simplemente quirografario.

En consecuencia, esta norma en principio regula una disposición aplicable al supuesto de concurrencia de acreedores frente a un mismo empleador-deudor.

Ahora bien, por la ubicación de la normativa, que está dentro del capítulo de los derechos sociales y económicos previstos en la Constitución, se puede concluir que muy aparte de constituir una norma que resuelva en parte un conflicto de concurrencia de acreedores, es una que pretende privilegiar a una clase social, precisamente una de las más postergadas, lo que se hace con el *animus* de pretender la mejora en sus condiciones de vida, y atendiendo además a la protección de la dignidad de la persona humana, pues protege los ingresos del trabajador que servirán directamente para el sustento de él y de su familia.

I. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA TRANSFERENCIA DE BIENES

Además del “superprivilegio” que nuestra Constitución Política asigna al crédito laboral, el Decreto Legislativo N° 856 le concede carácter persecutorio. En mérito a aquel, el acreedor laboral podrá hacer

(4) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 220.

efectivo su crédito incluso sobre bienes que pese a haber pertenecido a su empleador, se encuentran en posesión o son de propiedad de un tercero.

En rigor, para el Decreto Legislativo N° 856 la acción persecutoria solo procede: i) sobre los bienes involucrados en los actos de disposición (activos fijos o negocios) que hubiera realizado una empresa sometida a un proceso concursal ordinario, en el que se acuerde su liquidación o declaración judicial de quiebra, dentro de los seis meses anteriores al inicio del concurso (en realidad, acorde a lo que prevé la Ley General del Sistema Concursal, la ineficacia debería afectar a todos los actos de disposición realizados durante el año anterior al inicio del concurso), ii) sobre los bienes que transfiera a terceros o que aporte para la constitución de una nueva empresa, aquel empleador que hubiera extinguido la relación laboral con su personal e incumplido las obligaciones laborales por simulación o fraude a la Ley, mediando una injustificada disminución o distorsión de la producción que provoque el cierre del centro de trabajo o su abandono, y finalmente, iii) cuando en un proceso judicial el empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda.

El supuesto recogido en el literal i) responde a una exigencia propia del sistema concursal que califica de ineficaces (previa declaración judicial) todos los actos de disposición realizados por el deudor que no sean propios del desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen el patrimonio y que se hayan realizado durante el año anterior al inicio del proceso concursal (revocatoria concursal en el denominado “periodo de sospecha”). Similar propósito se persigue en el supuesto recogido en el literal ii), pues por esa vía se busca apremiar los bienes transferidos con el propósito de eludir el pago de obligaciones laborales mediante la simulación o el fraude. De hecho, aunque es claro que las operaciones de transferencia que se realicen con propósito fraudulento deben ser ineficaces frente a los acreedores laborales, la inexistencia de un parámetro temporal que ayude a delimitar este supuesto ha derivado en una construcción jurisprudencial que afecta con la persecutoriedad cualquier tipo de transacciones, sin importar el momento en el que ocurrieron, si estas obedecen a operaciones regulares y por último, si

en ellas existía intención de fraude. Idénticos excesos se han cometido como producto de la aplicación del supuesto comentado en el literal iii).

De hecho, existen muchos procesos laborales que en etapa de ejecución de sentencia pretenden la ejecución de bienes transferidos a terceros (adquirentes de buena fe), aun cuando la transferencia obedece a una operación regular y realizada muchísimos años antes de que el acreedor laboral extinga su relación laboral e inicie la acción judicial e incluso, sin revisar previamente si el deudor-empleador posee otros bienes que estén en aptitud de satisfacer la deuda (p. ej. en un proceso laboral que inició el extrabajador de una empresa pesquera, la magistratura autorizó que el pago de la deuda laboral se realice contra el remate de la embarcación pesquera en la que laboró, aun cuando esta se aportó a un fideicomiso en garantía todavía vigente. A su vez, en otro proceso laboral, la magistratura autorizó que el extrabajador de una empresa deudora de una institución financiera remate un bien inmueble del que nunca fue propietario, porque lo obtuvo mediante un arrendamiento financiero que incumplió y que la institución financiera ejecutó).

En síntesis, lejos de aplicar la persecutoriedad solo frente a la inviabilidad de apremiar los propios bienes del empleador-deudor originario, existe una reiterada tendencia a aplicarlo sin más, omitiendo analizar si existió o no fraude.

Indudablemente, una posición como la asumida por la magistratura nacional distorsiona la finalidad del “derecho persecutorio” y como corolario de ello, no solo resta seguridad al tráfico jurídico de bienes, sino que encarece los costos de transacción en las operaciones propias y habituales del sector empresarial (compraventa, arrendamiento, fusiones, escisiones, etc.), pues hoy termina siendo imprescindible un *due diligence* laboral previo que ayude a determinar si existe deuda laboral e identificar eventuales contingencias. Pese a que esta práctica no elimina el riesgo, sí lo atenúa y a su vez, permitirá medir y ajustar el valor del precio o contraprestación respectiva en la transacción.

II. LIMITAR EL PRIVILEGIO DE LA DEUDA LABORAL

Aunque la necesidad de garantizar el pago de los créditos laborales no está en discusión en nuestro sistema jurídico, sí lo están las distorsiones

que se generan a causa del “superprivilegio” de la deuda laboral. Para frenar este impacto, podría estudiarse la posibilidad de establecer ciertos límites relacionados con la cuantía (hasta un determinado monto), antigüedad (la deuda generada durante un determinado periodo de tiempo) e incluso, con la pertenencia a determinadas categorías laborales (excluir de su alcance a quienes además de ser accionistas, ocuparon cargos con poder de decisión), de modo que el “superprivilegio” tenga alcance relativo y no absoluto.

De otro lado, la indefinición de los supuestos de procedencia del “derecho persecutorio” impone a la Magistratura la responsabilidad de revisar con acuciosidad las controversias que se ventilan en la jurisdicción laboral, y en función de ello, construir un criterio jurisprudencial sólido, en el que la persecutoriedad no solo opere como una medida residual, sino fundamentalmente cuando se constate la existencia de fraude. Es decir, que los bienes se persiguen porque el propósito de la transferencia fue evadir el pago de la deuda laboral.

En el futuro, podría evaluarse también la creación de un Fondo de Garantía Salarial o de un Fondo de Seguro de Desempleo que permita, por una parte, el resguardo del privilegio del crédito laboral y, por otra, que permita aliviar las cargas a las que puedan estar sometidos los acreedores garantizados (facilitar la oferta del crédito y reducir su costo).

III. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA GENERADO POR EL PRIVILEGIO SALARIAL

La problemática que abarca lo anteriormente descrito surge de la necesidad de un cambio respecto al cobro del acreedor ejecutante frente a su deudor, cuando este último tiene, supuestamente, otras obligaciones frente a otros acreedores.

No siendo ajenos respecto de aquellos procesos que son iniciados con la finalidad de generar atraso frente a otros ya existentes, como es el caso de la simulación de pretensiones, con la finalidad de que el proceso principal se dilate.

Dentro de este marco configurativo, se deduce uno de los graves problemas que se enmarca respecto a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta

que existe en procesos laborales, que nacen con el propósito de que el acreedor ejecutante no vea satisfecho su derecho al cobro, puesto que existe también un proceso laboral.

Tal como se puede apreciar y comprobar en la realidad jurídico-procesal, existen múltiples casos de procesos laborales simulados o fraudulentos que son iniciados con la única finalidad de perjudicar el cobro de una deuda por parte del acreedor y evitar así la ejecución de la garantía real en el proceso de ejecución de garantías iniciado por este contra el deudor ejecutado.

Como sabemos, un embargo en forma de inscripción sobre un bien inmueble proveniente de una deuda laboral, se encuentra en orden preferente de pago frente a una hipoteca gravada sobre este determinado bien, dando esta preferencia en el orden de pago, una salida o solución fraudulenta a estos acreedores morosos que tienen su inmueble hipotecado, el cual se encuentra –como ya lo dijimos– siendo ejecutado en un proceso judicial.

Así, es fácil encontrarse con procesos simulados, pero no sola y exclusivamente de beneficios sociales, sino que para terminar de completar y configurar el fraude en detrimento del ejecutante, interponen tercerías de propiedad, paralizando de esta manera el proceso principal de ejecución de garantías por un periodo promedio de dos a tres años (que es el tiempo aproximado que demora un proceso de tercería, pues los terceristas en connivencia con los ejecutados interponen y ralentizan el proceso con apelaciones y nulidades, llegando incluso, en la mayoría de casos, hasta casación), con el fin de que en este periodo de tiempo que se encuentra “dormido” el proceso de ejecución de garantías, interpongan e inicien uno o varios procesos laborales simulados, sin presentar medios probatorios que acrediten el vínculo laboral subordinado, culminando la mayoría de estos procesos en conciliación judicial, en los cuales los magistrados poco o nada hacen para evitar que se perjudique el derecho real de garantía que posee el ejecutante, enterándose el ejecutante de la existencia y efectos de este proceso laboral cuando ya se ha trabado embargo, o este aparece en la partida registral respectiva y se encuentra el proceso laboral en su etapa de ejecución.

Surge así nuestra incógnita por resolver, señalando cuál sería la manera en que se puede proteger el derecho real de garantía del acreedor ejecutante, frente a procesos laborales fraudulentos donde nos atrevemos a proponer que el ejecutante perjudicado (recién enterado del proceso laboral simulado) intenta salvar –muchas veces ya tardíamente como acreedor preferente– su acreencia respaldada con un derecho real de garantía, interponiendo una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Sin embargo, no se debe llegar a esta situación ya casi de indefensión por parte del ejecutante, debiendo los magistrados que imparten justicia en materia laboral, al primer indicio que tengan de una posible colusión entre las partes del proceso laboral, aplicar lo regulado en el artículo 106 del Código Procesal Civil, el mismo que prescribe que cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el juez de oficio ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas. En este caso, el juez laboral, si aprecia que es clara la simulación (como no presentar pruebas fehacientes, rebeldía del supuesto empleador, interés desproporcionado de conciliar sin objetar la liquidación presentada por el demandante supuestamente laboral, etc.) y/o presume que existe colusión entre las partes, debe solicitar de oficio a los Registros Públicos, y donde se requiera, en virtud de su potestad de magistrado, para que se le proporcione la relación de todos los bienes de propiedad del supuesto demandado laboral, así como las cargas y gravámenes que pudiesen recaer sobre estos bienes, para determinar así si es que con la demanda laboral simulada lo que se pretende es únicamente perjudicar a algún acreedor o acreedores no laborales.

De determinarse que así es, entonces, como repito, en virtud del artículo 106 del Código Procesal Civil, el juez especializado en lo laboral debe ordenar se suspenda el proceso y debe citar al acreedor que, por otro lado, a estas alturas del proceso, aún desconoce el proceso laboral con el cual se le estaría tratando de perjudicar, para que de esta manera el acreedor haga valer sus derechos en el mismo proceso laboral y no enterarse de la demanda laboral simulada cuando prácticamente esté casi todo perdido, para recién intentar remediar la situación interponiendo una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, para la cual –conforme lo prescribe el artículo 178 del Código Procesal Civil– tiene

un plazo de seis meses para interponerla, desde la fecha de haber sido ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada.

REFLEXIÓN FINAL

Frente a lo expuesto, me atrevo a concluir que en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a lo relacionado al cobro de deudas, se otorga derecho preferente al cobro de la deuda laboral frente al derecho real de garantía, pudiendo existir en los juzgados laborales de nuestro país el fenómeno jurídico de la simulación de procesos laborales que perjudican el derecho real de garantía del acreedor ejecutante, vulnerando el derecho de cobro frente a una deuda existente.

Una revisión a la figura de la anticresis

Jackeline BRAVO JOAQUÍN^(*)

Erika ROSPIGLIOSI CASO^(**)

INTRODUCCIÓN

Mediante el presente artículo abordamos una de las figuras que forma parte del conjunto de derechos reales que se encuentran regulados en nuestra legislación, nos referimos a la anticresis; en aras de contribuir a su estudio y verificar su importancia dentro de nuestra sociedad.

Muchos autores señalan que la anticresis está desapareciendo, pues cuando una persona necesita dinero o busca garantizar una operación acude a otras figuras, siendo la más reconocida la hipoteca.

La hipoteca se configura así como el derecho real de garantía por excelencia, ya que no implica la desposesión del inmueble y permite la constitución de otras hipotecas sobre un mismo bien. Por su parte, la anticresis exige un mayor cuidado y responsabilidad tanto para la persona que entrega la posesión del bien como para la persona que lo recibe. Es ante este escenario que el mercado (en su mayoría) ha preferido a la hipoteca sobre la anticresis.

(*) Asistente Registral del Registro de la Propiedad Inmueble en la Oficina Registral de Cañete. Con estudios de Maestría en Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres.

(**) Asistente Registral del Registro de la Propiedad Inmueble en la Oficina Registral de Lima. Con estudios de Maestría en Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres.

Pese a lo señalado, no podemos dejar de lado el hecho de que nuestro país tiene una economía informal, además de ello existe un mercado rural y/o provincial, a los cuales no han llegado las grandes empresas bancarias y financieras. Este mercado se encuentra moviendo una economía que resulta vital para que continúe el desarrollo del país. En este escenario aún se siguen celebrando o constituyendo anticresis, generalmente en garantía de créditos pequeños; por tanto, no es posible desatender dicho mercado y las necesidades que atraviesan las personas que lo integran.

Atendiendo a ello, el presente trabajo ha buscado obtener unos conceptos claros sobre la figura de la anticresis, así como consolidar datos acerca de la formalización llevada en torno a esta figura, teniendo como base para ello referencias extraídas de los Registros Públicos y algunas notarías.

Por tal motivo, corresponde estudiar las figuras jurídicas que se utilizan a esta escala, reformándolas según sus necesidades con el objetivo de que se promueva la formalidad y la circulación de la riqueza, elementos básicos para fomentar el desarrollo de un país.

I. PROBLEMA

1. Planteamiento del problema

La anticresis tal y como se encuentra regulada en el artículo 1091 del Código Civil supone por parte del deudor la entrega de la posesión del inmueble y para el acreedor implica la obligación de explotar el inmueble con el fin de hacer posible el pago de los intereses y el saldo de precio. La obtención de dicha renta es una forma de ejecución directa para extinguir la obligación. Como se puede advertir, existe un beneficio directo para las partes en una anticresis, así el deudor se ve liberado del pago directo del interés e incluso del capital y el acreedor ve asegurado el cumplimiento de la obligación, pues el mismo acreedor explota el bien. Resulta una figura atractiva para las partes, pese a que implica la desposesión del bien, sobre todo si la anticresis se da entre personas que mantienen cierta relación; resulta obvio que esta figura no es atractiva para las empresas financieras y bancarias,

ya que su objeto no es gestionar un bien para cobrarse las obligaciones que ante ella asumieron terceros.

Si bien la figura de la anticresis resulta atractiva y beneficiosa entre las personas de un entorno social cercano, la ambigüedad de las normas que la regulan no propicia que la anticresis se expanda, e incluso hace dudosa su constitución. Analizado del lado de los doctrinarios, notarios, registradores y demás operadores jurídicos tenemos que el artículo 1092 del Código Civil resulta poco claro, pues si bien sanciona con nulidad la falta de escritura pública para la constitución de la anticresis, no resulta con la misma claridad si dicha nulidad abarca la falta de un pacto sobre la renta y el interés.

Mención aparte merece el problema de la formalidad, pues en su mayoría existen contratos de anticresis que no llegan a ser elevados a escritura pública, quedando solo como documentos privados; sin embargo, su funcionamiento es real y actúan al igual que la anticresis, pero el ordenamiento jurídico les desconoce su rango de derecho real, ocasionando en la práctica múltiples problemas, cuando existe incumplimiento, ya que aquel acreedor que retiene un bien, deviene en poseedor ilegítimo, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

Por su parte, el artículo 1096 del Código Civil refiere a que son aplicables a la anticresis las normas que regulan la prenda; sin embargo toda la normativa que regulaba la prenda ha sido derogada, quedando un vacío dentro de la institución de la anticresis, que ha sido totalmente olvidado, pues muchos autores sostienen el carácter obsoleto de esta figura.

Finalmente, resulta importante señalar que en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y en diversas propuestas de reforma al Libro de Derechos Reales no se contempla a la anticresis como un derecho real de garantía.

De lo expuesto resulta conveniente plantear las siguientes interrogantes:

- ¿La anticresis ha devenido en una figura obsoleta que permanece contemplada en el Código Civil solo por tradición jurídica o se mantiene vigente pese a los inconvenientes que presenta esta figura?

- ¿En qué zonas la anticresis es usada con mayor frecuencia?
- ¿Cuál es el principal obstáculo que se presenta para la formalización e inscripción de la anticresis y en qué medida influye la normativa dada en torno a esta figura para que sea considerada como una garantía real?

II. MARCO TEÓRICO

1. Anticresis

La doctrina señala que la palabra anticresis proviene de los vocablos griegos “anti” que significa contra y “chresis” que significa uso y lo traducen como “conragoce”. Dicha figura consistía en un pacto de compensación de frutos por intereses; así tenemos que el deudor entregaba una cosa al acreedor para que este se hiciera pago de los intereses con el valor de los frutos que la cosa originaba.

Vásquez Ríos (2007) señala que la anticresis es el “derecho real concedido al acreedor por el deudor o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble y autorizándole a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito que son debidos, y en caso de exceder, sobre el capital solamente si no se deben intereses” (p. 157).

A. Muro (1999) nos dice que “la anticresis deviene en una institución paralela a la prenda, con la salvedad de que su objeto son bienes inmuebles y no muebles. En ambos casos el deudor entrega el bien al acreedor en garantía del pago de una obligación. Es obvio pensar que este paralelismo existente entre ambas instituciones (prenda y anticresis) no implica identidad” (p. 233).

Gilberto Villegas (2007) señala que “la anticresis es también una garantía real, accesoria de un contrato de préstamo, por la cual el deudor (o un tercero por él) da al acreedor la posesión de un inmueble de su propiedad para que tome de él los frutos, productos o rentas que se produce y los aplique al pago de los intereses del préstamo y, si excediera, al capital.

De modo que la garantía la constituyen los frutos o rentas del inmueble, no este. El deudor entrega el inmueble al acreedor para facilitarle

la percepción de esos frutos, productos o rentas. El acreedor tiene el derecho de levantar la cosecha o recoger los frutos y venderlos; o de cobrar las rentas del inmueble (alquileres). Se requiere la entrega efectiva del inmueble al acreedor, esto es, la entrega de la posesión material del bien” (p. 281).

Nuestro Código Civil describe el funcionamiento de la anticresis, así tenemos el artículo 1091, el cual establece: “Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos”.

Arias-Schreiber (2002) señala que de las diversas definiciones dadas sobre la anticresis se pueden extraer las siguientes características:

“1. Se trata, en primer lugar, de un derecho real, que se constituye sobre un bien inmueble, y que como tal es oponible a terceros, siempre que se registre.

2. Es un derecho de garantía que generalmente se concede al acreedor de una suma de dinero. No obstante ello, en aplicación del artículo 1091 del Código Civil vigente, entendemos que su ámbito de aplicación puede extenderse a otra clase de obligación, al no existir distinción en la norma.

3. Concede al acreedor la posesión del bien anticrético, con las facultades de usar y disfrutar del mismo.

Queda claro que su ámbito se encuentra circunscrito a los bienes inmuebles.

4. Los frutos que rinde el inmueble se aplican necesariamente al pago de la obligación, imputándose en primer lugar a los intereses y luego al capital.

5. Faculta al acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a solicitar la venta del inmueble para cubrir su acreencia con el producto de dicha enajenación” (pp. 140-141).

De lo expuesto podemos extraer que la anticresis implica la desposesión del inmueble por parte del deudor. Encontramos que al pactarse la anticresis se está limitando el derecho de propiedad, pues el

propietario deja de gozar de ciertos atributos de la propiedad, como los son las facultades de usar y disfrutar; sin embargo, dichas facultades son recuperadas en cuanto se extingue el derecho de anticresis. La limitación constituida por la anticresis se encuentra plenamente respaldada por el ordenamiento jurídico.

Como ya lo hemos señalado, la limitación es una restricción a las facultades que confiere el derecho de propiedad a su titular. Lafaille nos dice que “la limitación comprime el derecho de tal modo que si desapareciere la limitación, el derecho volvería a adquirir sus caracteres y contenido tradicional” (Palacios, 2006, p. 54).

2. Características

- **Es un derecho real:** La anticresis otorga al acreedor un derecho de usar y disfrutar directamente sobre un bien determinado.

González (2007) señala que “como todo derecho real surge de la voluntad de la ley (artículos 881 y 1091 del Código Civil). Esta garantía real se constituye sobre un bien inmueble que asegure la obligación principal (pagar la deuda), y concede al anticresista acreedor las facultades de uso y disfrute del bien, por tanto, percibir sus frutos civiles, naturales o industriales, de manera temporal, mientras dure el plazo pactado” (p. 776).

Coincidimos con el citado autor, toda vez que como señalamos líneas arriba los derechos reales son establecidos por ley, según el principio de *numerus clausus*, siendo que las partes pueden escoger libremente si establecen o no dicho derecho real.

- **Es inmobiliario:** El derecho de anticresis solo puede recaer sobre bienes inmuebles.
- **Es convencional:** Nuestro Código Civil ha declarado que la única forma para establecer este gravamen es por el acuerdo entre las partes.

González (2007) nos dice que “la constitución de la obligación principal es producto del acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, este acuerdo también hace posible que dicha

obligación tenga que ser garantizada en cuanto a su cumplimiento. De esta manera surge la determinación de cómo garantizar el cumplimiento de aquella obligación, y encuentran las partes el medio idóneo en la anticresis” (p. 777).

- **Es accesorio:** La anticresis cumple la función de garantizar el cumplimiento de una obligación, por tanto, este gravamen seguirá la suerte de la obligación que garantiza. La anticresis es un derecho real de garantía, por lo que no puede existir de modo autónomo.

González (2007) nos dice “que se trata de un derecho real accesorio, y como tal, depende de la obligación principal, por ello dijimos que la anticresis no goza de autonomía, porque está supeditada a lo que le pueda suceder al contrato que tiene como objeto el préstamo” (p. 777).

Vásquez (2007) manifiesta que “es un derecho accesorio puesto que se constituye para asegurar el pago de una obligación y de sus intereses. De ahí que la existencia del derecho real dependa de la existencia del crédito que garantiza, por el cual, si este es nulo, la anticresis se extingue con retroactividad” (p. 162).

Sobre este tema se ha planteado el problema de si el acreedor puede ceder su crédito y el derecho de anticresis, la doctrina se encuentra a favor de la cesión del crédito, pues el único titular de dicho crédito es el acreedor; sin embargo, la doctrina se muestra en contra de la cesión del derecho de anticresis, toda vez que mediante la anticresis se transfiere el uso y disfrute sobre el bien; por tanto necesariamente deberá de intervenir el deudor para aceptar tal cesión de la anticresis.

- **Es indivisible:** La garantía que otorga la anticresis comprende el inmueble y sus accesorios, por tal indivisibilidad solo podrá operar la devolución del bien si es que se ha cumplido con pagar la totalidad de la deuda, momento en el cual el deudor podrá exigir la devolución íntegra del bien. En sentido contrario, el

acreedor también podrá retener el inmueble hasta que no se la haya pagado la totalidad de la obligación debida.

Arias-Schreiber (2002) manifiesta que la anticresis “se trata de un derecho indivisible, ya que al igual que los demás derechos reales de garantía, afecta en su integridad al bien gravado. Ello trae consigo que el pago parcial de la deuda no determina que el gravamen se extinga en la parte proporcional. Por el contrario, este continúa sobre la totalidad del bien” (p. 142).

3. Diferencias con otras instituciones

- **Con la hipoteca:** Si bien ambas figuras son derechos reales de garantía y recaen sobre bienes inmuebles, la hipoteca no implica la desposesión del bien; por el contrario, la anticresis sí conlleva la desposesión del bien, requiriéndose de la entrega o tradición del bien. De acuerdo a ello, la hipoteca permite que se constituyan gravámenes del mismo tipo sobre un determinado inmueble, mas en el caso de la anticresis esto se dificulta enormemente, siendo que no resulta posible que se constituyan dos anticresis sobre un determinado inmueble.
- **Con la prenda:** Ambos son derechos reales de garantía e implican la desposesión del bien, sin embargo la prenda grava bienes muebles, mientras que la anticresis grava bienes inmuebles.

Por otro lado, con la prenda se busca que en caso de incumplimiento se ejecute el bien mueble, mientras que el objetivo principal de la anticresis es el pago mediante la explotación del bien inmueble. En el caso de la prenda el acreedor no puede usar el bien, por el contrario, en la anticresis todo acreedor tiene derecho a usar y disfrutar del bien. La prenda y actualmente la garantía mobiliaria permiten que su constitución se realice por documento privado, en cambio para constituir una anticresis necesariamente se debe dar por escritura pública bajo sanción de nulidad.

- **Con el arrendamiento:** En ambos derechos hay un sujeto que se encuentra legitimado para poseer el bien; sin embargo, el arrendamiento no es un derecho real.

La anticresis se constituye con el fin de garantizar una obligación, lo cual no ocurre en el arrendamiento. La anticresis es una figura accesoria; sin embargo el arrendamiento es un contrato principal y autónomo. Finalmente, debemos indicar que el arrendamiento se puede dar sobre todo tipo de bienes, al contrario, la anticresis se da exclusivamente sobre los bienes inmuebles.

- **Con el usufructo:** Estas dos figuras o instituciones son derechos reales que otorgan a un sujeto determinado el uso y disfrute del bien. Sin embargo, la anticresis es accesoria pues garantiza una obligación; mientras que el usufructo es un derecho principal, autónomo y no es usado en garantía de una obligación.

Respecto a la facultad de disfrute, resulta básico señalar que el usufructuario se beneficia libremente de la explotación del bien o también puede decidir no explotarlo; sin embargo, en la anticresis siempre existe la explotación de bien con la finalidad de que los frutos sean aplicados al pago del interés y, de ser el caso, al capital.

El usufructo puede ser establecido sobre toda clase de bienes, la anticresis se constituye exclusivamente sobre bienes inmuebles.

4. Requisitos

De acuerdo al artículo 1092 del Código Civil, la anticresis se otorga por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte. Este artículo reproduce el contenido del artículo 1005 del Código Civil de 1936, con el único agregado que se debe observar la formalidad bajo sanción de nulidad (Muro P., 1999).

Esta norma establece que la anticresis es un acto formal, deviniendo en una formalidad *ad solemnitatem*, al sancionarse su inobservancia con la nulidad del acto, lo cual conlleva a su vez la inexistencia de la garantía.

Por otro lado, existe discusión sobre si la expresión de la renta del inmueble y del interés pactado, también constituyen requisitos de validez de la anticresis, así tenemos que para Carlos Ferdinand Cuadros Villenas (1996) “cuando la ley sanciona con nulidad la falta de forma escrituraria,

extiende asimismo, ese efecto a la ausencia de la expresión del tipo de interés y del monto de frutos. Si acaso el contrato celebrado por escritura pública no contuviese estos requisitos, será también nulo. El hecho revela pues, que en la anticresis la compensación de frutos e intereses es su característica principal”. Sin embargo, para la mayor parte de la doctrina esto no es así, ya que si bien estos requisitos han sido enumerados conjuntamente con la necesidad de otorgarlo mediante escritura pública, solo este requisito constituye uno de validez. Asimismo, señalan que se debe tener en cuenta que en la anticresis se permite pactar la compensación de los frutos en su totalidad o hasta determinada concurrencia (Vásquez Ríos, 2007).

La opción adoptada por nuestro ordenamiento jurídico de exigir una formalidad tan excesiva es muy criticada actualmente, en especial si se tiene en cuenta que obligatoriamente se debe entregar el bien y que no se pueden constituir diferentes contratos de la misma naturaleza sobre el mismo bien, ya que de la práctica se puede observar que existe la voluntad de celebrar contratos de anticresis; sin embargo al ser la escritura pública onerosa y complicada conlleva que no se perfeccionen los contratos, más aún si tenemos en cuenta que estos contratos mayormente son celebrados en las zonas rurales del país. Estas complicaciones acarrearán que se desincentive el uso de esta garantía, y que los contratos que se celebren sean nulos.

Es por ello que este sector de la doctrina se inclina en que se deben adoptar otras soluciones, como se dan en otras legislaciones como la española y la francesa, o como en el caso del ordenamiento argentino en el que la anticresis se perfecciona con la sola entrega de la cosa y no está sujeta a ninguna otra formalidad, usándose la escritura pública solo como una formalidad *ad probationem* (Vélez Sársfield citado en Jorge Mustio, 2000).

Otros requisitos que no han sido señalados expresamente en el Código Civil, pero que resultan relevantes para la constitución de la anticresis, refieren a que se exija la entrega del bien al acreedor y que el constituyente sea su propietario o el titular del derecho (Arias-Schreiber Pezet, Max; y otros, 2011). Resulta necesario que se entregue el bien, ya que es la única forma que se permita al acreedor explotar el bien, percibir sus frutos y cobrarse. Asimismo, siendo que en la anticresis se debe

entregar la posesión del inmueble, resulta necesario que el constituyente cuente con facultades de disposición; es por ello que se exige que sea otorgado por el propio propietario o el titular del derecho, como sería el caso del superficiario.

5. Derechos y obligaciones del acreedor anticrético

El legislador ha buscado exigir al acreedor y deudor un nivel de conducta, es por ello que le ha otorgado facultades y a la vez le ha impuesto obligaciones.

a) **Derechos.-** El Código Civil peruano y la doctrina reconocen al acreedor de la anticresis, los siguientes derechos:

- **Derecho a exigir la entrega del inmueble:** El acreedor tiene el derecho de exigir la entrega efectiva del inmueble, lo cual conlleva que también se le entregue la administración del bien para poder explotarlo (Arias-Schreiber Pezet, Max; y otros, 2011). Al recibir el bien el acreedor adquiere la calidad de poseedor legítimo, ya que el contrato de anticresis le otorga el título posesorio (González, 2007).
- **Derecho a percibir los frutos:** Es el derecho más importante que se le otorga al acreedor, por el cual puede percibir los frutos al haber explotado directamente el bien o por haberlo dado en arrendamiento. En el Perú este derecho se encuentra reconocido en el artículo 1091 del Código Civil, sin embargo el Código Civil argentino lo regula de una manera más extensa (Jorge Mustio, 2000), así en su artículo 3249 establece: “El acreedor puede, por todos los medios propios de un buen administrador, percibir los frutos del inmueble. Puede recogerlos, cultivando él mismo la tierra, o dando en arrendamiento la finca; puede habitar la casa que se le hubiese dado en anticresis, recibiendo como fruto de ella el alquiler que otro pagaría. Mas no puede hacer ningún cambio en el inmueble, ni alterar el género de explotación que acostumbraba el propietario, cuando de ello resultare que el deudor, después de pagada la deuda, no pudiese explotar el inmueble de la manera que antes lo hacía”. Si bien en nuestro

ordenamiento jurídico, no se ha regulado este derecho como en el caso argentino, sí se le reconocen al acreedor la misma facultad de percibir los frutos por usar directamente el predio o por darlo en arrendamiento; asimismo se le impone el límite de no realizar ningún cambio sustancial en el inmueble, salvo que extinguida la garantía el propietario pueda volver a usar el bien como lo hacía anteriormente.

- **Derecho a exigir el cumplimiento de la obligación principal:** El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación principal, aun cuando no se haya cumplido el plazo pactado, si el deudor no cumple con entregar el inmueble, si el deudor no es el propietario del bien, o si el bien entregado no era el afectado con la garantía (Arias-Schreiber Pezet, Max; y otros, 2011).
 - **Derecho a exigir el reembolso de los gastos efectuados:** El acreedor tiene derecho al reembolso de las mejoras que hubiera hecho, siempre y cuando hubiera contado con la autorización del propietario.
 - **Derecho de retención:** De acuerdo a Jorge Mustio (2000) esta facultad es el eje sobre el que descansa el derecho real de anticresis y le otorga eficacia a este derecho. Por este derecho el acreedor tiene la facultad de retener el bien hasta que se cancele la deuda total, ante un eventual incumplimiento; sin embargo, no se encuentra permitido que el acreedor retenga el bien por una deuda diferente a la garantizada con la anticresis.
 - **Derecho de venta:** En caso de un incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede pedir la realización judicial del inmueble; sin embargo, algunos autores consideran que el acreedor puede vender el bien directamente sin intervención judicial, ya que el artículo 1096 del Código Civil señala que se deben aplicar las reglas de la prenda, la cual sí permitía la venta directa del bien mueble.
- b) **Obligaciones.-** El beneficiario de la anticresis tiene las siguientes obligaciones:

- **Obligación de restituir el bien:** Al ser la anticresis un derecho real sobre cosa ajena, el acreedor solo tiene derecho a conservar la posesión del bien mientras subsista la obligación principal, una vez extinguido el derecho el acreedor debe devolver el bien al propietario, en el estado en que lo recibió sin más desgaste que el causado por el uso ordinario (González, 2007).
- **Obligación de conservar el bien:** El acreedor tiene el deber de conservar y administrar el bien de manera diligente y usarlo según su destino, sin contravenir el orden público y las buenas costumbres (Arias-Schreiber Pezet, Max; y otros, 2011).

6. Derechos y obligaciones del deudor anticrético

a) **Derechos.-** Son derechos del deudor anticrético o constituyente de la anticresis:

- **Derecho de ejercer todos los poderes inherentes a la propiedad:** El propietario del bien tiene el derecho de ejercer todos sus derechos de disposición y gravamen, que no sean incompatibles con la anticresis constituida.
- **Derecho a la devolución del inmueble:** Una vez vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación principal, y pagado el dinero mutuado por el acreedor, el deudor tiene el derecho de exigir la restitución del bien y de todos sus accesorios.
- **Derecho de velar por el uso correcto del bien:** El propietario tiene el derecho de supervisar el uso y explotación correctos del bien, en consecuencia podrá inspeccionarlo y exigir que se le rinda cuentas de manera periódica.

b) **Obligaciones.-** Son obligaciones del deudor anticrético:

- **Obligación de entregar el bien inmueble:** Esta es la obligación principal del anticresista, ya que si no entrega el bien y permite que el acreedor permanezca en posesión durante toda la duración del contrato, el contrato no surtirá efectos y se dará por concluido.

- **Obligación de no interferir en el uso y disfrute del bien por parte del acreedor:** El propietario debe abstenerse de cualquier injerencia sobre el uso y disfrute que hace el acreedor sobre el inmueble, pese a ser el propietario.
- **Obligación de reembolsar las mejoras:** El deudor tiene la obligación de reembolsar al acreedor por las mejoras introducidas en el bien, una vez concluido el contrato de mutuo con garantía anticrética, siempre que hubieran sido autorizadas por el propietario.

III. ANÁLISIS

1. Incidencias

Realizada la investigación, se pudo advertir que existen pocos libros que abordan el tema de la anticresis, solo encontramos trabajos que –en general– tratan el tema de los derechos reales, lo que dificulta el análisis doctrinal de la figura en cuestión.

Revisados algunos casos que fueron examinados por la primera y segunda instancia registral, consideramos que los defectos más comunes que se presentan en los títulos de anticresis, son los siguientes:

- Que el constituyente no figura como titular registral, por lo existiría falta de tracto sucesivo.
- Que pese a existir copropiedad la anticresis solo es constituida por uno de ellos.
- Que no se indica la renta ni el interés pactado.
- Que la anticresis se constituye solo sobre una parte del predio, sin haberse independizado previamente.
- Que se solicita inscribir anticresis sobre acciones y derechos, equiparándolo a la hipoteca, a fin de evitar que se le solicite la independización.

- Que no se observa la formalidad establecida en el Código Civil, lo cual acarrea que se tache sustantivamente el título presentado.

Entre las dudas más frecuentes al revisar un título referido a una anticresis, podemos citar las siguientes:

- Si no indicar la renta del inmueble o el interés pactado acarrea la nulidad de la anticresis, ya que ello no resulta claro de la redacción del artículo 1092 del Código Civil.
- Si al celebrarse la anticresis solo sobre una parte del predio, resulta necesario que dicha área sea independizada, o si es suficiente que esta área se encuentre plenamente identificada en el título, con lo cual se descarta la posibilidad de que la misma área sea afectada dos veces a favor de diferentes acreedores.
- Si se puede pactar la compensación de la renta con los intereses y con el capital.

2. Información de Registros Públicos

Para poder tener una idea más amplia sobre el uso de la anticresis en el Perú, se solicitó información a los Registros Públicos, respecto a los diez últimos años y sectores en el territorio nacional. Así se obtuvo la siguiente información: (ver anexos).

Como se aprecia de la información obtenida, no se puede concluir que la figura de la anticresis no sea usada en nuestro país, ya que como vemos en ciudades como Arequipa, Cusco, Huánuco, Huancayo, Trujillo y en la misma Lima sí se usa la anticresis, aunque no sea de manera tan frecuente como sucede con otras figuras.

También se puede advertir que el uso de la anticresis se da mayormente en ciudades en las que existe un desarrollo tanto de zona urbana como de la zona rural, como sucede en el caso de la ciudad de Arequipa y Cusco.

Otro punto que llama la atención es que pese a que se niega el uso de la anticresis en Lima, esta sí se da; si bien las cifras que se indican no son muy altas, superan a las que se mencionan para otras ciudades.

Esto resulta contradictorio, pues justamente en Lima se plantea la idea de que la anticresis es una figura obsoleta.

3. Resoluciones emitidas por el Tribunal Registral

Revisadas algunas resoluciones emitidas por el Tribunal Registral, podemos resaltar las siguientes:

- **Resolución N° 422-2009-SUNARP-TR-A de fecha 02/12/2009 expedida por la Quinta Sala del Tribunal Registral**

Sumilla: “La anticresis es un derecho real constituido *intuitu personae*, pues el constituyente –deudor– ha transferido la posesión y administración del inmueble teniendo en cuenta las cualidades personales del acreedor, por tanto, no puede ser cedida, salvo que cuente con el consentimiento del deudor”.

En dicho título se solicitó la inscripción de la cesión de anticresis para lo cual se adjuntó la escritura pública correspondiente. La registradora observó el título señalando que en la escritura de constitución de anticresis no se estipuló ninguna cláusula que faculte la cesión de anticresis, además que en la cesión no había intervenido la cónyuge del acreedor.

El apelante basa su apelación en la libertad contractual, siendo que mientras no se haya establecido ninguna prohibición a la cesión de la anticresis, las partes se encuentran facultadas para cederla. Sobre la intervención de la cónyuge señala que no se está ante un caso de disposición de bienes, por lo que no es necesaria.

En los considerandos expuestos en dicha resolución, el Tribunal manifiesta que de conformidad con el artículo 1094 del Código Civil resultan aplicables a la anticresis las reglas del arrendamiento, siendo que las obligaciones del acreedor son las mismas que las del arrendatario, salvo la de pagar la renta. En tal sentido, resulta aplicable el artículo 1681 del Código Civil, la que establece que el

arrendatario no puede subarrendar el bien ni ceder el contrato sin el asentimiento del arrendador. Por lo tanto, al ser la anticresis un derecho real constituido *intuitu personae* no puede cederse sin la autorización del deudor.

Sobre el otro punto de observación, el Tribunal sostuvo que, de conformidad con el artículo 1206 del Código Civil, la cesión es un acto de disposición, y siendo que los créditos y las garantías reales pueden ser transferidos, corresponde aplicar el artículo 315 del Código Civil, por lo que resulta necesaria la intervención de la cónyuge.

Por lo expuesto, el Tribunal confirmó la observación.

Dicha resolución se encuentra basada en preceptos legales y, como se señaló en el marco teórico de este trabajo, es imprescindible que se cuente con el asentimiento del deudor para ceder una anticresis, pues con ella se ceden atributos de la propiedad. De la misma forma, es necesario que para transferir un bien de una sociedad conyugal, ambos cónyuges intervengan.

- **Resolución N° 510-2012-SUNARP-TR-L de fecha 30/03/2012 expedida por la Segunda Sala del Tribunal Registral.**

Sumilla: “No es inscribible la anticresis si en el título constitutivo no se ha indicado los intereses y la renta que genera el inmueble, salvo que se haya estipulado expresamente cláusula compensatoria en que los intereses y/o el capital se compense con la renta que genere el inmueble”.

En dicho título se solicitó la inscripción de una anticresis para lo cual se adjuntó la escritura pública correspondiente. La registradora observó el título en virtud del artículo 1092 del Código Civil y el artículo 101 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, siendo necesario que se precise la renta del inmueble. Cabe señalar que en el título se señaló que el mutuo no devengará intereses.

El apelante señala que del contrato se puede colegir que el pago del interés y de la renta se compensan, por tanto se debe levantar la observación planteada.

El Tribunal, luego de revisar el título, advierte que con relación a los intereses no se verifica que se trate de una cláusula compensatoria por cuanto no se ha precisado que los intereses se compensan con la renta que genere el inmueble, sino por el contrario, se ha fijado que el mutuo no genera intereses y que las rentas se aplicarán a la amortización del préstamo, por lo que es necesario conocer la renta, ya que de no establecerla no sería posible aplicarla a la amortización del préstamo.

Por lo expuesto, el Tribunal confirmó la observación.

Dicha resolución afronta uno de los mayores problemas que se da en torno a la anticresis, ya que el artículo 1092 del Código Civil se presta a dos interpretaciones: la primera, que la falta de un pacto en el cual se señale el interés y la renta trae consigo la nulidad de la anticresis; la otra postura entiende que lo único que se encuentra sancionado con la nulidad es la falta de la escritura pública. La registradora y el Tribunal se adhieren a la última de las posiciones detalladas.

CONCLUSIONES

1. La anticresis es una garantía real que ha venido decayendo en su aplicación ante otras instituciones que garantizan obligaciones (créditos), pese a ello es imposible desconocer que esta figura sigue siendo empleada en muchos sectores de nuestra sociedad, solo que de forma irregular e informal. Así, encontramos diversos anuncios que ofertan entregar casas o departamentos en anticresis, esto se da principalmente en las ciudades.

En los sectores menos acomodados también se sigue manteniendo esta figura, sobre todo en aquellos donde el colectivo es menor e incluso las relaciones son más cercanas y hay altos niveles de confiabilidad. No se puede legislar únicamente analizando y evaluando el sector formal y de las ciudades (básicamente la ciudad capital),

ya que debemos reconocer la apremiante necesidad de aquellos sectores que aún no tienen el título de propiedad de sus viviendas o chacras, que no acceden al Registro, que pese a las dificultades que enfrentan generan movimientos de capitales y que necesitan de instituciones que viabilicen la dinámica de su entorno social y económico.

En aquellos lugares se sigue usando la anticresis, sin embargo no con la formalidad que establece nuestro Código. Por lo tanto, para plantear una reforma y decidir eliminar una figura jurídica se debe realizar un estudio minucioso, no basta sentarse en un escritorio y establecer a priori que tal o cual institución está desfasada. Mediante este trabajo hemos encontrado que la anticresis sigue viva y que hay un sector de la población que la sigue empleando.

2. Del cuadro facilitado por la Sede Central de la Sunarp encontramos que la anticresis sigue siendo usada en diversas provincias de nuestro país, lo cual refleja un dato muy importante, tomando en cuenta que la información vertida se refiere únicamente a aquellas anticresis que cumplen con niveles de formalidad y desean la protección registral.

Así tenemos que en los últimos 10 años se presentaron 4,003 títulos de anticresis en Arequipa, y que de estas solo 2,570 llegaron a acceder al registro, es decir, un poco más de la mitad de los títulos presentados, lo cual nos lleva a concluir que existen serias falencias en la normativa o en la regularización de los predios, pues 1,314 fueron materia de tacha y 270 fueron tachados sustantivamente.

Cabe resaltar que Arequipa es la zona con mayor cantidad de solicitudes de inscripción de anticresis; le siguen Cusco, Huánuco, Lima, Huancayo y Trujillo.

En las demás zonas del país existen títulos presentados en menor cantidad, siendo la zona sur la que presenta, en pequeña escala, mayor movimiento en torno a la anticresis, pues se dan en diversas provincias cantidades oscilantes entre 50 a 80 títulos presentados.

Convendría ahondar los estudios en dichas zonas, a fin de fortalecer una institución que sigue siendo utilizada, mejorando los defectos de los que adolece.

3. De lo analizado tenemos que el principal obstáculo viene dado por la exigencia de la escritura pública al constituir la anticresis, si bien este requisito se debe mantener para que acceda al Registro, no debe ser obligatorio para aquellas personas que desean celebrar una anticresis y que no desean que acceda al Registro, como sucede en otras legislaciones como la argentina y la española.

Esto sería sumamente beneficioso, pues ante el incumplimiento estarían expeditas para acudir al Poder Judicial y solicitar se asegure su pretensión. Actualmente, se pueden encontrar sentencias que desconocen el derecho de anticresis por no cumplir con la formalidad establecida en el Código Civil, lo que conlleva vulnerar los derechos de los acreedores, tratándolos como poseedores ilegítimos, creando mayor informalidad.

Otro tema que se presenta es el alto costo que genera elevar un contrato a escritura pública, más aún si tenemos en cuenta que en mayor grado la anticresis es celebrada sobre predios rurales cuyos propietarios domicilian en zonas alejadas de la jurisdicción de un notario, teniendo que incurrir en gastos de transporte, alojamiento, alimentación que son adicionales a los gastos del otorgamiento mismo de la escritura pública, y que a veces son asumidos íntegramente por el deudor al encontrarse en una posición más apremiante por la necesidad de obtener el dinero que va a ser mutuado. Por otro lado, tenemos que los que optan por otorgar sus escrituras públicas ante los jueces de paz que intervienen en ausencia de los notarios, muchas veces tampoco tienen su derecho protegido, ya que ante el desconocimiento de las partes y del mismo juez de paz que es un vecino de la ciudad, los contratos no son otorgados con todas las formalidades requeridas, como sucede muchas veces cuando en las escrituras imperfectas no intervienen los dos testigos –vecinos del lugar– que se exige, lo cual ocasiona que el contrato sea válido.

Un problema adicional a la inscripción es la carencia de un título de propiedad, la ausencia de regularización del dominio en una partida

registral o la omisión de inscripción de subdivisiones o desmembraciones, es decir, falta regularizar el tracto en las partidas registrales.

4. La normativa que gira en torno a la anticresis es poco clara, así encontramos que en los propios operadores jurídicos y doctrinarios existen dudas si la ausencia de pacto sobre el interés y la renta conlleva o no la nulidad de la anticresis, al existir diversas interpretaciones de la redacción del artículo 1092 del Código Civil.

Otro problema que se enfrenta es que el legislador al momento de establecer las normas de la anticresis la asimiló a otras figuras, como el arrendamiento y la prenda. Dicha institución debe tener normas propias, más aún si tenemos en cuenta que la prenda ha sido eliminada de nuestra legislación, y no se tiene claro hasta qué punto pueden ser aplicadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VI, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; ARIAS-SCHREIBER M., Angela; y MARTÍNEZ COCO, Elvira. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Tomo IV, Fecat, 1996.
- GILBERTO VILLEGAS, Carlos. *Las garantías del crédito*. Tomo II. 3ª edición, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- GONZÁLEZ LINARES, Nerio. *Derecho Civil Patrimonial - Derechos Reales*. Palestra, Lima, 2007.
- JORGE MUSTO, Néstor. *Derechos Reales*. Astra, Buenos Aires, 2000.
- MURO P., A. *Manual de Derechos Reales de Garantía*. Librería y Ediciones Jurídicas, 1999.

- PALACIOS CASTILLO, Emma. “Las limitaciones al derecho de propiedad”. En: *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*. Vol 8, N° 2, Facultad de Derecho de la UNMSM, diciembre, 2006.
- VÁSQUEZ RÍOS, A. *Derechos Reales de Garantía*. Editorial San Marcos, Lima, 2007.

ANEXO

TÍTULOS RELATIVOS A LA ANTICRESIS

Zona registral N° I

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Piura	3	3	0	0	0
Sullana	1	3	0	0	0

Zona registral N° II

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Jaén	4	2	2	0	0
Bagua	47	27	19	4	0
Chota	2	1	1	0	0
Chiclayo	20	12	7	2	0
Cajamarca	22	7	15	6	0
Chachapoyas	4	2	2	1	0

Zona registral N° III

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Moyobamba	1	1	0	0	0

Zona registral N° V(*)

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Chepén	1	1	0	0	0
Otuzco	3	3	0	0	0
Trujillo	265	209	36	11	0
San Pedro	2	1	1	0	0
Huamachuco	1	1	0	0	0

Zona registral N° VI

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Ucayali	1	1	0	0	0
Pucallpa	6	5	1	0	0

Zona registral N° VII

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Casma	6	4	2	0	0
Huaraz	83	51	27	5	0
Chimbote	4	3	1	1	0

Zona registral N° VIII

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Pasco	40	25	12	1	0
Tarma	2	1	1	0	0
Satipo	6	5	1	0	0
Huánuco	565	350	200	32	0
Huancayo	288	164	115	36	0
Tingo María	53	36	14	4	0
Selva Central	6	6	0	0	0

(*) No se ha recopilado información sobre la Zona Registral N° IV - Sede Iquitos.

Zona registral N° IX

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Lima	407	230	171	32	3
Callao	26	18	8	2	0
Cañete	8	1	6	1	0
Huacho	3	1	1	0	0

Zona registral N° X

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Cusco	792	380	399	63	0
Abancay	22	3	18	5	0
Sicuani	17	3	14	2	0
Quillabamba	69	23	44	5	0
Madre de Dios	25	13	9	1	0

Zona registral N° XI

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Ica	12	2	8	0	0
Nazca	7	5	2	0	0
Pisco	1	1	0	0	0
Chincha	1	1	0	0	0
Ayacucho	82	41	39	12	0
Andahuaylas	13	5	8	3	0
Huancavelica	6	2	4	2	0

Zona registral N° XII

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Aplao	63	34	29	5	0
Islay	46	18	28	2	0
Camaná	64	26	35	11	0
Arequipa	4003	2570	1314	270	4

Zona registral N° XIII

OFICINA	PRESENTADOS	INSCRITOS	TACHADOS	TACHA SUSTANTIVA	PASE TRIBUNAL
Ilo	59	44	9	4	0
Puno	89	35	53	11	0
Tacna	136	110	14	1	0
Juliaca	94	47	45	12	0
Moquegua	70	45	16	2	0

¿La cobertura de la hipoteca y del embargo puede sobrepasar el monto del gravamen inscrito en el registro?

Jimmy J. RONQUILLO PASCUAL^(*)

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que se viene presentando en la ejecución de afectaciones judiciales (embargos) o extrajudiciales (hipotecas) se encuentra en determinar si frente a la deuda cuyo pago se pretende, el bien afectado debe responder por el monto total de la deuda (capital, intereses, costas y costos), aun cuando haya superado el monto de la afectación (que es lo que pretenderá el acreedor) o solo lo hará hasta el monto de la afectación que aparece inscrito en el Registro (que es lo que pretenderá el deudor, sus otros acreedores o los adquirentes del bien y, en el caso específico de la hipoteca, además de los ya mencionados, el eventual garante).

El presente trabajo estará orientado a dar una respuesta a este problema, el mismo que dista mucho de ser meramente académico, sino que

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho (con mención en Derecho Civil) por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Juez Superior en la Corte Superior de Justicia de Lima. Asistente de docencia de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la mencionada casa de estudios.

tiene importantes consecuencias prácticas, y no solo para las partes del proceso, pues dependiendo de la posición que se adopte pueden haber terceros seriamente perjudicados.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la etapa de ejecución de los procesos judiciales tendientes al cobro de un crédito, y luego de practicada la liquidación de los intereses, las costas y los costos del proceso, es común encontrar que el monto de lo adeudado (capital más intereses, costas y costos) ha sobrepasado el monto del gravamen inscrito en los Registros Públicos, sea que este último provenga de una hipoteca o de un embargo.

Así, por ejemplo, para garantizar un crédito de \$ 80,000.00 se constituye una hipoteca hasta por el monto de \$ 100,000.00 (pues, como resulta lógico, las partes buscan garantizar el pago no solo del capital, sino también de los intereses y eventuales gastos judiciales) sobre un inmueble valorizado en \$ 300,000.00; sin embargo, una vez practicada y aprobada por el juzgado la liquidación de intereses, costas y costos del proceso, esta podría ascender a \$ 40,000.00, con lo que el monto total de la deuda sería \$ 120,000.00, monto que supera en \$ 20,000.00 al gravamen hipotecario. Del mismo modo, si dentro de un proceso judicial el demandante pretende el cobro de una suma ascendente a \$ 80,000.00 (capital) más intereses, costas y costos del proceso, el juez podría conceder un embargo sobre algún bien del deudor y, atendiendo a la presencia de estos tres últimos conceptos, establecería como monto de afectación la suma de \$ 100,000.00; sin embargo –al igual que en el supuesto anterior– una vez practicada la liquidación de intereses, costas y costos del proceso, el monto total de la deuda podría ascender a \$ 120,000.00, con lo que se supera el monto de la afectación en \$ 20,000.00.

Entonces, como ya lo adelantamos, se generan las siguientes interrogantes: ¿el monto del gravamen (sea que provenga de una hipoteca o de un embargo) constituye el tope máximo hasta donde responderá el bien afectado? ¿o es que si el monto total de la deuda supera al monto del gravamen, este debe dejarse de lado, y el bien afectado responderá hasta por aquella suma?

Frente a dicha problemática, podemos elegir entre dos sistemas, a los que podríamos denominar:

- a) **Sistema de afectación indefinida.**- La afectación judicial o extrajudicial asegura ilimitadamente todos los intereses que devengue el crédito que se pretende garantizar, así como todos los gastos judiciales que se hayan realizado hasta su efectiva satisfacción.
- b) **Sistema de tope máximo.**- La afectación judicial o extrajudicial únicamente se extiende a garantizar determinada suma a la que se denominará monto del gravamen o monto de la afectación y que será publicitada en el Registro Público.

II. LA TESIS DE UN SECTOR DE LA JURISPRUDENCIA: LA COBERTURA DE LA HIPOTECA Y DEL EMBARGO SÍ PUEDE SUPERAR EL MONTO DEL GRAVAMEN INSCRITO

Un sector de nuestra jurisprudencia sostiene que el inmueble hipotecado o embargado debe responder por el monto total de la deuda, aun si este supera el monto del gravamen que aparece inscrito en el registro.

En relación con la hipoteca, dicho sector de la jurisprudencia fundamenta su decisión en lo prescrito por el artículo 1107 del Código Civil (en adelante, CC): “La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio” (es necesario precisar que dentro de este último concepto se entiende no solo a las costas, sino también a los costos del proceso)⁽¹⁾, pues se entiende que si el crédito aumenta, como consecuencia de los intereses y gastos judiciales, la hipoteca debe también cubrir dicho incremento; en otras palabras, la hipoteca cubre sin límite el crédito, los intereses que este genere y los gastos efectuados para su satisfacción⁽²⁾.

(1) Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos de tramitación judicial (artículo 410 del CPC); mientras que los costos comprenden el honorario del abogado de la parte vencedora y un porcentaje para el Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo (artículo 411 del CPC).

(2) En ese sentido, pueden verse, por ejemplo: Casación N° 2609-01-Cusco: “Habiéndose garantizado en la Escritura Pública a que se ha hecho referencia en los considerandos anteriores, las obligaciones que pudiera tener el deudor en forma directa e indirecta, y

Mientras que, en lo que concierne al embargo, tal postura se basa en el artículo 727 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) que establece que: “La ejecución forzada concluye cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o con la adjudicación, o si antes el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses exigidos y las costas y costos del proceso”, de donde el sector jurisprudencial en cuestión entiende que una vez iniciada la etapa de ejecución, el embargo no puede levantarse sino hasta que se haya cancelado el monto total de la deuda, aun cuando este exceda el monto de la afectación⁽³⁾. Es menester

habiéndose pactado adicionalmente que la hipoteca garantizaba igualmente, toda obligación del deudor a favor del banco por intereses compensatorios y moratorios, en su caso, las comisiones y/o impuestos que fueran precedentes y eventuales, aun cuando por estos conceptos la responsabilidad del deudor excediera de la suma hipotecada, sí es factible que la ejecutante pretenda el pago de una suma mayor, en este caso de veinticinco mil trescientos dieciséis dólares con setenticuatro centavos de dólar como se ha solicitado, por haberse pactado expresamente en el aludido contrato”, publicada en diario oficial *El Peruano*, el 31 de enero de 2005, p. 13531; Expediente N° 5773-99: “El artículo 1107 del Código Civil, establece que la hipoteca cubre tanto el capital de los intereses que le devengan las primas del Seguro pagado por el acreedor y las cortes del juicio, que siendo ello así, el pago efectuado por la demandante, no resulta suficiente, para ordenarse el levantamiento y el gravamen hipotecario, ya que el haberse efectuado esta con fecha 2 de octubre de 1996, esto es luego de vencidos en exceso, las obligaciones de pago contenidas en la cláusula cuarta del referido documento, resulta evidente que el mismo ha generado intereses y mientras no se cancele estos no puede ordenarse el levantamiento de hipoteca ya que el demandante tiene que pagar todos los conceptos que la misma ocupa”, resolución de fecha 12 de abril de 2000, expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima.

- (3) Expediente N° 222-2013: “(...) En el cuaderno cautelar por Resolución N° 01, de fecha 22 de abril de 1998 (fs. 03), **se ordenó trabar embargo en forma de inscripción hasta por la suma de US\$ 16,000.00 dólares americanos**, sobre el inmueble de propiedad de los demandados (...) Luego, en la etapa de ejecución, los ejecutados mediante escrito de fecha 20 de julio de 2012 (fs. 121), **presentan el Certificado de Depósito Judicial N° 2012001301950, por la suma de US\$ 16,000.00 dólares americanos, y solicita se de por cancelada la deuda puesta a cobro; y, US\$ 100.00 dólares americanos, mediante Certificado de Depósito Judicial N° 2012005801240, por los posibles costas y costos del proceso, solicitan además la suspensión del remate público ordenado.** Por escrito de fecha 9 de julio de 2012 (fs. 125 y 126), los ejecutados solicitan se levante el embargo en forma de inscripción respecto del referido inmueble (...) **Cuarto: Ahora bien, en el caso de autos, estando a que el embargo en forma de inscripción hasta por la suma de \$ 16,000.00 dólares americanos, fue trabado en la etapa de ejecución, este a criterio del suscrito, responde por la ejecución del íntegro de lo ordenado en la sentencia emitida en autos (el pago solidario al ejecutante de la suma de US\$ 13,000.00 dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de pago, más intereses, gastos, costas y costos del proceso), el cual ha ingresado a la ejecución forzada (arts. 619, 716 y 725 del CPC). Consecuentemente, el Colegiado es del criterio que no se puede ordenar el levantamiento del embargo trabado por Resolución N° 01, de fecha 22 de abril de 1998 (fs. 03), hasta que se cumpla con ejecutar todos los**

anotar que esta norma también es invocada a efectos de sostener que la cobertura de la hipoteca puede sobrepasar el monto del gravamen.

En los casos planteados, la afectación judicial (embargo) o extrajudicial (hipoteca) no se levantará sino hasta que se hayan cancelado los \$ 120,000.00, independientemente de que la afectación se haya realizado solo hasta por la suma de \$ 100,000.00 (monto del gravamen); e igualmente, una vez rematado el bien, este responderá por el monto total de la deuda, lo que significa que el acreedor podrá cobrarse directamente de las resultas del remate los \$ 120,000.00.

Como puede verse, este sector de la jurisprudencia adopta el sistema de afectación indefinida.

III. NUESTRA OPINIÓN: LA COBERTURA DE LA HIPOTECA Y DEL EMBARGO NO PUEDE SUPERAR EL MONTO DEL GRAVAMEN INSCRITO

En nuestra opinión, la cobertura de la hipoteca⁽⁴⁾ o del embargo debe tener como límite el monto que aparece inscrito en el registro (monto del gravamen), de manera que esta será la suma máxima hasta donde responderá el bien afectado. Así, la hipoteca o el embargo serán levantados

extremos de la sentencia de fecha 1 de setiembre de 1997 (fs. 18); a la luz de lo dispuesto por los artículos 123 y 727 del Código Procesal Civil y artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **más aún si** como lo hace notar el juzgador en el sexto considerando de la resolución apelada, **se encuentra pendiente de liquidarse los montos correspondientes a los intereses, costas y costos procesales** ordenados en autos. Sostener lo contrario, significaría hacer ilusorio la ejecución plena de lo decidido en la sentencia y, de ese modo, vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional en su manifestación de ejecución eficaz y oportuna de las sentencias” (el resaltado es nuestro): Resolución N° 2 de fecha 2 de julio de 2013, expedida, en mayoría, por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

- (4) A nivel doctrinal, los autores únicamente se han ocupado de la cobertura de la hipoteca, mas no de la del embargo, existiendo posiciones encontradas. Así, están quienes consideran que la cobertura de la hipoteca está limitada al monto del gravamen: HURTADO REYES, Martín Alejandro. “¿La cobertura de la ejecución hipotecaria tiene como límite al monto del gravamen?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 230, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2013, pp. 106-111; CALLE TAGUCHE, Ricardo. “¿La cobertura de la hipoteca puede sobrepasar el monto del gravamen? Una cuestión problemática en nuestra jurisprudencia”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 235, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2013, pp. 52-58. Y también quienes consideran que la hipoteca cubre capital y accesorios sin límite: AVENDAÑO ARANA, Francisco. “La extensión de la hipoteca”. En: *Thémis Revista de Derecho*. N° 26, Segunda Época, 1993, pp. 85-93.

en caso de que se cancele el monto del gravamen y, en caso de que se haya rematado el bien y el monto total de la deuda supere el monto del gravamen, el acreedor solo podrá cobrar directamente la suma en que se traduce este último monto, mientras que el saldo impago deberá ser cobrado por medio de otros mecanismos que prevé la ley. Siendo así, resulta evidente que optamos por el que hemos denominado sistema de tope máximo.

La asunción de esta postura obedece a las razones que pasamos a exponer.

1. Fundamentos para considerar que la cobertura de la hipoteca y del embargo tiene como límite el monto del gravamen inscrito

- **La interpretación sistemática de los artículos 1107 y 1099 del Código Civil**

El artículo 1107 del CC regula los conceptos que pueden ser cubiertos por la hipoteca, los cuales vendrían a ser: el capital, los intereses, las primas, las costas y los costos del proceso. Ahora bien, la constitución de la hipoteca depende, entre otras cosas, de la observancia del principio de especialidad que se traduce en que solo pueden ser hipotecados bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados (especialidad en cuanto al crédito)⁽⁵⁾. En esta oportunidad nos interesa la especialidad en torno al crédito, la que, a su vez, tiene una doble manifestación, pues, en toda hipoteca debe precisarse, por un lado, la **materia** garantizada y, por otro, el *quantum* de lo asegurado; tal y como lo establece el artículo 1099 del CC de acuerdo con el cual, son requisitos de validez de la hipoteca, que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (inciso 2) y que el gravamen (suma

(5) Así nos lo explica Villegas: “El principio de especialidad de la hipoteca comprende tanto la especialidad en cuanto al inmueble, como respecto del crédito. Es decir, que al constituir la hipoteca no solo se debe respetar este principio en cuanto a la correcta individualización del inmueble, sino también en cuanto a la del crédito.

Este principio se ha establecido en resguardo de los intereses de terceros que deben conocer, por un lado, los inmuebles gravados y, por el otro, la cuantía del crédito garantizado”: VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Las garantías del crédito*. Tomo I, 2ª edición actualizada, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 366.

máxima por la que responderá el bien) sea de cantidad determinada (o determinable)⁽⁶⁾ y, además, se inscriba en el Registro (inciso 3).

Pues bien, de una interpretación sistemática de estas normas se desprende que los conceptos enunciados en el artículo 1107 serán comprendidos dentro de la materia garantizada por la hipoteca (inciso 2 del artículo 1099), pero el inmueble siempre responderá dentro del límite impuesto por el monto del gravamen (inciso 3 del artículo 1099)⁽⁷⁾. La deuda puede crecer, pero dicho crecimiento estará garantizado solo hasta por el monto del gravamen. En consecuencia, el artículo 1107 no afecta la idea de que el inmueble únicamente responderá hasta el monto del gravamen, pues

(6) Consideramos que ha sido un desacierto el hacer referencia a un gravamen de cantidad determinable (como también lo hacía el inciso 2 del artículo 1013 del CC de 1936), pues ello, lejos de cumplir con el principio de especialidad del crédito, genera inseguridad jurídica. Por el contrario, resultaba acertada la fórmula contenida tanto en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora (1980), como en el Proyecto de la Comisión Reformadora (1981) y en Proyecto de la Comisión Revisora (1984), que exigían un gravamen sea de cantidad determinada, sin espacio para un gravamen de cantidad determinable. Sin embargo, frente a la poco feliz fórmula legislativa vigente, la jurisprudencia –como no podía ser de otra manera– ha determinado los alcances de esta expresión, debiendo acogernos plenamente a ella: “Constituye un requisito de validez de la hipoteca que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable (inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil). En la cláusula décimo primera de la minuta **se fija como monto del gravamen la suma de US\$ 382,500.00 más intereses, comisiones y gastos. Estos últimos conceptos convierten en indeterminado dicho monto del gravamen.** En la Resolución N° 076-2005-SUNARP-TR-T esta Sala del Tribunal Registral expuso que **el monto del gravamen exige inexorablemente encontrarse determinado o ser determinable al momento mismo de la constitución de la garantía**, para posibilitar a los terceros (destinatarios de su protección) conocer en todo momento el límite de la responsabilidad del bien gravado. De admitirse lo contrario (la indeterminación ab initio), se colocaría a los terceros subadquirentes del inmueble hipotecado en una situación riesgosa, pues la incertidumbre acerca del tope de la responsabilidad hipotecaria del predio podría tornar ineficaz la garantía de los terceros, al agotar la primera hipoteca el valor de realización del inmueble. Esta situación resulta inaceptable en un sistema de garantías que por definición busca la certeza de lo que es objeto de cobertura. Por lo tanto, la Sala concluyó que: **“No es inscribible la hipoteca cuyo monto está determinado por una suma fija, más los intereses, las comisiones y los gastos devengados, pues con dicha fórmula el monto del gravamen resulta indeterminable”** (el resaltado es nuestro): **Resolución N° 115-2005-SUNARP-TR-T.**

(7) En recientes pronunciamientos nuestra Corte Suprema se ha inclinado por la postura que defendemos; así, por ejemplo, puede verse: Casación N° 1713-2007-LIMA: “Que, el monto de la obligación garantizada y el gravamen pueden coincidir, pero ambos son diferentes; presentándose en la mayoría de los casos diferentes montos o cantidades; de ahí que **en algunos casos el crédito garantizado es menor que el gravamen, para que cubra no solamente el capital, sino también los intereses, las primas de seguro y las costas de juicio que señala el artículo 1107 del Código Civil, pero en tal caso el bien solamente va a responder hasta por el monto del gravamen**” (el resaltado es nuestro): Publicada en diario oficial *El Peruano*, el 30 de noviembre de 2007, p. 21107.

no regula un aspecto de este, sino del crédito garantizado. Una cosa es la materia garantizada y otra la cuantía de la afectación.

- **Los verdaderos alcances del artículo 727 del Código Procesal Civil**

Frente a la solicitud de levantamiento de embargo o de hipoteca presentada por el deudor demandado, por un tercero adquirente o por el garante (este último solo en caso de una hipoteca), luego de haber consignado la suma que aparece en el Registro como monto de la afectación del bien; algunos jueces invocan el artículo 727 del CPC para rechazarla, por la razón de que el monto total de la deuda supera (en caso de que ya se haya practicado la liquidación de intereses, costas y costos) o podría superar (en caso de que aún esté pendiente la liquidación de los referidos conceptos) el monto del gravamen.

No compartimos tal razonamiento ya que mediante él se está haciendo decir a la norma algo que esta no dice. En efecto, lo que el artículo 727 del CPC prescribe es que la ejecución forzada no concluirá sino hasta que se cancele al acreedor el capital, los intereses y los gastos judiciales –solución que, dicho sea de paso, se condice con el principio de integridad del pago previsto en el artículo 1220 y en el primer párrafo del artículo 1221 del Código sustantivo–, mas no establece que las afectaciones tendientes a viabilizar el efectivo cumplimiento, no puedan ser levantadas. En efecto, aun cuando nos encontremos en etapa de ejecución, una hipoteca o embargo puede ser levantado si es que se ha cancelado el monto del gravamen⁽⁸⁾, pues nada impide que, dentro del mismo proceso, el acreedor obtenga nuevas medidas de ejecución⁽⁹⁾

(8) La jurisprudencia también lo entiende así: Expediente N° 62-1998-Lima: “El artículo 656 del Código Procesal Civil exige para ejecutar una medida de embargo en forma de inscripción, precisamente su anotación, en el registro del **monto de la afectación, la que restringe el derecho del embargante respecto a mantener la medida cuando se cumple con el pago de esta cantidad**, máxime su artículo 617 autoriza la variación de esta, inclusive en su monto” (el resaltado es nuestro): Tomada de: PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. Grijley, Lima, 2005, p. 603.

(9) Es pertinente precisar que una medida de ejecución (o medida ejecutiva) se diferencia de una medida cautelar, en que esta última es concedida antes (medida cautelar fuera del proceso) o durante la tramitación de un proceso hasta antes de la emisión de la sentencia y requiere la concurrencia de los requisitos de apariencia del derecho, peligro en la demora y contracautela; mientras que la primera es concedida en ejecución de sentencia sin que se exija la concurrencia de los citados requisitos, pues el demandante ya tiene el

para hacerse cobro del saldo que resulte impago, esto es, de la diferencia que existe entre el monto total de la deuda y el monto del gravamen (en nuestro ejemplo: \$ 20,000.00). Por lo demás, esta solución, por un lado, es coherente con un actuar diligente del acreedor, pues, es a este a quien le corresponde procurar que el monto del gravamen resulte suficiente para satisfacer el íntegro de su crédito, por lo que, de resultar insuficiente, previa liquidación de intereses y gastos judiciales, deberá solicitar la “ampliación” del embargo (en caso de que el monto del gravamen insuficiente provenga de un embargo) o la concesión de medidas de ejecución adicionales a la garantía (en caso de que el monto del gravamen insuficiente provenga de una hipoteca); y, por otro lado, es también coherente con otras normas del ordenamiento procesal que establecen que es el acreedor quien tiene las cargas de liquidar o instar la liquidación de los intereses y gastos judiciales (artículos 417 y 418 del CPC) y, de ser el caso, peticionar la ampliación del embargo (artículo 617 del CPC) o la concesión de medidas de ejecución adicionales (artículo 724 del CPC), según sea el caso.

- **La función del monto del gravamen o monto de la afectación**

En inmejorable definición se ha dicho que la hipoteca “es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento o la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquellos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en ese momento su poseedor o propietario. La hipoteca no exige, como otros derechos reales de garantía, que se produzca un desplazamiento de la posesión del bien gravado al acreedor garantizado”⁽¹⁰⁾. Asimismo, de acuerdo con el artículo 1099 del CC, para su constitución se requiere

derecho declarado a su favor y solo corresponde la ejecución de la decisión judicial, o puede, también, ser el resultado de la conversión de pleno derecho de una medida cautelar cuando se ha obtenido una sentencia estimatoria firme. Nótese que tanto la medida cautelar como la medida de ejecución son medidas originadas en una decisión jurisdiccional, esto es, constituyen afectaciones judiciales, a diferencia de la hipoteca que viene a ser una afectación extrajudicial.

(10) Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III: “Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral”. 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 509.

que el bien sea afectado por su titular (inciso 1), que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (inciso 2) y que el monto del gravamen sea de cantidad determinada y se inscriba en el Registro (inciso 3).

Mientras que el embargo no es un derecho real, ni tampoco un derecho de crédito, sino un acto procesal por el que se afecta un bien del deudor en un proceso, a fin de que el importe obtenido de la realización judicial de aquel sea aplicado a satisfacer el derecho de crédito del acreedor. Nos interesa, aquí, una de las modalidades del embargo, cual es, el embargo en forma de inscripción, respecto del cual el artículo 656 del CPC establece que, tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que esta resulte compatible con el título ya inscrito; y no impedirá la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito.

Como puede verse, hipoteca y embargo tienen una misma función, tutelar y efectivizar un derecho de crédito, empero, no es lo único que tienen en común y que nos interesa destacar: Nótese que ambos deben contar con un monto de afectación, es decir, con la especificación de una suma máxima por la que responderá el bien frente al acreedor, suma que debe aparecer publicitada en el Registro. Pues bien, este monto del gravamen o monto de la afectación cumple diversas funciones, importantes tanto para el acreedor, como para el deudor e inclusive para los terceros: **(i)** permite al acreedor publicitar su acreencia y hacer oponible su derecho; **(ii)** posibilita ajustar el nivel de afectación a las dimensiones de la obligación que se busca garantizar; **(iii)** permite al deudor o a un tercero, determinar la suma que deberá pagar a efectos de liberar el bien; **(iv)** permite que el bien soporte otras afectaciones judiciales o extrajudiciales; y **(v)** informa a los terceros interesados en el bien sobre el valor de las afectaciones que soporta y que deberán respetar.

- **La irrelevancia del dato del constituyente de la hipoteca**

Un sector de la jurisprudencia ha sosteniendo, también, una postura intermedia, según la cual, si la hipoteca ha sido constituida por el deudor principal, aquella cubre todo el crédito (principal y accesorios), aun por encima del monto del gravamen inscrito en el Registro; en cambio,

si la hipoteca ha sido constituida por persona distinta al deudor, aquella solo cubre hasta el monto inscrito.

Consideramos que tal postura no puede compartirse, ya que sin ningún sustento efectúa un trato diferenciado, brindando seguridad jurídica y respetando la vigencia de los principios registrales, únicamente en aquellos casos en los que el bien hipotecado es de propiedad de un tercero (garante hipotecario), mientras que mantiene la incertidumbre y la inobservancia de los mencionados principios, en aquellos casos en los que el bien hipotecado es de propiedad del deudor.

Por lo demás, nos queda claro que esta postura intermedia pensó únicamente en el interés que el garante hipotecario pudiese tener en liberar el bien (para lo cual le bastaría con cancelar la suma hasta por la cual afectó su bien); empero olvidó que este mismo interés lo puede tener el deudor principal o un tercero adquirente del bien. Solo así se explicaría el trato diferenciado que sugiere, pues, de haber previsto que tanto el garante como el deudor o un tercero adquirente, pueden tener el mismo interés en la liberación del bien –para cuyo efecto debería exigírseles lo mismo, esto es, el pago íntegro del monto del gravamen– no se habría realizado tal diferenciación.

Lo cierto es que es irrelevante si el constituyente de la hipoteca fue el deudor principal o no. Lo importante es que se cumpla con el principio de especialidad de la hipoteca, se observen los principios registrales y se facilite el tráfico inmobiliario.

- **Proporciona seguridad a los terceros interesados en el bien, estimula la diligencia del acreedor e impide confabulaciones**

La seguridad jurídica constituye uno de los fines del Derecho, de forma que este último viene a ser un instrumento orientado a garantizar que las relaciones sociales se desenvuelvan en un ámbito de orden y paz social donde todo sujeto sepa a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir y sepa, también, que esto ocurrirá necesariamente. Es más, “el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u

homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social”⁽¹¹⁾.

Hoy en día, la expansión del comercio y la intensificación del ritmo de las relaciones económicas, nos exigen hacer más ágil la circulación jurídica de los bienes, lo que determina un reforzamiento en la protección de aquellos sujetos que, actuando con la diligencia ordinaria y con la creencia razonada de que su actuación es conforme a Derecho, entablan sus relaciones o adoptan determinadas medidas o decisiones. Uno de los instrumentos en el que los sujetos pueden fundar su confianza es en la información publicitada en los Registros Públicos⁽¹²⁾, la que, en relación con la publicidad del monto de los gravámenes que recaen sobre determinados bienes, resultará muy relevante para que adopten sus decisiones (comprar, no comprar, comprar pero más barato, conceder al propietario del bien afectado un crédito no tan elevado como el inicialmente previsto o no concederle ninguno, trabar un embargo sobre el bien afectado o buscar bienes libres de afectación, etc.). Es por ello que el Derecho no puede desproteger aquellas conductas que se fundan en situaciones de hecho revestidas de una apariencia de solidez y rectitud, pues de hacerlo se ocasionarían efectos perjudiciales para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales⁽¹³⁾.

El respeto al monto de la afectación proporciona plena seguridad a los terceros que tengan interés en adquirir la propiedad del bien afectado o constituir sobre él algún otro derecho real (como, por ejemplo, una hipoteca) o embargarlo a fin de viabilizar la satisfacción de un crédito⁽¹⁴⁾.

(11) RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1970, p. 220.

(12) En tal sentido, se ha dicho que la “publicidad registral se justifica por ser el más eficaz instrumento de seguridad jurídica en la constitución, modificación y extinción de los Derechos reales sobre inmuebles”: MAZANO SOLANO, Antonio. *Derecho Registral Inmobiliario*. Volumen I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pp. 36 y 37.

(13) Así: DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, p. 13.

(14) Ya el profesor Arias-Schreiber –aunque limitándose al gravamen hipotecario– destacaba esta utilidad: “Al mencionarse que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable el legislador consagra el denominado principio de especialidad, conforme al cual resulta posible medir los alcances del gravamen, lo cual es trascendente para las partes y también para los terceros interesados en la constitución de sucesivas hipotecas sobre el mismo bien, todo lo cual se proyecta favorablemente en el desarrollo del crédito, facilitando su dinámica”: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de*

La tesis jurisprudencial que aquí se cuestiona ofrece el inconveniente de que, por desidia o mala fe del acreedor, se vayan acumulando intereses (y gastos judiciales), aumentando sucesivamente el monto por el que finalmente responderá el bien, lo que dificultará a los terceros contratar sobre el bien afectado o tomar la decisión de embargarlo o buscar otro bien del deudor que pueda garantizar suficientemente el pago de una acreencia, ya que no podrán determinar con exactitud el monto por el que responderá el bien, a efectos de descontarlo del precio o del valor del bien que está libre de deuda. En efecto, si se considera que el bien responde más allá del límite impuesto por el gravamen inscrito, ningún tercero se sentiría incentivado, por ejemplo, a comprar un bien afectado por una hipoteca o por un embargo, o a embargar o a constituir una hipoteca sobre un bien ya hipotecado o embargado, pues, corre el riesgo de que en la hipótesis de ejecución del bien, no exista ningún remanente a su favor, o de que, en caso desee liberar el bien del gravamen, tenga que cancelar un monto superior al que aparece publicitado en el Registro. Todo ello provoca clandestinidad, imprecisión e inseguridad.

En cambio si el límite de cobertura de la afectación es el monto del gravamen que aparece inscrito en el Registro, se eliminan estos desincentivos, peligros e inseguridades; pues, el comprador (del bien hipotecado o embargado), el acreedor hipotecario y/o el acreedor embargante, ya saben a lo que pueden exponerse como máximo y, por ello, los dos primeros no dejarán de contratar, y el tercero, de embargar. En el caso de la adquisición de un bien hipotecado, nuestra jurisprudencia así lo ha entendido: “Que, igualmente, la diferencia entre el crédito garantizado y el gravamen explica la responsabilidad que debe soportar el bien, hipotecado **cuando el mismo es adquirido por un tercero, extendiéndose la responsabilidad sobre el bien solamente hasta por el monto del gravamen o afectación**”⁽¹⁵⁾ (el resaltado es nuestro); mientras que, en el

1984. Tomo VI: “Derechos reales de garantía”, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 191. En ese mismo sentido, se ha dicho que: “La doctrina tradicional sobre la especialidad respecto del crédito aludía a que el gravamen se debía constituir en garantía de una suma de dinero cierta y determinada, exigencia impuesta tanto a favor del deudor como de los terceros a quienes les interesa conocer el monto de lo adeudado a otros acreedores para informarse de la solvencia del deudor y que está fundado en razones de seguridad”: VILLEGAS, Carlos Gilberto. Ob. cit., p. 367.

(15) Casación N° 1713-2007-Lima, publicada en diario oficial *El Peruano*, el 30 de noviembre de 2007, p. 21107.

caso de la adquisición de un bien embargado, además del respaldo jurisprudencial, contamos con una norma que consagra explícitamente esto, como es el artículo 656 del CPC que estipula que: “(...) Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor **asume la carga hasta por el monto inscrito (...)**” (el resaltado es nuestro).

Por lo demás, esta postura, por un lado, estimula la diligencia del acreedor, quien estará pendiente de la correspondencia entre el monto del gravamen y el monto de la afectación y procurará efectivizar su crédito lo más pronto posible (recuérdese que la liquidación de intereses y gastos judiciales le corresponden a este), y por otro, impide que deudor y acreedor se confabulen en contra de un posterior adquirente o acreedor, presentando como no pagados intereses que en realidad ya lo están.

- **Permite al deudor obtener nuevos créditos y responder frente a otros, ya que sobre un mismo bien se podrán constituir varias afectaciones**

La regla de que el bien solo responderá hasta por el monto del gravamen, permite que el deudor pueda obtener nuevos créditos, siendo estos respaldados en el mismo bien que fuera anteriormente afectado y, en consecuencia, permitirá, además, que sobre un mismo bien se constituyan varias afectaciones, evidentemente, si el valor del bien lo permite.

Esta consecuencia es coherente con nuestro sistema jurídico, pues, este permite que sobre un mismo bien se constituyan sucesivas afectaciones, las que tendrán preferencia por su antigüedad de acuerdo a la fecha en que accedieron al Registro (artículo 2016 del CC). Así, por ejemplo, si tengo un inmueble valorizado en \$ 150,000.00 y obtengo un crédito por \$ 30,000.00, constituyendo una hipoteca sobre dicho bien cuyo monto de cobertura (previando el pago de intereses y eventuales gastos judiciales hasta la efectiva satisfacción del préstamo) asciende a la suma de \$ 45,000.00; y luego necesito un nuevo crédito por \$ 40,000.00, podría constituir una nueva hipoteca sobre el mismo inmueble, dado que si bien comprometí \$ 45,000.00, puedo aún comprometer la diferencia, estableciendo como monto de gravamen de la segunda hipoteca: \$ 55,000.00. Si adicionalmente tengo un acreedor quirografario por \$ 20,000.00 frente al cual incumplo mi obligación, este, dentro de un proceso judicial, podrá –y tendrá interés en hacerlo, dado que el bien aún conserva capacidad

de respuesta— trabar un embargo en forma de inscripción sobre el mismo inmueble, fijándose como monto de afectación (considerando intereses y gastos judiciales) la suma de \$ 30,000.00. Esto solo será posible porque el segundo acreedor hipotecario y el acreedor quirografario, tienen la certeza de que el inmueble que afectan para garantizar sus créditos solo responderá frente a el o los acreedores anteriores, hasta por los montos de los gravámenes fijados en cada afectación; ya que si el inmueble tuviese que responder más allá de dichos montos, el segundo acreedor hipotecario no hubiese contratado y el acreedor quirografario hubiese preferido afectar algún otro bien del deudor.

Así, el sistema de tope máximo permite a los terceros conocer la parte del valor del inmueble que se encuentra inafecto por deudas y hace posible al deudor (o al garante hipotecario) propietario del bien afectado, obtener nuevos créditos garantizables con el mismo bien⁽¹⁶⁾.

- **El acreedor puede obtener la satisfacción íntegra de su acreencia utilizando los mecanismos legales correspondientes**

El respeto al monto de la afectación no implica que el acreedor no logre la satisfacción íntegra de su crédito, pues, para ello, cuenta con mecanismos legales a su disposición, como son, las distintas medidas judiciales previstas por nuestro Código Procesal Civil. Antes bien, el sistema de tope máximo —como hemos visto— estimula un actuar diligente por parte del acreedor a quien le corresponderá velar por la correspondencia entre la deuda total y el monto de la afectación y, de ser el caso, solicitar las referidas medidas. Veamos.

Si el acreedor cuenta con una hipoteca sobre un determinado inmueble del deudor y observa que, por el transcurrir del tiempo y las incidencias procesales suscitadas, el monto total de la deuda ha superado al monto del gravamen, deberá solicitar, por ejemplo, un embargo sobre el mismo

(16) En tal sentido se ha sostenido que: “[L]a especialidad del crédito garantizado hipotecariamente consiente a los terceros conocer la causa y el monto del mismo y la parte por la cual el bien hipotecado está libre de deudas; y hace posible al deudor obtener otros créditos, garantizables sobre el mismo bien”: MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Prólogo de VITTORIO NEPPI, Tomo IV: “Derecho de las obligaciones. Parte General”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 100.

bien o sobre otros bienes del deudor, a fin de respaldar la efectiva satisfacción de la suma que supere al monto del gravamen. De igual forma, a la luz del artículo 724 del CPC, podemos afirmar que: si el bien hipotecado es de propiedad del deudor principal y ya se remató, del dinero obtenido a consecuencia del remate, el acreedor solo cobrará su acreencia hasta el monto del gravamen, y si existiere un saldo impago –por haber superado el monto total de la deuda al monto del gravamen– el acreedor podrá afectar el remanente, antes de que este le sea entregado al deudor; y en caso de que dicho remanente no hubiese sido oportunamente afectado, al acreedor no le quedará más que afectar otros bienes del deudor. Mientras que, si el bien rematado es de propiedad de un garante, el acreedor solo cobrará su acreencia hasta el monto del gravamen, el remanente, luego de efectuado este pago, no podrá ser afectado toda vez que no le pertenece al deudor principal y le será entregado íntegramente al garante, por lo que el acreedor no podrá más que buscar otros bienes del deudor que afectar. Lo mismo sucederá si el bien rematado fue adquirido por un tercero antes del remate, pues el remanente le será entregado a dicho tercero, ya que cuando este adquirió el bien no asumió mayor responsabilidad que la que aparecía como monto del gravamen.

Si el acreedor cuenta con un embargo sobre un determinado bien del deudor y observa que la deuda actualizada ha superado el monto de afectación, deberá solicitar la ampliación del embargo⁽¹⁷⁾, de acuerdo con lo establecido por el artículo 617 del CPC. Ahora, si el bien embargado ya fue rematado –al igual que en el caso anterior– el acreedor solo cobrará su acreencia hasta el monto del gravamen, empero, de existir un saldo impago podrá afectar el remanente, y en caso de no hacerlo oportunamente, tendrá que afectar otros bienes del deudor. Finalmente, si el bien embargado fue adquirido por un tercero antes del remate, el acreedor no podrá afectar el remanente, pues este le corresponderá íntegramente

(17) En tal sentido se ha señalado que: “[P]ara la variación de la medida está legitimado tanto el titular como la parte afectada con el pedido; pero, de manera específica, en el caso de la ampliación del monto cautelar, corresponderá al que obtuvo la medida (acreedor embargante) modificarla alegando que el monto originario fijado no cumple adecuadamente la función de garantía a la que está destinada”. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 149.

a dicho tercero, y al acreedor no le quedará más que afectar otros bienes del deudor.

Es pertinente anotar que la ampliación de un embargo debe ser considerado como un nuevo embargo, pues, como explica Peyrano⁽¹⁸⁾, si luego de haberse trabado el primer embargo, otros acreedores, tomando en cuenta el monto de la afectación primigenia, deciden inscribir sus medidas cautelares, estas medidas deben prevalecer, en orden de privilegio, respecto a la ampliación; en caso contrario, los acreedores posteriores al embargo inscrito en primer orden, y luego ampliado, verían postergados sus créditos por los efectos de la variación. Con total acierto, el citado autor afirma que: “La prelación que asiste al embargante lo es por la suma por la cual se decretó y anotó la medida cautelar, pues es ese importe el que fija la extensión y alcance del embargo. Por ello, si con posterioridad a la anotación de la medida cautelar se ampliara la liquidación, tal ampliación no gozaría de la prioridad si, entretanto, se hubieran dispuesto otros embargos”⁽¹⁹⁾ (20), y fundamenta su postura en que esta solución “cohonesta elementales principios en orden a la publicidad de las medidas cautelares, y además es la única capaz de aventar la más palmaria de las colusiones: que el deudor embargado por un monto pequeño sucedido por otro mayor, en connivencia con el primer embargante ‘amplíe’ desorbitadamente la primera medida cautelar, dando esquinazo así al segundo embargante”⁽²¹⁾. Del mismo modo, una vez que se ha transferido el bien no se pueden trabar ampliaciones del embargo primigenio toda vez que, por un lado, el bien ya no pertenece al deudor

(18) PEYRANO, Jorge W. *Tácticas en el proceso civil*. Tomo II, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe, pp. 115-119.

(19) *Ibidem*, p. 117.

(20) En contra: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella: Para quien “la naturaleza mutable o variable de la medida justifica que esta se considere como una sola y por tanto, el monto de la afectación podría reducirse o ampliarse, sin afectar el orden de prelación ya ganada con la inscripción”. Nosotros, además de suscribir el fundamento sostenido por Peyrano, consideramos que por encima de una característica de las medidas cautelares, se encuentra la seguridad jurídica en el tráfico de bienes, la protección a los terceros de buena fe y el respeto a los principios registrales como son: el principio de legitimación, el principio de publicidad, el principio de fe pública registral y el principio de prioridad.

(21) PEYRANO, Jorge W. *Ob. cit.*, pp. 117.

y, por otro, el adquirente únicamente asumió el embargo hasta el valor que figuró registrado al momento de la transferencia del bien⁽²²⁾ ⁽²³⁾.

- (22) La jurisprudencia nos respalda: **Casación N° 2165-2003-Lima**: “**Tercero**: En este orden de ideas, el derecho de propiedad del actor fue inscrito en los Registros Públicos el diez de enero del dos mil, es decir, cuando solo figuraba inscrito en la ficha registral respectiva, el embargo hasta por la suma de veinte mil dólares; medida que fue inscrita el cinco de diciembre de mil novecientos noventisiete, por lo que la restricción a la propiedad que estaba adquiriendo era solo hasta ese monto. **Cuarto**: No obstante lo expuesto en el considerando precedente, el juzgado dispuso una variación de la medida cautelar de embargo concedida al ejecutante en el proceso de obligación de dar suma de dinero, ampliándose la misma hasta por cuarentiocho mil dólares americanos, disposición que fue inscrita en los Registros Públicos el dieciocho de abril del dos mil uno. **Quinto**: Siendo ello así, y **habiéndose ampliado la garantía cuando el inmueble ya no era de propiedad del deudor, mal podría hacerse responsable a un tercero de una obligación que no le corresponde**” (el resaltado es nuestro): En diario oficial *El Peruano*, el 28 de febrero de 2005, p. 13593; **Casación N°- 2835-2002-Lima**: “**Quinto.-** El artículo 617 del Código Procesal Civil permite al titular de la medida y en cualquier estado del proceso variar la medida modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial –la parte afectada también puede hacer similar pedido–; sin embargo, del análisis de la norma, no se advierte que haya sido contravenida, toda vez que en el caso de autos no se trata de una variación de la medida modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial, sino lo que en esencia se ha ordenado es ampliar un embargo anterior trabado y anotado por la suma de veintidós mil nuevos soles (asiento diez-d), cuyo monto ya ha sido pagado por Hersil Sociedad Anónima Laboratorios Industriales Farmacéuticos conforme se aprecia de la copia del certificado de depósito obrante a fojas setenticinco de autos. **La ampliación del embargo por la suma de treinta y tres mil ochocientos cincuenta y seis punto sesenta y seis nuevos soles no resulta viable, pues se pretende el cobro con la ejecución forzada de un inmueble que no corresponde al obligado al pago**, como lo ha establecido la Sala Superior. **Sexto.-** En cuanto respecta a la denuncia sustentada en la contravención del artículo 656 del ordenamiento procesal citado, relativo al embargo en forma de inscripción, la argumentación de la recurrente no se encuadra en el supuesto normativo, desde que **tratándose el inmueble de un bien registrado, la medida no puede ejecutarse en perjuicio de un tercero, pues se ha inscrito el monto de la afectación, con posterioridad a la transferencia de dominio del inmueble no resultando compatible con el título de propiedad ya inscrito a nombre de Hersil Sociedad Anónima Laboratorios Industriales Farmacéuticos, quien solo puede asumir la carga hasta por el monto inscrito en la fecha en que adquiere el bien; no resultando viable exigirle que asuma el monto de la ampliación de embargo ordenado con posterioridad a la transferencia de dominio, pues se afectaría los atributos del nuevo propietario previstos en el artículo 923 del Código Civil, quien ha adquirido el bien premunido de la buena fe pública registral prevista en el artículo 2014 del mismo Código, con los gravámenes inscritos al producirse la compraventa**, siendo necesario destacar que el monto del embargo anotado ascendente a la suma de veintidós mil nuevos soles ya fue consignado por la nueva propietaria en el proceso penal originario, conforme a lo acordado en la cláusula décimo séptima del contrato de compraventa, levantamiento y cancelación de hipoteca obrante a fojas cuarenta y siete” (el resaltado es nuestro): En: diario oficial *El Peruano*, el 31 de agosto de 2004, p. 12666; **Expediente N° 1065-1997-Lima**: “El artículo 656 del CPC contiene una norma de carácter imperativo que impone al adquirente de un bien afectado con medida cautelar la obligación de **responder hasta por el monto inscrito, no siendo viable que después de su adquisición se amplíe la medida**” (el resaltado es nuestro): Tomada de: PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. Grijley, Lima, 2005, p. 602.
- (23) Para una opinión distinta: LEDESMA NARVAES, Marianella. Ob. cit., p. 152: “[Q]uien adquiere el bien, en atención a la publicidad del registro, lo hace a sabiendas de la carga

- **La vigencia de la institucionalidad de los registros públicos y de los principios registrales**

El ordenamiento jurídico organiza un sistema de publicidad, es decir, de publicación de situaciones jurídicas subjetivas⁽²⁴⁾, con el fin de crear una apariencia digna de la confianza social. Para conseguir esto, se vale de una oficina pública en la que los interesados pueden “hacer constar o reflejar, cuando menos, los hechos determinantes de la constitución, modificación o extinción de una titularidad (para de este modo obtener una protección complementaria de tal titularidad) y en la que puedan, de otra parte, obtener la información necesaria para una más adecuada y segura ordenación de sus intereses y para facilitar sus decisiones jurídicamente relevantes”⁽²⁵⁾; pues bien, dicha oficina no es otra que los Registros Públicos (Sunarp) y tal es su función, de manera que obviar el monto del gravamen que acompaña a la hipoteca o al embargo y que aparece publicitado en sus asientos y partidas, sería negar la utilidad y función de esta institución –al menos en lo que concierne a la

de la medida cautelar, por tanto el adquirente asume los efectos de la naturaleza de dicha carga –como es la mutabilidad– y no puede alegar desconocimiento por la publicidad del registro. Si el adquirente asume los efectos de la medida cautelar, es legítimo que se pueda beneficiar con el levantamiento, con la reducción o con la caducidad de la medida, como también perjudicarse con la ampliación de esta”. Para nosotros, si bien el nuevo adquirente puede beneficiarse con una eventual reducción, levantamiento o caducidad del embargo, ello no implica que igualmente pueda verse afectado con una ampliación del mismo, pues ello contravendría la seguridad jurídica, la protección a los terceros de buena fe, los principios registrales y lo dispuesto por el artículo 656 del CPC, de acuerdo con el cual, el adquirente del bien embargado asume el embargo hasta el monto de la afectación que aparece inscrito al momento en que lo adquirió.

(24) La situación jurídica subjetiva es definida como la posición en la que se encuentra un sujeto frente a las normas del ordenamiento jurídico o como la posición en la cual se encuentra un sujeto por efecto de la aplicación de una norma jurídica luego de la realización de un determinado hecho jurídico; mientras que la relación jurídica consiste en la conexión entre dos situaciones jurídicas subjetivas que se encuentren coordinadas; de tal manera que permitan la realización de un interés a costa del interés de otro. Sobre las situaciones jurídicas subjetivas y la relación jurídica, ver por ejemplo: BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. I, “Normas, sujetos y relación jurídica”, Traducción efectuada por Hinestrosa, Fernando, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 329 y ss.; NICOLÒ, Rosario. “Las situaciones jurídicas subjetivas”, Traducción efectuada por: Carlos Zamudio Espinal, En: *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 12, Lima, 2005, p. 106 y ss.; ROPPO, Vincenzo. “Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas”, tomado de “Istituzioni di diritto privato”, En: *Derecho de las relaciones obligatorias*, Lecturas seleccionadas y traducidas por Leysser L. LEÓN, Jurista Editores, 2007, Lima, p. 46 y ss.

(25) DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 83.

publicidad de estos gravámenes— pues no estaría brindando seguridad en el tráfico ni en la información que contienen sus asientos registrales.

Asimismo, el respeto al monto del gravamen se condice con los principios registrales y hace que estos se mantengan plenamente vigentes. Así sucede con el principio de fe pública registral (artículo 2014 del CC) ya que los terceros adquirentes no se verán afectados por gravámenes no inscritos o por montos superiores a los que aparecen registrados; con el principio de legitimación (artículo 2016 del CC) toda vez que la presunción de exactitud de la inscripción del monto del gravamen, solo puede caer por rectificación o declaración judicial de invalidez o ineficacia, mas no por la demora en la efectivización de créditos (que genera intereses) o por la realización de actos procesales dentro de un proceso judicial determinado (gastos judiciales); y con el principio de publicidad (artículo 2012 del CC), pues, se presume *iuris et de iure*, que las autoridades jurisdiccionales tienen conocimiento del monto del gravamen que afecta a los bienes y que, en consecuencia, deberán respetarlo en todas sus actuaciones judiciales.

La ejecución de garantías en sede judicial a partir del actual panorama jurisprudencial

Carlos Franco MONTOYA CASTILLO^(*)

INTRODUCCIÓN

Las garantías protegen el crédito otorgado de modo que el acreedor no se encuentre en una posición de desventaja frente a situaciones concretas de incumplimiento del deudor. Sin garantías a su favor se corre el riesgo de no cobrarse el crédito, por lo que aquellas cumplen un rol asegurador del sistema crediticio, no solo desde el punto de vista económico, sino sobre todo jurídico, puesto que una vez generada la inejecución del deudor deben seguirse ciertas reglas procesales cuando se pretenda recurrir al órgano jurisdiccional a exigir el cobro de lo adeudado.

En tal sentido, en esta ocasión repasaremos, a través de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, cómo estos han interpretado las normas relativas a la ejecución de garantías que se recogen en los artículos 720 y siguientes de nuestro Código Procesal Civil, en cuanto a las exigencias de la demanda y el título de ejecución, el desarrollo de la ejecución, y la realización del bien objeto de garantía a través de su remate y adjudicación.

(*) Coordinador del área procesal civil y arbitraje de Gaceta Jurídica.

I. REQUISITOS DE LA DEMANDA DE EJECUCIÓN

El artículo 720 del Código Procesal Civil regula los requerimientos mínimos para la procedencia de una demanda de ejecución de garantías⁽¹⁾. Pese a la taxatividad de la norma, en ocasiones los jueces a cargo de la ejecución han requerido otros documentos; sin embargo, la Corte Suprema ha considerado “que [el artículo 720 del CPC] no establece como requisito para interponer la demanda de ejecución de garantía, que en la misma deba indicarse el origen de la liquidación, o recaudarse los documentos que acreditan el supuesto desembolso, ni la carta notarial que da por canceladas las cuotas por vencerse” (Cas. N° 105-2009-Ica); con lo cual, la demanda debería admitirse con lo estrictamente necesario.

Más evidente fue en la Cas. N° 1003-2011-Arequipa: “El texto original del artículo 720 del Código Procesal Civil –aplicable por razón de temporalidad de la norma–, estipula que para la procedencia de la ejecución de garantías, el demandante debe cumplir con adjuntar a su demanda los anexos que señala dicho precepto, los mismos que –como se advierte del proceso– han sido cumplidos por el Banco ejecutante, por lo que cualquier otro documento o actuación resulta impertinente para el caso de autos”.

(1) Código Procesal Civil

Artículo 720.- Procedencia

1. Procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo.
2. El ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía, y el estado de cuenta del saldo deudor.
3. Si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, según corresponda, con sus firmas legalizadas. Si el bien fuere mueble, debe presentarse similar documentos de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas.
4. No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma.
5. Tratándose de bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen.
La resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo y solo se notificará al ejecutado cuando quede consentida o ejecutoriada.
En el mandato ejecutivo debe notificarse al deudor, al garante y al poseedor del bien en caso de ser personas distintas al deudor.

Sin embargo, también concluye que “tratándose la ejecutante de una entidad del sistema financiero, que se rige por la Ley General del Sistema Financiero N° 26702 y sus modificatorias, se encuentra facultada a efectuar distintas clases de operaciones crediticias, bastando que estas se precisen en sus contratos, sin que necesariamente se individualicen cada una de ellas, lo que no obsta, a que estén obligadas a recaudar a su demanda, los instrumentos que acrediten o reflejen los créditos impagos y que son materia de cobro” (Cas. N° 1667-2010-Lima). Con lo cual cuando se ejecute la garantía hipotecaria denominada sábana, el acreedor deberá adjuntar los títulos ejecutivos que sustenten la deuda puesta a cobro.

A consecuencia de ello, no podrá ejecutarse aquella deuda que no se encuentre determinada en la garantía, pues según la Cas. N° 117-2012 Lima: “La garantía hipotecaria no puede ser objeto de ejecución por una obligación no determinada al momento de constituirse. Pues la obligación por el cual el acreedor pretendería ejecutar la hipoteca otorgada es distinta a la que fue garantizada en la escritura pública”.

II. TÍTULO DE EJECUCIÓN

La ejecución girará alrededor de un título que contiene las prestaciones a las que el ejecutado se encuentra obligado a satisfacer. Al respecto, la Corte Suprema ha afirmado que: “Según el artículo 720 del Código Procesal Civil en el proceso de ejecución de garantías el título está constituido por los documentos que contienen la garantía real acompañada del saldo deudor y no por el pagaré, por lo que cualquier cuestionamiento al aspecto formal de este último no es pertinente en esta clase de procesos; razón por la cual este extremo del recurso es improcedente” (Cas. N° 2059-2010-Moquegua).

Con igual criterio estimó que “las instancias de mérito incurrir en error al merituar los pagaré que adjunta el demandante como medio probatorio, cuando el título para la ejecución está dado por la escritura pública de constitución de hipoteca y el saldo deudor; en consecuencia, la contradicción a la ejecución no puede sustentarse en la validez o extinción de un pagaré, pues este no es el título en que se sustenta; por lo que

basta cumplir con las formalidades que exige el artículo 720 inciso 1 de la norma adjetiva” (Cas. N° 121-2011-Lima).

En la Cas. N° 826-2004-La Libertad se sostuvo que el título de ejecución “está constituido por el documento que contiene la garantía acompañado necesariamente por el estado de cuenta del saldo deudor pues el documento que contiene la garantía por sí solo no acredita la existencia de una obligación cierta, expresa y exigible, sea líquida o liquidable, sino únicamente la existencia de una garantía constituida para cubrir el adeudo demandado”.

Pese a ello, también se ha expresado a favor de la exigencia de otros títulos como en la Cas. N° 1164-2011-Puno, cuando consideró que “si bien en el presente proceso de ejecución de garantías el título de ejecución no son los pagarés anexados a la demanda, pues de conformidad a lo establecido por el artículo 720 del Código Procesal Civil tal título lo constituye la Escritura Pública que contiene la garantía hipotecaria aparejada del estado de cuenta de saldo deudor, también lo es que la contradicción formulada por los ejecutados se funda en la nulidad formal del título y la inexigibilidad de la obligación puesta a cobro alegando que la deuda es inexistente, pues los pagarés que sustentan el origen del crédito habrían sido falsificados proposición esta que no puede ser vista de soslayo priorizando aspectos puramente formales del proceso sino debe ser resuelta efectivamente atendiendo al fin concreto y abstracto del proceso”.

III. ESTADO DE CUENTA DE SALDO DEUDOR

Entre los requisitos que contempla el artículo 720 del Código Procesal Civil, es el estado de saldo deudor sobre el cual se ha debatido mucho respecto a su formalidad, unilateralidad y si debe ser considerado como título. Incluso ya es materia de un Pleno Casatorio pendiente de resolver.

En la Cas. N° 216-2010-Lima se les describe: “Tal como se ha mencionado, el estado de cuenta del saldo deudor es un documento no sujeto a formalidad, pero la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido ciertos criterios como por ejemplo. a) Que el documento se encuentre suscrito por el ejecutante o el representante de la empresa, con la finalidad de determinar la veracidad de la liquidación unilateral de la supuesta deuda: b) No se requiere que esté aprobado o aceptado por

el ejecutado; c) Debe contener como mínimo la indicación del capital adeudado precisando los periodos correspondientes. Los intereses adeudados y otras obligaciones pactadas deben ser calculados en la etapa de ejecución de resolución definitiva, conforme al artículo 746 del Código Procesal Civil”.

En cuanto a su eventual inclusión como título de ejecución se dijo que: “La liquidación del saldo deudor recaudada a la demanda, por ser un documento unilateral y sin contradictorio, no reúne los requisitos de una obligación cierta, expresa y exigible, careciendo de mérito ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1 y 17 de la Ley N° 17587 así como el inciso 7 del artículo 132 de la Ley N° 26702” (Cas. N° 1626-00-Cajamarca).

Sin embargo, vuelve a acogerse su condición de título: “El Superior se limita a efectuar un análisis respecto a las tasas de interés aplicadas tanto en el contrato de garantía hipotecaria como en el saldo deudor, máxime que respecto de este último, establece que no es un título de ejecución, criterio totalmente ajeno a reiterada jurisprudencia expedida por este Supremo Tribunal” (Cas. N° 1243-2011-Piura).

IV. TÍTULO HIPOTECARIO

1. Hipoteca

La Corte Suprema sostuvo en su oportunidad que “no corresponde ejecutar una propiedad respecto de una garantía que no ha cumplido con la formalidad de su inscripción en los Registros Públicos, como lo establece el artículo 176 de la Ley N° 26702” (Cas. N° 1520-2009-Ica). Ello en razón de que de lo contrario se pondría en una situación de peligro los derechos e intereses de terceros adquirentes, quienes, al no estar inscrita la hipoteca en Registros Públicos no podrían tomar conocimiento de las obligaciones garantizadas por el gravamen inscrito en una primera oportunidad.

En otro pronunciamiento se expresó “que el acreedor no necesita resolver extrajudicialmente un contrato de garantía hipoteca como paso previo para iniciar su ejecución” (Cas. N° 523-2012-Lima).

2. Gravamen

Como sabemos, la ejecución de la garantía hipotecaria se subordinará al gravamen pactado en el acto constitutivo. Así se ha establecido: “Después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, este será exigible mediante proceso ejecutivo de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 724 del Código Procesal Civil, no importando dicha decisión la infracción del principio de congruencia procesal” (Cas. N° 1250-2009-Lima).

En caso de que el monto adeudado por el ejecutado sea mayor al límite del gravamen, si el juez dispone en orden de remate solo la suma limitada por esta, la Corte Suprema señaló que “en nada afecta a la decisión de la Sala de mérito tal discrepancia, en tanto que el bien otorgado en garantía cubría hasta el monto de diez mil doscientos dólares americanos, no siendo posible que dicho monto sea ampliado por el Juez o la Sala al momento de ordenar el remate del bien” (Cas. N° 1868-2009-Lambayeque).

En el escenario antes descrito también se asumió que “si bien la cuantía de la deuda resulta mayor al monto especificado en la hipoteca, ello no es óbice para proceder a la ejecución de la garantía hasta por la suma acordada, dejando a salvo el derecho respecto al saldo deudor” (Cas. N° 855-2013-Arequipa).

3. Fianza

Nuestra Corte Suprema sostuvo respecto de esta garantía personal lo siguiente: “La Fianza es tratada en nuestra legislación civil como un contrato de garantía, sustentada en el principio de literalidad, es decir lo que se reconoce como el derecho incorporado al título, todo lo que el título vale y representa está indicado en él, verificándose que la deuda contenida en el pagaré, no se encuentra suscrita por la demandada, por lo que no podría solicitarse la ejecución de la garantía hipotecaria, si el título valor respecto a ella no resulta, cierta, expresa y exigible” (Cas. N° 1219-2011-La Libertad).

V. CONTRADICCIÓN

Nuestro Código Procesal Civil ofrece, a modo de oposición del ejecutado, ciertos supuestos por los cuales la ejecución no podría proceder en contra suya, los cuales se recogen en el artículo 690-D⁽²⁾. Sin embargo, la casuística es variable respecto de las razones por las cuales los emplazados han deducido causales de contradicción.

De no cumplirse con los supuestos taxativos se produce la improcedencia de la contradicción: “Conforme lo señala el artículo 690-D del Código Procesal Civil incorporado por el Decreto Legislativo N° 1069, el mandato de ejecución solo puede fundarse según la naturaleza del título en la inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título, la nulidad formal o falsedad del título, y en la extinción de la obligación exigida; debiendo ser rechazada liminarmente aquella que se sustente en otras causales” (Cas. N° 2247-2010-Arequipa).

De igual forma, si no se deduce oportunamente, los argumentos tendientes a dar por concluida la ejecución no será acogidos: “El auto de vista ha señalado que el cuestionamiento al estado del saldo deudor o cualquier otra observación debió efectuarse al formular la contradicción a la ejecución y ello no ha ocurrido, por lo que no puede sostenerse que hay contravención al debido proceso” (Cas. N° 104-2000-Tacna).

(2) Código Procesal Civil

Artículo 690-D.- Contradicción

Dentro de cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas

En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. Solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia

La contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;
3. La extinción de la obligación exigida;

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, solo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental.

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

1. Inexigibilidad de la obligación

Al respecto se ha considerado que “tratándose de un proceso de ejecución de garantías cuya regulación se encuentra taxativamente desarrollada en el ordenamiento procesal civil, se considera que una obligación resulta inexigible cuando: a) por diversas razones el obligado deja de ser sujeto pasivo de la relación procesal; b) la obligación puesta a cobro no resulta reclamable por no haber vencido el plazo para su satisfacción; c) por no ser oponible en razón del territorio; y, d) porque la obligación no es requerible en razón de no haber presentado las condiciones básicas para extender su existencia real” (Cas. N° 1453-2009-Arequipa).

2. Abuso de firma en blanco

La Corte Suprema sostuvo que “si bien se ha acreditado que en la vía penal se ha expedido sentencia condenatoria en contra de los funcionarios del Banco demandante por el delito de defraudación en la modalidad de abuso de firma en blanco por haber completado el pagaré s/n (...) ello per se no puede demostrar la inexigibilidad de la obligación puesta a cobro en el presente proceso de ejecución de garantías ya que dicho documento no constituye el título de ejecución en el presente proceso” (Cas. N° 1014-2011-Lambayeque).

3. No se puede contradecir atacando un documento que no es título

Asimismo, se precisó que “no está de más precisar que el argumento de la firma en blanco de un pagaré en modo alguno puede constituir causa suficiente como para declarar fundada la contradicción por causal de nulidad formal del título y menos aún por la causal de inexigibilidad de la obligación; en principio porque, como ha quedado establecido en las instancias de mérito, el título de ejecución, en el presente caso, no es el pagaré impago sino la Escritura de Constitución de Hipoteca y la liquidación de saldo deudor; y además porque el artículo diez de la Ley de Títulos Valores N° 27287 admite la posibilidad de que un título valor pueda ser completado en fecha posterior a su emisión (Cas. N° 1678-2006-Lambayeque).

4. Improbanza de la contradicción

La contradicción sigue la regla de la carga de la prueba: “La impugnante al formular contradicción indicó que había cumplido con el pago

parcial de la obligación demandada, no obstante no acompañó los medios probatorios idóneos que acrediten dicha afirmación tal como lo disponen los artículos 196 y 1229 del Código Civil. En tal virtud, no habiéndose acreditado ante las instancias inferiores la prueba que confirme la veracidad de sus aseveraciones y sobre cuya base formula la contradicción a la ejecución, consecuentemente, resulta inviable que mediante el presente medio impugnatorio” (Cas. N° 2306-2011-Lima).

VI. TRÁMITE DE LA EJECUCIÓN

En el transcurrir del trámite del proceso de ejecución se pueden presentar diversos impases procesales que fuerzan la interpretación judicial respecto de aspecto no regulados expresamente.

1. Procesos paralelos

La Corte Suprema desestimó un recurso por el cual se solicitaba que el juez de ejecución debía oficiar a otro para que le informara sobre un proceso de nulidad del título que le servía al acreedor para la ejecución. “Los casantes estiman que, en el presente proceso, el juez de la causa debió oficiar al juzgado que tramita el proceso de nulidad de acto jurídico con la finalidad de esclarecer el estado actual de dicho proceso y determinar si en los documentos de la escritura pública de reconocimiento de deuda, constitución de prenda y constitución de hipotecas cuentan con la supuesta firma de los otorgantes. Sobre este particular, debe considerarse que la argumentación glosada no resulta atendible, por cuanto dicho pedido importa una intromisión prohibida en el ordenamiento procesal por razón competencial que no admite que un juez intervenga en causa que viene siendo tramitada por otro despacho, para, determinar lo que es materia de aquella litis, puesto que de darse tal supuesto se vulneraría las reglas de competencia” (Cas. N° 5035-2010-Cusco).

2. Abandono

La Corte Suprema denegó la posibilidad de que se produzca el abandono en el trámite de la ejecución: “Es de advertirse que el mandato de ejecución no ha sido contradicho, por tanto, el juez, sin trámite previo debió ordenar sacar a remate el bien dado en garantía, conforme lo dispone el artículo setecientos veintitrés del Código Procesal Civil, ya

que la citada resolución involucra la ejecución del mandato, por ello es improcedente declarar el abandono del proceso, conforme han determinado en forma equivocada las instancias de mérito, vulnerando así el derecho al debido proceso de la recurrente” (Cas. N° 1938-2010-Tumbes).

3. Intervención fiscal

Alegándose la aplicación del artículo 142 del Código de los Niños y Adolescentes y el inciso b) del artículo 144 del mismo cuerpo legal, la Corte Suprema, dedujo que debía requerirse la emisión de dictamen por el Fiscal de Familia, en un proceso de ejecución de garantías, toda vez que “la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo N° 052, (...) establece la obligación del Fiscal Superior de Familia de emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia, en los procesos a que se refiere el inciso 2) del artículo 85 del citado cuerpo legal, que dispone expresamente: “En los que tengan derechos o intereses morales o económicos los menores o incapaces (Cas. N° 1305-2010-Cusco).

4. Tercerías de propiedad

Una de las figuras enemigas de una pronta ejecución son las tercerías de propiedad. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que “[la tercería] tiene por finalidad que se deje sin efecto un contrato de hipoteca, o como en el presente caso uno de préstamo con garantía hipotecaria, lo que constituye un imposible jurídico, habida cuenta que el contrato de hipoteca es formal como lo establece el artículo 1091 del Código Civil, porque se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente que establezca la ley, y conforme al artículo 1099 del mismo Código, es requisito para su validez, entre otros, que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble, significando ello que la existencia jurídica de la hipoteca se encuentra sujeta a la publicidad registral. Asimismo, la hipoteca se extingue solo por alguna de las causales previstas en el artículo 1122 del Código Civil, dentro de las cuales no se contempla la tercería de propiedad. En todo caso, el propietario debe entablar una demanda de nulidad o ineficacia de la hipoteca pero no una tercería de propiedad (Cas. N° 1021-2011-Lima Norte).

En cuanto a la oportunidad para ser deducida, se sostuvo también que: “Si el juez ha ordenado el lanzamiento del inmueble que ha sido objeto de litis, hace suponer que dicho bien fue objeto de remate y adjudicación. Ergo, no es posible instar la pretensión de Tercería, ello con arreglo al artículo 534 del Código Procesal Civil que señala que puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien” (Cas. N° 4010-2012-Cusco).

5. La ejecución judicial de una garantía mobiliaria es facultativa del acreedor

En cuanto a si el acreedor debe recurrir al Poder Judicial o no para ejecutar una garantía mobiliaria, nuestra Corte Suprema aseveró que: “Tratándose de garantías mobiliarias, se ha establecido en la Ley la posibilidad de su ejecución extrajudicial para el supuesto de incumplimiento de pago del deudor. Sin embargo, se puede advertir, que ello es facultativo al acreedor garantizado, puesto que se deja la opción al acreedor, de solicitar la ejecución judicial bajo las formalidades previstas en el Código Procesal Civil, esto es, bajo los alcances del proceso de ejecución de garantía, por lo cual resulta claro, que el recurrente tiene expedita la vía del proceso de ejecución para procurar la cancelación de pago del saldo deudor” (Cas. N° 4165-2010-Ucayali).

VII. REMATE Y ADJUDICACIÓN

Ha sido en sede del Tribunal Constitucional donde se han dado los mayores aportes jurisprudenciales para interpretar las normas relativas al procedimiento del remate judicial.

1. Participación en el remate judicial

Se determinó que se vulneró el debido proceso de un tercero a participar en el remate pese a que había cumplido con los requisitos para ello: “Estando acreditado en autos que la empresa presentó antes del día del remate un escrito ante el Décimo Juzgado Civil-Comercial de Lima adjuntando un certificado de depósito por la suma de US\$ 32,137.73, equivalente al diez por ciento (10 %) del valor de tasación del bien inmueble, así como el arancel correspondiente, y que dicho Juzgado dispuso “tener presente en lo que fuere de ley” la postura formulada por dicha empresa,

mediante Resolución N° 49; este Tribunal considera que el requisito al que alude el artículo 735 del Código Procesal Civil fue cumplido a cabalidad por la empresa demandante, por lo que esta tenía pleno derecho a participar en el remate judicial programado. Así pues, en la medida en que esta circunstancia no fue advertida oportunamente por el martillero público al momento de efectuar el remate, conducta que terminó siendo avalada por la Sala recurrida, queda acreditada la vulneración de los derechos de la recurrente al debido proceso y a no verse sometido a un procedimiento distinto al previsto en la ley” (Exp. N° 05037-2011-AA/TC).

2. Exigencia de martillero hábil

Nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que “debe tenerse presente que el artículo 731 del Código Procesal Civil prescribe que “La subasta de inmuebles y muebles la efectuará un Martillero Público hábil; la de inmueble en el local del Juzgado; y la de mueble en el lugar en que se encuentre el bien”. El Colegiado determinó que al tiempo de la subasta, la martillera no se encontraba habilitada y por lo tanto, “el proceso contencioso administrativo que inició (la martillera) no convalida la contravención que esta efectuó como martillera pública al artículo 731 del Código Procesal Civil, por cuanto su demanda contencioso-administrativa la presentó el 7 de setiembre de 2006, mientras que el remate público lo realizó el 5 de julio de 2006, es decir, que el remate público se efectuó antes de interponerse la demanda mencionada”. En dicha oportunidad se declaró la nulidad de todo lo actuado en el acto de remate (Exp. N° 05258-2011-PA/TC).

3. Nulidad del remate

Se exige al juez de ejecución motivar las razones por la cual se le exige al martillero la devolución de los honorarios percibidos: “Sobre el particular el Tribunal Constitucional considera que los hechos alegados por el demandante tienen incidencia constitucional directa sobre los derechos fundamentales invocados, pues tal como se observa de autos, el requerimiento para devolver el monto pagado por concepto de honorarios profesionales, sin fundamentar si las razones de la nulidad del remate le son atribuidas al recurrente en el ejercicio de su funciones; por una parte es un tema constitucionalmente relevante en tanto se vincula con el derecho a la motivación de las resoluciones, y por otra

parte requiere dilucidarse a fin de establecer la responsabilidad del recurrente respecto del acto declarado nulo, lo que de no realizarse podría en efecto repercutir de alguna manera sobre su derecho constitucional al patrimonio (propiedad). En tales circunstancias resulta menester admitir a trámite la demanda con el objeto de examinar, entre otros aspectos, si efectivamente se afectaron o no los derechos invocados” (Exp. N° 03937-2012-PA/TC).

4. Levantamiento de la anotación de demanda luego de la adjudicación

Si bien el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el fondo del pedido, dejó entrever que la regulación contenida en el artículo 739 del Código Procesal Civil –en cuanto al no levantamiento de la medida de anotación de demanda– debería revisada: “La recurrente aduce que en el contexto de la tramitación del remate público, a través del cual se le adjudicó el inmueble inscrito en la partida N° 49074167, los órganos judiciales desestimaron su pedido de levantamiento de anotación de demanda basándose en el artículo 739 del Código Procesal Civil que posibilita el levantamiento de todo gravamen que pesa sobre el inmueble, con excepción de la medida cautelar de anotación demanda, lo cual advierte a este Colegiado que la demanda si contiene un asunto de relevancia constitucional relacionado con la eventual vulneración del derecho a la propiedad al dificultarse en los hechos la libre disposición y negociación futura del inmueble adjudicado sobre el cual recae aún la citada medida de anotación. Razón por la cual se debe revocar la decisión impugnada ordenándose la admisión a trámite de la demanda de amparo con audiencia de los demandados y/o interesados a los efectos de verificar la vulneración del derecho a la propiedad de la recurrente” (Exp. N° 01494-2011-PA/TC).

Segunda parte
JURISPRUDENCIA

Ejecución de garantías

■ Empresas del sistema financiero deben adjuntar su demanda, los instrumentos que acrediten o reflejen los créditos impagos y que son materia de cobro

Tratándose la ejecutante de una entidad del sistema financiero, que se rige por la Ley General del Sistema Financiero N° 26702 y sus modificatorias, se encuentra facultada a efectuar distintas clases de operaciones crediticias, bastando que estas se precisen en sus contratos, sin que necesariamente se individualicen cada una de ellas, lo que no obsta a que estén obligadas a recaudar a su demanda, los instrumentos que acrediten o reflejen los créditos impagos y que son materia de cobro, por tanto, es evidente que la interpretación que efectúan las instancias inferiores, resulta incorrecta a lo dispuesto en el artículo 720 del Código Procesal Civil, máxime que los créditos que han sido denegados lo constituyen los contratos denominados Contrato de Crédito de Negocio.

CAS. N° 1667-2010-LIMA

Lima, doce de mayo de dos mil once

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

Vista la causa número mil seiscientos sesentisiete guión dos mil diez, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, y luego de verificada la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas doscientos treinta y nueve por la entidad demandante Banco Continental en el cuaderno de apelación sin efecto suspensivo, contra la resolución de vista de fojas doscientos dieciséis, su fecha ocho de marzo de dos mil diez, que confirmando el extremo del auto apelado, deniega la ejecución respecto de los dos créditos solicitados por la entidad financiera ejecutante, en el proceso iniciado contra Creaciones Industriales Medrano Importación y Exportación SRL, sobre ejecución de garantías.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO:

Mediante resolución de fecha diez de setiembre de dos mil diez, que corre glosada en el cuadernillo de casación, esta Sala Suprema ha concedido el recurso de casación por la causal de **infracción normativa procesal del inciso 3 del**

artículo 139 de la Constitución Política del Estado y artículo 720 del Código Procesal Civil, al referir que se niega admitir en vía de ejecución de garantías, la recuperación de los créditos negocios N° 101191000000000443821 y N° 101191000000000408054, pese a que contrariamente a lo sostenido por las instancias de mérito si se encuentran garantizados con la hipoteca otorgada a su favor, señalándose que partir de una interpretación errada del numeral 720 del Código Procesal Civil, la Sala sostiene que la cláusula 2.3 del testimonio de hipoteca en la que se describen las obligaciones garantizadas no comprende los referidos créditos, por hacer referencia de modo genérico a las obligaciones que también son garantizadas con la hipoteca, y al ser esto así, no consagra de modo alguno obligaciones que puedan ser consideradas ciertas, expresas y exigibles conforme al artículo 689 del Código Procesal Civil, por lo que se determina que con tal motivo, no han cumplido con la exigencia contenida en el aludido dispositivo, aplicando la sanción contenida en el artículo 690-F del mismo cuerpo normativo: sin embargo, cuando la norma procesal refiere que la “obligación garantizada se encuentre contenida en el documento” no implica que el contrato individualice a una obligación en especial, sino que el documento contenga de manera general pero específica a la vez la amplia gama de contratos que se puedan celebrar con las entidades bancarias, por ende, no se trata de que en el contrato imperativamente tenga que describir a detalle las obligaciones garantizadas, sino que indique qué tipo de contratos u operaciones son las que resultan cubiertas con la hipoteca. Agrega que en la hipótesis negada de que el sentido del artículo 720 del Código Procesal Civil fuese el que indica el juez, la exigencia solo debe recaer a aquellos contratos redactados a partir de la entrada en vigencia de la modificación y no aquellos contratos existentes, porque implicaría la aplicación retroactiva de las leyes a hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia afectando contratos existentes y elaborados al amparo del artículo 172 de la Ley N° 26702, agregando que las obligaciones demandadas si contienen una obligación expresa, cierta y exigible.

3. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, el recurso extraordinario de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia; por tanto, este Tribunal Supremo sin constituirse en una tercera instancia procesal, debe cumplir su deber de pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por la causal declarada procedente.

Segundo.- Que, antes de ingresar al análisis de los fundamentos del recurso de casación conviene precisar que el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado, establece como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el cual es exigible a todos los órganos jurisdiccionales y en todas las instancias del proceso; el debido proceso está referido al cumplimiento de todas las garantías, requisitos

y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales, en tal sentido, el debido proceso comprende a su vez un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural, el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, la actividad probatoria, la motivación de las resoluciones judiciales, la economía y celeridad procesales, entre otros; por tanto el debido proceso, no solo puede ser analizado desde una dimensión estrictamente formal, sino también, y en esencia, este derecho debe ser analizado desde una dimensión sustancial, pues solo a partir de este análisis se garantiza que las resoluciones judiciales estén adecuadamente fundamentadas; es lo que la doctrina ha venido a llamar como la tutela del debido proceso procesal y del debido proceso sustancial.

Tercero.- Que, por su parte el numeral 720 del Código Procesal Civil, modificado por el Decreto Legislativo N° 1069 establece que: “procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo”.

Cuarto.- Que, a fin de establecer si se ha incurrido en las infracciones denunciadas, corresponde en primer término efectuar una reseña de lo ocurrido en el presente proceso, debiendo advertirse en primer lugar, que si bien este Supremo Tribunal, conoce del presente cuaderno de apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, ello tiene lugar en atención a que el recurso de casación ha sido interpuesto respecto de la resolución número cuatro de fecha ocho de marzo de dos mil diez (corrientes a fojas doscientos dieciséis), expedida por la Sala Civil, que confirma el extremo del auto recurrido resolución número uno, su fecha diecinueve de mayo de dos mil nueve (que en copia corre a fojas ciento cuarenta y cuatro), mediante el cual denegó la ejecución respecto de los créditos siguientes: **1)** N° 1011910000000000443821 y **2)** N° 1011910000000000408054, auto que pone fin al proceso respecto a dichos extremos, y que al ser materia de apelación por la parte ejecutante, ha sido concedido sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, mediante resolución número dos, de fecha diez de julio de dos mil nueve, que en copia corre a fojas ciento cuarenta y cuatro del presente cuaderno.

Quinto.- Que, de la demanda copiada a fojas ciento veintidós, fluye que el Banco Continental, ha promovido el presente proceso de ejecución de garantías, exigiendo el pago de las siguientes obligaciones: **i)** saldo deudor al diez de febrero de dos mil nueve por el importe de quince mil quinientos setenta y cuatro dólares americanos con cuarenta y tres centavos dólar, que corresponde a la liquidación del crédito efectivo N° 101-191-0000000000446448; **ii)** Saldo deudor al diez de febrero de dos mil nueve de cuatro mil siete dólares americanos con cincuenta y cuatro centavos de dólar, que corresponde a la liquidación del crédito efectivo N° 101-191-0000000000443821; y **iii)** Saldo deudor al diez de febrero de dos mil nueve de nueve mil ciento setenta y seis nuevos soles con noventa y dos céntimos de nuevo sol, que corresponde al Contrato de Crédito efectivo

N° 101-191-000000000408054, exigiendo un pago total ascendente a diecinueve mil quinientos ochenta y uno dólares americanos con noventa y siete centavos de dólar y nueve mil ciento setenta y seis nuevos soles con noventa y dos céntimos de nuevo sol; bajo apercibimiento de que se ejecute la hipoteca constituida a su favor por Creaciones Industriales Medrano Importación y Exportación SRL, representada por Cirilo Medrano Romero, respecto del inmueble ubicado en la Av. Jhon F. Kennedy 400-402 de la Urbanización Valdiviezo del distrito de San Martín de Porres, provincia y departamento de Lima; y en forma accesoria solicita el pago de intereses compensatorios y moratorios pactados devengados y los que se devenguen, constituyéndose en fiador solidario Cirilo Medrano Romero de las citadas obligaciones.

Sexto.- Que, el Juez de Primera Instancia, mediante resolución número uno, que copiada corre a fojas ciento cuarenta y cuatro su fecha diecinueve de mayo de dos mil nueve, deniega la ejecución respecto de los créditos N° 101191000000000443821 (solicitud de crédito 00181391) y N° 101191000000000408054 (solicitud de crédito 028), basado en que de las condiciones pactadas no se encuentran contenidas en título ejecutivo, toda vez que la escritura pública del uno de marzo de dos mil siete no hace referencia a la misma, sino de manera general enunciativa señala en su cláusula segunda que garantiza las deudas y obligaciones del cliente ante el banco que consten en contratos y títulos valores, letras de cambio, etc; siendo que la nueva regulación procesal requiere que dichos créditos se encuentren contenidos en títulos ejecutivos, que determinen obligaciones ciertas, expresas y exigibles; asimismo, en relación al otro crédito declara inadmisibile, el cual finalmente ha sido admitido conforme fluye de la resolución número dos, que copiada corre a fojas ciento sesenta y cinco, ordenándose la ejecución por la suma de catorce mil ochocientos diez dólares americanos con cuarenta y cuatro centavos de dólar americano, más intereses, costas y costos, bajo apercibimiento de remate.

Sétimo.- Que, el banco ejecutante apela únicamente de los extremos que deniega la ejecución, sustentado principalmente su recurso en que la cláusula segunda del contrato de hipoteca no contiene una cláusula genérica, sino que por el contrario, en su apartado 2.3 refiere de manera expresa y precisa cuáles son las obligaciones garantizadas, entre ellos a los contratos o líneas de crédito, por lo que resulta erróneo que se haya denegado la ejecución para el cobro de la totalidad de las obligaciones adeudadas, resultando innecesario que estén representados en algún otro título ejecutivo; agrega que dicha exigencia va contra lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley N° 26702, razón por la que considera se interpreta de modo erróneo el numeral 720 del Código Procesal Civil; a lo que agrega, en todo caso, la ejecución solo puede efectuarse respecto de aquellos contratos redactados a partir de su vigencia de la modificación y no a los ya existentes.

Octavo.- Que, la Sala Civil, absolviendo el grado, ha confirmado el auto apelado en el extremo impugnado, bajo los mismos términos, considerando que los créditos denegados, no se hayan comprendidos en la cláusula 2.3 del contrato de hipoteca, toda vez que en ella se hace referencia de modo genérico

a las obligaciones que también son garantizadas con la hipoteca en litis, pero no se consignan obligaciones ciertas, expresas y exigibles conforme prevé el numeral 689 del Código Procesal Civil, razón por la que concluye resulta de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 690-F del Código acotado.

Noveno.- Examinada la Escritura Pública de Contrato de Préstamo Dinerario y Constitución de Hipoteca antes citada, fluye que efectivamente en el mismo se pacta un mutuo ascendente a dieciocho mil dólares americanos otorgado por el Banco de Crédito del Perú a favor del cliente (Creaciones Industriales Medrano Importación y Exportación SRL, representado por Cirilo Medrano Romero) el cual sería pagado en el plazo de setenta y dos meses (ver cláusulas primera, segunda y décimo primera del aludido contrato de mutuo); constituyéndose en el mismo instrumento, primera y preferencial hipoteca ascendente a treinta y cuatro mil trescientos cuarenta y seis dólares americanos con dos centavos de dólar (ver cláusula primera) el cual según los términos de las cláusulas primera y segunda, tuvo por efecto garantizar el pago de sus obligaciones y/o deudas con el banco y detalladas en la cláusula segunda figurando entre ellas: “2.2 Las deudas y obligaciones asumidas por el cliente ante el banco que consten en contrato o en títulos valores como letras de cambio, pagarés, facturas conformadas, título de crédito hipotecario negociable, *warrants*, etc.. 2.3. Las deudas y obligaciones que sean o resulten de careo del cliente frente al banco provenientes de contratos, líneas de créditos, créditos en cuenta corriente, adelantos, descuentos, mutuo, préstamos, *advance*, *warrants*, cartas de crédito simples o documentarios, *factoring*, arrendamiento financiero y otras modalidades de crédito directo o indirecto y financiamientos”.

Décimo.- Que, el artículo 720 del Código Procesal Civil modificado por el Decreto Legislativo N° 1069, publicado el veintiocho de junio de dos mil ocho, dispone expresamente: “Procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo”.

Décimo primero.- Que, de la lectura de dicho dispositivo se observa que la obligación que se demanda, debe estar contenida en el documento que contiene la garantía hipotecaria, en este caso, la Escritura Pública de hipoteca del uno de marzo de dos mil siete, o en cualquier otro título ejecutivo; sin embargo, cuando la Sala de mérito arriba a la conclusión de que los créditos denegados, no se hayan comprendidos en la cláusula 2.3 del contrato de hipoteca, al considerar que se precisan de modo genérico en dicha cláusula, no efectúa una correcta interpretación del artículo 720 del Código Procesal Civil, toda vez que de lo que se trata, es que en dicho instrumento se establezca el tipo de obligación que garantiza, sin que ello implique individualizar una obligación específica.

Décimo segundo.- Que, aunado a ello, no se pudo dejar de destacar que tratándose la ejecutante de una entidad del sistema financiero, que se rige por la

Ley General del Sistema Financiero N° 26702 y sus modificatorias, se encuentra facultada a efectuar distintas clases de operaciones crediticias, bastando que estas se precisen en sus contratos, sin que necesariamente se individualicen cada una de ellas, lo que no obsta, a que estén obligadas a recaudar a su demanda, los instrumentos que acrediten o reflejen los créditos impagos y que son materia de cobro, por tanto, es evidente que la interpretación que efectúan las instancias inferiores, resulta incorrecta a lo dispuesto en el artículo 720 del Código Procesal Civil, máxime que los créditos que han sido denegados lo constituyen los contratos denominados Contrato de Crédito de Negocio N° 101-191-443821 corriente a fojas cuarenta y ocho, cuyos términos del contrato se insertan en los folios cincuenta a cincuenta y cuatro, y el Contrato de Crédito de Negocio N° efectivo 101-191-408054 corriente a fojas setenta y tres, cuyos términos del contrato se insertan en los folios setenta y cinco a setenta y nueve.

Décimo tercero.- Que, en tal sentido, la interpretación errónea efectuada por las instancias de mérito del aludido artículo 720 del Código Procesal Civil, afecta el derecho al debido proceso del impugnante, que conlleva la nulidad de lo actuado en el presente cuaderno de apelación a tenor de lo previsto en el artículo 171 del acotado cuerpo adjetivo, debiendo el juez de la demanda expedir nueva resolución tomando en cuenta las consideraciones precedentes, y fundamentalmente efectuar las acciones necesarias, teniendo en cuenta que solo ha sido admitida en el proceso principal una de las obligaciones demandadas, siendo de aplicación lo previsto en el inciso 3 del artículo 396 del Código Procesal Civil.

4. DECISIÓN:

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **a) FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos treinta y nueve por el demandante Banco de Crédito del Perú, en consecuencia, **NULA** la resolución de vista de fojas doscientos dieciséis, su fecha ocho de marzo de dos mil diez; **INSUBSISTENTE** el auto apelado que en copia corre a fojas ciento cuarenta y cuatro, fechado el diecinueve de mayo de dos mil nueve, en el extremo que deniega la ejecución respecto de los créditos N° 101191000000000443821 y N° 101191000000000408054. **b) ORDENARON** que el juez de la causa expida nueva resolución teniendo en cuenta las consideraciones precedentes. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por el Banco de Crédito del Perú con Creaciones Industriales Medrano Importación y Exportación S.R.L. y otro sobre ejecución de garantías; interviene como ponente el Juez Supremo Castañeda Serrano.

SS. ALMENARA BRYSON, DE VALDIVIA CANO, VINATEA MEDINA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA

El estado de cuenta de saldo deudor sí forma parte del título de ejecución

El a quo de primer grado incurre en errores en la motivación de su decisión, toda vez que si bien estima la contradicción de la ejecutada, fluye de los fundamentos que sustentan su decisión, que no hace un análisis correcto en la medida que al igual que el superior se limita a efectuar un análisis respecto a las tasas de interés aplicadas, tanto en el contrato de garantía hipotecaria como en el saldo deudor, máxime que respecto de este último, establece que no es un título de ejecución, criterio totalmente ajeno a reiterada jurisprudencia expedida por este Supremo Tribunal como las emitidas en la Casación N° 2033-2008 y la Casación N° 1173-2008.

CAS. N° 1243-2011-PIURA

Lima, quince de diciembre de dos mil once

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

Vista la causa mil doscientos cuarenta y tres - dos mil once en Audiencia Pública en el día de la fecha, y producida la votación conforme a Ley, se expide la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos ochenta y dos por la codemandada Mercedes Betty Allemant Vásquez contra la resolución de vista obrante a fojas cuatrocientos setenta y dos, su fecha veintiocho de enero de dos mil once, que revocando el auto apelado corriente a fojas trescientos ochenta y cuatro, su fecha dos de setiembre de dos mil diez, que declaró fundada la contradicción sobre inexigibilidad de la obligación; reformándola la declara infundada dicha contradicción y dispone que el juez prosiga la causa con arreglo a su estado y naturaleza.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala Suprema ha declarado procedente el recurso de casación propuesto, mediante resolución de fecha ocho de agosto del año próximo pasado, solo por la causal de **contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**. Refiriendo que la recurrida contiene una motivación insuficiente, por cuanto ha invocado hechos distintos a lo que señala el artículo 722 del Código Procesal Civil, por cuanto la contradicción se basa en la inexigibilidad en la figura de cancelación total de la deuda (artículo 1220 del Código Civil), tampoco se ha pronunciado con respecto a los pagos y montos cancelados de cuarenta mil nuevos soles de capital y de treinta mil ochocientos veintiséis nuevos soles de intereses. Asimismo agrega que, en ningún momento, tanto la

recurrente como la Caja Municipal han mencionado que existen dos créditos; sin embargo, la Sala sustenta su pronunciamiento en ese extremo y en la discusión de intereses, cuando el fondo de la contradicción es la cancelación de la deuda total. Señala también, que la Sala ha considerado para su decisión, la Casación número dos mil setecientos veintisiete - dos mil ocho - San Martín de fecha nueve de setiembre de dos mil ocho de la Sala Civil Permanente, seguido por la misma ejecutante en la cual se han pronunciado por declarar fundado el recurso de casación, no obstante ello, no se ha tenido en cuenta que en el caso de autos, no basaron su contradicción en los intereses ni mucho menos que hubo o hubieron dos créditos.

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- Habiéndose admitido el recurso por error *in procedendo*, corresponde efectuar el análisis de lo ocurrido en el proceso, a fin de determinar si como sostiene la demandada el fallo recurrido incurre en la motivación insuficiente, principio de carácter constitucional que se haya contenido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, y que forma parte del derecho al debido proceso.

Segundo.- Que, el debido proceso, está referido al respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, por el cual se posibilite que toda persona pueda recurrir a la justicia para obtener tutela jurisdiccional efectiva, a través de un procedimiento legal con la observancia de las reglas procesales establecidas para el procedimiento y a través del cual las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley.

Tercero.- Que, el principio de la motivación de los fallos judiciales constituye una exigencia que está regulada como garantía constitucional, consagrada en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, el cual asegura la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, ella resguarda a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias de los jueces, quienes de este modo no pueden ampararse en imprecisiones subjetivas ni decir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas en que sostienen sus juicios y a valorarlas racionalmente; en tal sentido, la falta de motivación no puede consistir, simplemente, en que el juzgador no exponga la línea de razonamiento que lo determina a decidir la controversia, sino también en no ponderar los elementos introducidos en el proceso de acuerdo con el sistema legal, es decir, no justificar suficientemente la parte resolutive de la sentencia a fin de legitimarla. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificados en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso”.

Cuarto.- En la motivación de las resoluciones judiciales pueden presentarse vicios, que pueden ser objeto de control casatorio, estos son: **1)** la falta de motivación; y, **2)** la defectuosa motivación. La defectuosa motivación se divide en tres agravios: **a)** motivación aparente; **b)** motivación insuficiente; y **c)** motivación defectuosa en sentido estricto; en ese sentido, la doctrina señala, según Olsen Ghirardi, que existen hasta tres tipos de vicios vinculados a la motivación, a saber, la motivación aparente, la cual se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación propiamente defectuosa, la cual se da cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Los vicios o errores en el razonamiento del juzgador son denominados en la doctrina como “errores *in cogitando*”.

Quinto.- Para efectos de determinar si en el caso en concreto se ha incurrido en alguno de los vicios de motivación antes señalados, resulta conveniente en primer lugar hacer una reseña de lo ocurrido en el presente proceso, así se tiene lo siguiente: **i)** La Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura Sociedad Anónima Cerrada, demanda en vía de ejecución de garantías a doña Jessenia Jacqueline Coveñas Allemant en su condición de obligada principal, así como la sucesión de Asunción Coveñas Velarde (integrada por Jesenia Jacqueline; Jessica Cecilia, Manuel Ricardo y Liliana Vanessa Coveñas Allemant, así como Mercedes Betty Allemant Vásquez) a fin de que le honren la obligación ascendente a cincuenta y cinco mil ochocientos treinta y cuatro nuevos soles con ochenta céntimos de nuevo sol, más intereses compensatorios y moratorios que se devenguen conforme a las tasas pactadas en el pagaré que sustenta la liquidación de saldo deudor; costas y costos, bajo apercibimiento de remate del inmueble ubicado en el Lote 15 de la Mz. W-1, Urbanización Miraflores del distrito de Castilla, Provincia y Departamento de Piura, inscrito en el Asiento D 00006 de la Partida N° 00013434 del Registro de Predios - Zona Registral N° I Sede Piura. Como fundamentos fácticos de su demanda, expone que las emplazadas constituyeron garantía hipotecaria hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos mediante Contrato de Préstamo con Garantía Hipotecaria de fecha cinco de mayo de dos mil tres, y que en virtud a lo pactado en la cláusula segunda del contrato de su referencia, otorgaron un préstamo ascendente a cincuenta y cinco mil nuevos soles, el cual al no ha sido cancelado en su integridad, originando el saldo deudor que recauda la demanda, de los cuales afirma cien nuevos soles corresponde al capital, doce mil quinientos veintitrés nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos de nuevo sol a intereses compensatorios y cuarenta y tres mil doscientos diez nuevos soles con noventa y seis céntimos de nuevo sol a intereses moratorios; **ii)** Mediante resolución obrante a fojas trescientos veintiocho (luego de haberse amparado un pedido de nulidad formulado por uno de los coejecutados), se expide mandato de ejecución en vía de proceso único de ejecución, ordenando el pago de la suma puesta a cobro, más intereses compensatorios y moratorios pactados, costas y costos, siendo materia de contradicción

por doña Mercedes Betty Allemant Vásquez, que invocó como causal la inexigibilidad de la obligación, sustentándola en que la misma se encontraba cancelada, indicando haber pagado la suma de setenta mil novecientos veintisiete nuevos soles, según los recibos que acompaña, con los que refiere haber cancelado íntegramente el capital de cuarenta mil nuevos soles, más treinta mil ochocientos veintisiete nuevos soles por concepto de intereses compensatorios y moratorios; Asimismo cuestiona los intereses aplicados en el saldo deudor, señalando que no han sido los pactados en el contrato de garantía hipotecaria sino en el pagaré que recauda la demanda, el cual no es materia de ejecución, cuyos montos considera excesivos, precisando finalmente la prohibición del anatocismo; **iii)** Tramitado el proceso con arreglo a su naturaleza, el juez de primera instancia ha declarado fundada la contradicción sobre inexigibilidad de la obligación, sustentada en la falta de correspondencia entre las tasas de interés aplicadas al saldo deudor que ha servido de base al mandato de ejecución, con el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fojas veintiuno, precisando que en este tipo de procesos el título de ejecución no es la liquidación de saldo deudor como otro documento que acredite la obligación, sino el documento donde conste la garantía hipotecaria; **iv)** La Sala Civil absolviendo el grado, ha revocado dicha decisión, y declarado infundada la contradicción, ordenando llevar adelante la ejecución, estableciendo que la juez de primer grado no ha efectuado una exhaustiva revisión del “Contrato de Préstamo con Garantía Hipotecaria de fojas veintiuno” calificando que la motivación del juez inferior es defectuosa y errónea, tomando en cuenta que las tasas de 47.64% y 90.12 de interés compensatorio y moratorio, se rige por el primer préstamo otorgado; señalando además que el establecimiento de dichas tasas es independiente en cada pagaré las que se fijan conforme a la Ley N° 26702, haciendo referencia finalmente a la ejecutoria suprema expedida en la Cas. N° 2727-2008 en un proceso similar seguido por la misma ejecutante.

Sexto.- Que, examinada la resolución recurrida, se advierte que efectivamente los argumentos en que se apoya, contiene un vicio en la motivación, concretamente, una motivación insuficiente, la cual se presenta cuando se vulnera el principio lógico de razón suficiente, toda vez que este principio se enuncia diciendo que: “Nada hay sin una razón suficiente”, porque el razonamiento suficiente significa que el mismo resulta bastante, capaz, eficiente, conveniente, preciso y adecuado. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como lo ha establecido este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N° 1291-2000-AA/TC, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la ‘insuficiencia’ de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”.

Sétimo.- Que, la insuficiente motivación, tiene lugar porque la Sala a pesar que reconoce que la juez de primer grado incurre en una defectuosa y errada

motivación, tomando en cuenta la discrepancia existente entre las tasas de interés moratorio y compensatorio pactados en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la liquidación de saldo deudor (que constituyen el título de ejecución) sin embargo, su decisión revocatoria, se ha sustentado únicamente en el análisis que hace de las tasas de interés pactadas en los aludidos instrumentos (47.64% y 90.12% en el contrato de garantía hipotecaria y 39.29% y 101.22% en la liquidación de saldo deudor) teniendo como referente la cláusula segunda del contrato de garantía hipotecaria, sin pronunciarse precisamente sobre la tesis invocada en la contradicción, referida a que la ejecutada habría cumplido con cancelar la obligación, aspecto sobre el cual no se ha dicho nada; por el contrario, ha sostenido que la tasa aplicada (47.64 % y 90.12%) sería correcta y que rige para el primer préstamo, introduciendo un aspecto no alegado por las partes de que en el proceso habrían más de un crédito; agregando que el establecimiento de las tasas de interés es independiente a cada pagaré según las normas de la Ley que rige a las entidades financieras, todo lo cual verifica una motivación insuficiente a la luz de lo que es materia del proceso. Que, en el mismo sentido, el a quo de primer grado incurre en errores en la motivación de su decisión, toda vez, que si bien estima la contradicción de la ejecutada, fluye de los fundamentos que sustentan su decisión, que no hace un análisis correcto en la medida que al igual que el Superior se limita a efectuar un análisis respecto a las tasas de interés aplicadas tanto en el contrato de garantía hipotecaria como en el saldo deudor, máxime que respecto de este último, establece que no es un título de ejecución, criterio totalmente ajeno a reiterada jurisprudencia expedida por este Supremo Tribunal como las emitidas en la Casación N° 2033-2008 de fecha veintidós de julio de dos mil ocho (publicada el dos de diciembre de dos mil ocho) y la Casación N° 1173-2008 de fecha diecisiete de junio de dos mil ocho (publicada el tres de setiembre de dos mil ocho).

Octavo.- Por tales razones, esta Sala Suprema concluye que el presente medio impugnatorio merece ser amparado al evidenciarse la infracción del derecho al debido proceso, y dentro de ellos al principio constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, debiendo anularse el fallo hasta el juez de primer grado, a fin de que el a quo, en cumplimiento a la finalidad prevista en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil que es la de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, se pronuncie sobre lo que ha sido objeto de debate por las partes del proceso.

4. DECISIÓN:

Por las razones anotadas y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **a) FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la coejecutada Mercedes Betty Allemant Vásquez; en consecuencia, **NULA** la resolución de vista obrante a fojas cuatrocientos setenta y dos, su fecha veintiocho de enero de dos mil once, **INSUBSISTENTE** el auto apelado corriente a fojas trescientos ochenta y cuatro, su fecha dos de setiembre de dos mil diez; **b) ORDENARON** que el juez expida nueva resolución de acuerdo a las consideraciones precedentes; **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente

resolución en el diario oficial *El Peruano*; bajo responsabilidad; en los seguidos por la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura Sociedad Anónima Cerrada - CMAC PIURA S.A.C. con Mercedes Betty Allemant Vásquez y otros sobre ejecución de garantías; los devolvieron. Intervino como juez supremo ponente el señor Castañeda Serrano.

SS. HUAMANÍ LLAMAS, PONCE DE MIER, VINATEA MEDINA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA

No se necesita resolver extrajudicialmente un contrato de garantía hipotecaria como paso previo para iniciar su ejecución

El ad quem no ha trasgredido el principio de congruencia y motivación por cuanto ha considerado que el acto de notificación es el correcto, además que el sentido del fallo se condice con lo expuesto en sus considerandos fácticos y jurídicos, pues la materia que nos ocupa es el de ejecución de garantías, y es sobre ello que se ha resuelto la controversia al referir la Sala de mérito valorando la prueba actuada en el proceso principalmente el contrato materia de hipoteca, cuando indica que el acreedor no necesita resolver extrajudicialmente un contrato de garantía hipoteca como paso previo para iniciar su ejecución.

CAS. N° 523-2012-LIMA

Lima, siete de mayo de dos mil doce

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el recurso de casación interpuesto a fojas ciento veintiocho, por el ejecutado José Luis Mejía Huapaya cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364, así como el de procedencia previsto en el apartado 1 del numeral 388 del Código acotado, al no haber consentido la decisión adversa de primera instancia, que declaró infundada la contradicción y dispuso se proceda con el remate del inmueble dado en garantía.

Segundo.- Que, fundamentando el recurso denuncia como agravio lo siguiente:
I) La inaplicación del artículo 1356 del Código Civil concordante con los artículos 1354, 1372 y 1402 del Código Civil, al sostener que la Sala Civil ha inaplicado el primer artículo glosado, cuando considera que el Banco no se encontraba obligado a cumplir con la formalidad convenida en el último párrafo de la cláusula adicional novena de la Escritura Pública de Compraventa y Contrato de Crédito Hipotecario, suscrito entre las partes, y que la cláusula resolutoria expresa concedida a una de las partes es un derecho y no una carga, a partir del cual señala que dicha parte puede utilizar cualquier otro mecanismo de resolución judicial o extrajudicial que le franquea la ley; cuando las partes convinieron dicha formalidad en forma clara y expresa, para efectos de la resolución del contrato de crédito hipotecario, el vencimiento de todos los plazos y la ejecución de la hipoteca, pactándose que la resolución operará cumpliendo con la formalidad de comunicar dicha decisión (de resolver) al cliente, procediendo el banco a cobrar su acreencia y ejecutar la hipoteca, encontrándose dicha formalidad sujeta al denominado deber de observancia regulado en el artículo 1356 en virtud del cual los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos, siendo

las disposiciones de la ley supletorias a la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas, lo que se enmarca dentro de lo dispuesto en el numeral 1402 del Código Civil, referido al objeto del contrato, habiendo invocado y acreditado que tal formalidad no ha sido cumplida, toda vez que para exigir el íntegro de su acreencia y ejecutar la hipoteca materia de este proceso, debía comunicar al recurrente su decisión de resolver en el domicilio pactado en el contrato, habiéndose verificado conforme fluye de la carta notarial que dicha misiva no fue entregada personalmente y respecto a un domicilio distinto del recurrente; por ende resulta contrario al principio de autonomía de la voluntad prevista en el artículo 1354 del Código Civil que debe existir en toda relación contractual el argumento señalado por la Sala, arguyendo además que el banco puede utilizar otros mecanismos de resolución, los que no ha sido contemplados ni pactados en el contrato submateria, disposición que a tenor del artículo 1372 del Código Civil, no son imperativas, razón por la que no resulta exigible el pago íntegro de la deuda; y, **II**) Contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Señala que el fallo afecta su derecho al debido proceso, puesto que no existe pronunciamiento expreso respecto de la validez o no de la argumentación invocada tanto en su contradicción como en su apelación, referida a que la carta notarial del cinco de abril de dos mil diez no fue entrega de manera personal a sus destinatarios y que fue dejada debajo de la puerta y en el piso 2 cuando el domicilio contractual señalado por el recurrente es el Dpto. 303, se ubica en el tercer piso de un edificio de cinco pisos en la Av. Atahualpa 1325 distrito de La Perla-Callao; la falta de pronunciamiento viola el principio de congruencia procesal y el principio de plenitud, por el cual la Sala que absuelve el grado al advertir irregularidades debe pronunciarse sobre los hechos que ha omitido el juez.

Tercero.- Que, en relación al agravio expuesto en el apartado I) referido a la inaplicación de las normas materiales glosadas, dicha causal importa que el impugnante, demuestre la pertinencia de las disposiciones que invoca como inaplicadas, a la cuestión debatida en el proceso, y cómo su aplicación modificaría el resultado del proceso, aspecto que no se advierte en el presente caso, toda vez, que el impugnante, lejos de cuestionar el criterio asumido por los magistrados y la valoración que hacen de las cláusulas pactadas en la Escritura Pública de Compraventa de Crédito Hipotecario; lo que es ajeno al debate casatorio, pretende que en sede casatoria se efectúe una revaloración de dicha instrumental lo que no se condice con la finalidad del recurso propuesto a que se contrae el numeral 384 del Código Procesal Civil, razón por la que no se satisface las exigencias previstas por la norma procesal para acceder al recurso propuesto.

Cuarto.- Que, en relación a lo expuesto en el apartado ii) la causal denunciada así propuesta no puede prosperar, habida cuenta que no cumple con las exigencias establecidas en el inciso 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, en razón que del sustento esgrimido por el impugnante no se advierte la incidencia directa de la infracción denunciada, debiendo citarse lo expuesto por el Tribunal Constitucional respecto a la omisión de pronunciamiento de cada uno de los

agravios expuestos en el recurso de apelación: (...) Que en el presente caso, el Tribunal advierte que la resolución cuestionada no adolece de motivación. Y si bien en ella no se alude puntualmente sobre cada uno de los agravios planteados en el escrito del recurso de apelación, es claro que tras las razones jurídicas que en ella se expresa es posible advertirse un rechazo implícito de las formuladas por el recurrente, tratándose por tanto de una típica motivación implícita”. (STC Exp. N° 4348-2005-PMTC). En esa medida se colige que el ad quem no ha trasgredido el principio de congruencia y motivación por cuanto ha considerado que el acto de notificación es el correcto así lo ha desarrollado en el considerando tercero de la recurrida, además que el sentido del fallo se condice con lo expuesto en sus considerandos fácticos y jurídicos, pues la materia que nos ocupa es el de ejecución de garantías, y es sobre ello que se ha resuelto la controversia al referir la Sala de mérito valorando la prueba actuada en el proceso principalmente el contrato materia de hipoteca, cuando indica que el acreedor no necesita resolver extrajudicialmente un contrato de garantía hipoteca como paso previo para iniciar su ejecución, además de indicar en relación al pago que el mismo se entiende efectuado, cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación materia de cobro, por el contrario ha considerado que los pagos efectuados incluso con posterioridad a la demanda deben deducirse en los términos que prevé el numeral 1257 del Código Civil; por consiguiente, se advierte que, lo que en el fondo pretende el recurrente es el reexamen de lo actuado, lo cual no está permitido en sede casatoria, deviniendo en improcedente el recurso propuesto. Por los fundamentos expuestos y de conformidad con el artículo 392 del Código acotado: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto a fojas ciento veintiocho por José Luis Mejía Huapaya **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* bajo responsabilidad; en los seguidos por Banco de Crédito del Perú con Liliana Mercedes Cortez Jara y otra sobre ejecución de garantía; intervino como ponente el Juez Supremo Castañeda Serrano.

SS. TÁVARA CÓRDOVA, RODRÍGUEZ MENDOZA, HUAMANÍ LLAMAS, CASTAÑEDA SERRANO, CALDERÓN CASTILLO

■ Para la ejecución de la hipoteca las obligaciones deben estar determinadas en el título

La garantía hipotecaria no puede ser objeto de ejecución por una obligación no determinada al momento de constituirse. Pues la obligación por el cual el acreedor pretendería ejecutar la hipoteca otorgada es distinta a la que fue garantizada en la escritura pública.

CAS. N° 199-2012-LIMA

Lima, tres de agosto de dos mil doce

VISTOS; con la razón emitida por la Secretaría de esta Sala Suprema de fecha treinta y uno de julio de dos mil doce, que obra a fojas cuarenta del cuaderno de casación; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la ejecutada Buckley Konno Arquitectos Ingenieros S.A.C., con fecha siete de diciembre de dos mil once, contra la resolución de vista que confirmando la apelada declara infundadas las contradicciones y ordena el remate del bien dado en garantía; para cuyo efecto debe calificarse los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio, conforme a lo previsto en la Ley N° 29364.

Segundo.- Que, el recurso de casación satisface los requisitos de admisibilidad regulados por el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la citada ley, en cuanto la recurrida es una resolución emitida por el órgano jurisdiccional superior, se interpuso dentro del plazo de ley, y ha cumplido con adjuntar el recibo que acredita el pago de la tasa judicial correspondiente, conforme se advierte del escrito de fojas treinta y siete del cuaderno de casación.

Tercero.- Que, el recurso de casación es eminentemente formal y para su procedencia, se debe satisfacer adecuadamente los requisitos referidos en el artículo 388 del Código Procesal Civil; respecto al requisito contenido en el inciso 1 del acotado artículo, se advierte que la empresa recurrente cumple con el mismo al haber impugnado la resolución de primera instancia que le era adversa; asimismo en cuanto al requisito señalado en el inciso 4 de la referida norma, la impugnante ha precisado que su pedido casatorio es revocatorio, cumpliendo con ello los presupuestos aludidos. En referencia a las exigencias contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, la recurrente invoca como causal casatoria la infracción normativa del artículo 172 de la Ley N° 26702, indicando que la garantía materia de este proceso fue otorgada bajo el imperio de las normas contenidas en la Ley N° 26702, modificada por la Ley N° 27851, como así se corrobora de la última parte de la cláusula primera de la citada escritura. En el presente caso, solo existe una obligación expresa afianzada, esto es el préstamo por la suma US\$ 539,000.00 dólares americanos que

se señala en el numeral 2.1; sin embargo, las obligaciones que se señalan en el numeral 2.2 no están determinadas, es decir, que frente a estas últimas estamos ante una hipoteca “de máximo”. En ese sentido, la resolución cuestionada señala erróneamente que la obligación derivada del pagaré de fojas treinta y nueve, está comprendida dentro de la garantía hipotecaria; en el caso de autos la garantía hipotecaria ha sido otorgada por un tercero y no por el deudor. Siendo esto así la hipoteca otorgada, además de adolecer de nulidad, no cumple con un requisito de forma previsto en la ley de la materia, no puede ser objeto de ejecución por una obligación no determinada al momento de constituirse, ya que la deuda proveniente del pagaré es posterior. La obligación por el cual el banco pretende ejecutar la hipoteca otorgada es distinta a la que fue garantizada en la escritura pública.

Cuarto.- Que, examinado el agravio y la pretensión impugnatoria reseñados en el considerando precedente, se puede colegir que la empresa recurrente no cumple con el requisito de procedencia contenido en el numeral 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, al no haber demostrado la incidencia directa de la supuesta infracción sobre la decisión impugnada, en tanto, conforme lo han establecido las instancias de mérito en las cláusulas 2.1 y 2.2 de la Escritura Pública de Constitución de Garantía Hipotecaria de fecha trece de mayo de dos mil nueve, la hipoteca no solo cubre el préstamo asumido por el deudor frente al demandante, sino también cubre los montos derivados de otras obligaciones, conforme lo señala el artículo 1104 del Código Civil, motivo por el cual debe calificarse negativamente el recurso propuesto.

Por estas consideraciones y de conformidad con el artículo 392 del Código Procesal Civil: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Buckley Konno Arquitectos Ingenieros S.A.C., de fojas trescientos ochenta y siete, su fecha siete de diciembre de dos mil once, contra la resolución de vista de fojas trescientos sesenta y dos del cuatro de octubre de dos mil once; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, conforme a ley; en los seguidos por Banco Continental sobre ejecución de garantías; notificándose y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Mendoza.

SS. TÁVARA CÓRDOVA, RODRÍGUEZ MENDOZA, HUAMANÍ LLAMAS, CASTAÑEDA SERRANO, CALDERÓN CASTILLO

■ En el proceso de ejecución de garantías no se puede ventilar asuntos relativos a la eficacia o validez del contrato que originó la deuda

En el proceso de ejecución de garantías no se discute las cuestiones del mutuo que origina la ejecución, sino el incumplimiento de la deuda contraída, como parte de ejecutar el pago de la suma puesta a cobro.

CAS. N° 2232-2011-LIMA

Lima, doce de marzo de dos mil doce

VISTOS; y, **CONSIDERANDO:**

Primero.- El recurso de casación obrante a fojas quinientos sesenta y seis, interpuesto por la empresa B & S Inversiones Agroindustriales Sociedad Anónima, contra la resolución de vista de fecha diecinueve de agosto de dos mil diez, de fojas ochocientos ocho, reúne los requisitos de admisibilidad contenidos en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364.

Segundo.- El artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, prescribe como requisitos de procedencia del recurso de casación: 1) que el recurrente no haya consentido previlmente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; 2) describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento inmotivado del precedente judicial; 3) demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada; 4) indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio, se precisará si es total o parcial, y si es este último, se indicará hasta donde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisará en qué debe consistir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado.

Tercero.- Como ha señalado esta Sala Suprema en reiterada jurisprudencia el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, es por ello, que sus fines esenciales constituyen la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido, su fundamentación por parte de la recurrente debe ser **clara, precisa y concreta**, indicando ordenadamente cuales son las denuncias que configuran la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, o las precisiones respecto al apartamiento inmotivado del precedente judicial.

Cuarto.- Por otro lado, el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, señala que: “El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”. La recurrente ha denunciado como causal del recurso de su propósito la infracción normativa de lo dispuesto en los artículos 2, 720 inciso 3), y 722 del Código Procesal Civil; 3 de la Ley N° 26639; 219 inciso 3, 1435 y 1996 inciso 3 del Código Civil.

Quinto.- En cuanto a la denuncia de infracción normativa del artículo 722 del Código Procesal Civil, alega la impugnante que respecto a la inexigibilidad de la obligación puesta a cobro, solo es factible contradecir el mandato de ejecución, en mérito a la extinción de la obligación tal como se encuentra detallada en su defensa, sin embargo, la Sala Superior deniega este pedido, al no considerar que no recibió el dinero materia del mutuo celebrado.

Sexto.- Cabe precisar que los argumentos de la recurrente conllevan a cuestionar el criterio jurisprudencial de las instancias de mérito, toda vez que, en el proceso de ejecución de garantías no se discute las cuestiones del mutuo que origina la ejecución, sino el incumplimiento de la deuda contraída, como parte de ejecutar el pago de la suma puesta a cobro; por lo que, este extremo del recurso deviene en improcedente al no haberse cumplido con los requisitos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364.

Sétimo.- Respecto a la infracción normativa del artículo 3 de la Ley N° 26639 señala la impugnante que la inscripción de aquellas garantías reales otorgadas a favor de personas ajenas al sistema financiero caducan a los diez años; sin embargo, la Sala Superior infringe esta norma al precisar que el Ministerio de Economía y Finanzas se encuentra revestido de dicho mandato a pesar de no ser una entidad del sector financiero.

Octavo.- Al respecto, las instancias de mérito han determinado que en el caso sublitis, existe cesión de derechos por parte del Banco Latino a favor de la parte actora; por lo tanto, no se encuentra sujeta la recurrente al computo del plazo de caducidad, toda vez que, la cesión de derechos no involucra la razón social ni el objeto de la entidad que compra dicha acreencia, por lo que, este extremo del recurso deviene en improcedente.

Noveno.- Con relación a la infracción normativa del inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil refiere la impugnante que pese a que las obligaciones cuyo cumplimiento se encuentra garantizado con la hipoteca garantizada, se encontraban prescritas al momento del emplazamiento con la demanda a los ejecutados, la Sala Superior sostiene la inexigibilidad de la obligación por el solo mérito de aparecer las referidas cambiales.

Décimo.- Al respecto, no resulta de aplicación la norma citada, toda vez que en sede de instancia se ha determinado que existen los documentos sustentarios de la obligación y el impago por parte de la empresa demandada, y que no se puede aplicar dichos plazos prescriptorios por tratarse de entidades financieras que en su momento otorgaron el mutuo hipotecario, por lo que, este extremo del recurso deviene en improcedente.

Décimo primero.- Sobre la denuncia de infracción normativa del inciso 3 del artículo 720 del Código Procesal Civil, e inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, sostiene la impugnante que al considerarse que la tasación es un requisito de admisibilidad de la demanda, y que solo podrá ser observada por la demandada en la etapa de ejecución, siendo prematuro su cuestionamiento por haber sido invocada en la etapa postulatoria. No obstante ello no se ha tenido en cuenta que las valorizaciones de los inmuebles fueron emitidas el veinticuatro de noviembre de dos mil siete, y la demanda fue presentada en el mes de diciembre de dos mil ocho, por lo que la tasación estaba vencida, en consecuencia trae consigo la invalidez de la misma, circunstancia que acarrea la nulidad de este documento y además atenta contra el principio de igualdad entre las partes procesales. Así como no permitir el cuestionamiento de este requisito de procedibilidad en la etapa postulatoria del proceso atenta el principio del derecho de defensa en cualquier estado del proceso.

Décimo segundo.- Al respecto, se advierte que en el proceso de ejecución de garantías solo constituye objeto de contradicción los supuestos establecidos en el artículo 720 del Código Procesal Civil, respecto a la valorización del inmueble objeto de remate; por lo tanto se ha verificado que si se cumplió con dicho requisito, en consecuencia la recurrente no ha cumplido con los requisitos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, por lo que las infracciones normativas procesales denunciadas son improcedentes.

Décimo tercero.- En relación a la denuncia de infracción normativa del artículo 1435 del Código Civil precisa la recurrente que cuando exista un contrato con prestación no ejecutadas total o parcialmente cualquiera de las partes puede ceder a un tercero la posición contractual, para lo cual se hace imperiosamente necesario que la otra parte preste su conformidad, supuesto fáctico que no ha ocurrido en autos; por lo tanto, la Sala debió declarar fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar por parte del demandante.

Décimo cuarto.- En los procesos de ejecución de garantías no se discute la validez de la cesión de derechos, sino el cumplimiento cabal de una obligación exigible por falta de pago de la ejecutada, por lo tanto este argumento del recurso casatorio deviene en impertinente, por lo que, este extremo del recurso deviene en improcedente.

Por tales consideraciones, y de conformidad con lo previsto en el artículo 392 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación obrante a fojas quinientos

sesenta y seis, interpuesto por la empresa B & S Inversiones Agroindustriales Sociedad Anónima, contra la resolución de vista de fecha diecinueve de agosto de dos mil diez, de fojas ochocientos ocho; y **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, sobre ejecución de garantías; y los devolvieron. Vocal Ponente: Acevedo Mena.

SS. VÁSQUEZ CORTEZ, ACEVEDO MENA, VINATEA MEDINA, YRIVARREN FALLAQUE, TORRES VEGA

Procede ejecutar sumas mayores al gravamen dejando a salvo el derecho de reclamar el saldo deudor

Del petitorio y de los hechos alegados, es posible determinar con claridad que la entidad bancaria pretende el pago de las sumas allí especificadas por parte de la demandada, y hace presente el monto por el que se constituyó la garantía real, y si bien la cuantía de la deuda resulta mayor al monto especificado en la hipoteca, ello no es óbice para proceder a la ejecución de la garantía hasta por la suma acordada, dejando a salvo el derecho respecto al saldo deudor.

CAS. N° 855-2013-AREQUIPA

Ejecución de garantía

Lima, veinte de mayo de dos mil trece

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero.- Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por el Curador Procesal de la Sucesión de Bacilia Espinoza Consa, mediante escrito de fojas trescientos quince, contra la resolución de vista de fojas doscientos noventa y cuatro, de fecha diecisiete de enero de dos mil trece, que confirmando la resolución apelada, declara fundada en parte la demanda; para cuyo efecto debe procederse a calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio, conforme a lo previsto en la Ley número 29364 que modificó –entre otros– los artículos 387, 388, 391 y 392 del Código Procesal Civil.

Segundo.- Que, verificando los requisitos de admisibilidad regulados en el artículo 387 del Código Procesal Civil: **i)** Se recurre una resolución expedida por la Sala Superior que pone fin al proceso; **ii)** Se ha interpuesto ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada; **iii)** Fue interpuesto dentro del plazo de los diez días de notificado con la resolución recurrida; y **iv)** No adjunta la tasa judicial por concepto del recurso de casación, por estar exonerado debido a que se trata de un curador procesal.

Tercero.- Que, previo al análisis de los requisitos de fondo, es necesario precisar que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que sus fines esenciales constituyen la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República; en ese sentido, su fundamentación por parte del recurrente debe ser **clara, precisa y concreta**, indicando ordenadamente cuáles son las denuncias que configuran la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, o las precisiones respecto al apartamiento inmotivado del precedente judicial.

Cuarto.- Que, respecto al requisito de fondo contemplado en el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil, la parte recurrente cumple con ello en razón a que no consintió el extremo de la resolución de primera instancia que le fue desfavorable.

Quinto.- Que, respecto a los requisitos contenidos en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, la parte recurrente denuncia como agravio: **La infracción normativa procesal del artículo 176 del Código Procesal Civil**, sostiene que en la resolución de vista no se ha interpretado ni aplicado correctamente la normativa que regula las excepciones, específicamente la referida a la excepción de ambigüedad en el modo de proponer la demanda, ya que se advierte incongruencia entre los hechos donde se refiere el monto de la garantía hipotecaria y la suma que se cobra por esta vía de ejecución de garantías, dando lugar a la nulidad de todo lo actuado de conformidad con la norma denunciada, debiendo reponerse la causa al estado de calificarse nuevamente la demanda, oportunidad en la que el juez de la causa deberá tener en cuenta si esta cumple con todos los requisitos de ley dada la naturaleza especial del proceso, pues de una simple lectura de las liquidaciones de saldo deudor practicadas con fecha dieciocho de junio de dos mil ocho, se aprecia que los intereses han sido calculados hasta febrero de dos mil diez el primero de ellos, y hasta febrero de dos mil tres el segundo. Asimismo el a quo no ha considerado a la demandada fallecida según acta de defunción de fojas cuarenta y dos, por lo que debió declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar el trámite de ley, y no solo suspender el séquito del proceso, pues el fallecimiento pone fin a la personalidad. Por ello, solicita que se revoque el auto de vista, se declare nulo el auto final de primera instancia y se declare fundada la excepción de ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

Sexto.- Que, al respecto, la causal que precede deviene en **improcedente**, por cuanto este Supremo Tribunal advierte que lo realmente cuestionado por el impugnante es la situación fáctica establecida en sede de instancia, así como la valoración de los medios de prueba efectuada por los jueces de mérito, que concluyen que del petitorio y de los hechos alegados, es posible determinar con claridad que la entidad bancaria pretende el pago de las sumas allí especificadas por parte de la demandada, y hace presente el monto por el que se constituyó la garantía real, y si bien la cuantía de la deuda resulta mayor al monto especificado en la hipoteca, ello no es óbice para proceder a la ejecución de la garantía hasta por la suma acordada, dejando a salvo el derecho respecto al saldo deudor, por lo que es correcto que la excepción propuesta haya sido declarada infundada. Y respecto a que no se tramitó el proceso conforme a ley por el fallecimiento de la demandada, de autos se tiene que se convocó a los sucesores de la citada demandada, y al no concurrir ninguno de ellos al proceso se nombró curador procesal, habiéndose tramitado la causa conforme a las reglas del Código Procesal Civil. En ese orden, lo que pretende el recurrente es forzar a esta Sala Suprema a emitir un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo que no se condice con los fines del recurso extraordinario de casación, esto es, la

interpretación del derecho objetivo y la unificación de los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Por las razones expuestas, al no haberse satisfecho las exigencias de fondo a que hace referencia el artículo 388 del Código Procesal Civil, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 392 del acotado Código, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el Curador Procesal de la Sucesión de Bacilia Espinoza Consa, mediante escrito de fojas trescientos quince, contra la resolución de vista de fojas doscientos noventa y cuatro, de fecha diecisiete de enero de dos mil trece; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Mi Banco - Banco de la Microempresa Sociedad Anónima contra la Sucesión de Bacilia Espinoza Consa, sobre Ejecución de Garantía; y los devolvieron. Ponente Señor Cunya Celi, Juez Supremo.

SS. VALCÁRCEL SALDAÑA, MIRANDA MOLINA, CUNYA CELI, UBILLÚS FORTINI, ARIAS LAZARTE

Saldo deudor después del remate es exigible de acuerdo con lo establecido en el artículo 724 del Código Procesal Civil

Si después del remate del bien dado en garantía hubiera saldo deudor, este será exigible mediante proceso ejecutivo de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 724 del Código Procesal Civil, no importando dicha decisión la infracción del principio de congruencia procesal.

CAS. N° 1250-2009-LIMA

Lima, tres de agosto de dos mil diez

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número mil doscientos cincuenta - dos mil nueve, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente expide la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos sesenta y cinco por **José Augusto Ernesto Domingo Barrios Sousa y Gloria María Labarthe Pflucker de Barrios**, contra la resolución de vista obrante a fojas seiscientos seis, su fecha veintiséis de noviembre de dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la resolución apelada obrante a fojas trescientos noventa y nueve, que declara infundada en parte la contradicción y ordena se proceda al remate de los bienes dados en garantía.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema, según resolución de fecha veinte de noviembre del año próximo pasado, obrante a fojas sesenta del Cuaderno de Casación, ha declarado procedente el recurso por las causales casatorias contempladas en los incisos 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativas a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y la inaplicación de una norma de derecho material, causales vigentes a la fecha de interposición del presente medio impugnatorio, bajo los siguientes términos:

- 1) **La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso contenido en el artículo 1390, inciso 3, de la Constitución Política del Estado.** Los impugnantes alegan:
 - 1.1) **La violación del artículo 396, numeral 2, inciso 2.2 y último párrafo del Código Procesal Civil**, pues la Sala Comercial no cumplió con aplicar la Casación N° 5619-2007, que ordenó la nulidad de las

Resoluciones número siete y ocho, recaídas en este expediente, que tiene fuerza obligatoria para el órgano jurisdiccional inferior; refieren que la Sala Superior debió llamar a nueva vista de la causa a la Sala en pleno y no llamar a un vocal dirimente, pues no existían las resoluciones cuestionadas a dirimir, por haber sido anuladas por la Sala Suprema; asimismo, la Sala Comercial debió escuchar el nuevo informe oral, citándose para la nueva vista de la causal, violándose el derecho de defensa contenido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política.

- 1.2) **La violación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, al haber liquidado intereses en sentencia y ordenado más intereses en esta, yendo más allá del petitorio de la demanda, contraviendo el principio “el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que no han sido alegados por las partes”; señalan que la sentencia de primera instancia y segunda instancia ordenan el pago de intereses ascendentes a la cantidad de trescientos trece mil cuarenta y cinco dólares americanos con dieciséis centavos de dólar como capital, más intereses, costas y costos; los intereses liquidados por la juez no están contenidos en esos términos en el petitorio de la demanda, asimismo, no se pronuncia si debemos o no pagar la suma de quinientos cinco mil setecientos cuarenta y tres dólares americanos con dieciséis centavos de dólar y abusivamente mandan a pagar la suma de ciento noventa y seis ciento trece dólares americanos por hipoteca, suma que no ha sido demandada.
 - 1.3) **La violación del artículo 746 del Código Procesal Civil**, pues les ha causado indefensión, toda vez que la sentencia de primera instancia y la segunda sentencia de vista liquidan intereses con la sentencia sin dar oportunidad a contradecirlos; alegan que de conformidad con el precitado artículo 746, los intereses se liquidan en ejecución de sentencia y esta labor la efectúa el secretario, se corre traslado a las partes quienes pueden observar la liquidación.
 - 1.4) **La violación del artículo 122, inciso 3, del Código Procesal Civil**, pues la Sala no se pronuncia sobre el punto 2.2 de su recurso de apelación a la sentencia de primera instancia, que cuestiona lo afirmado en el considerando décimo de la sentencia, ya que falsamente la juez manifiesta que todas las cuotas se habían vencido; sostienen que demostraron con arreglo al anexo quinto del Plan de Reestructuración que la contraria reconoce como válido a solo tres de las diez cuotas que estaban vencidas y que toda la deuda fue pagada inclusive en forma adelantada.
2. **La aplicación del artículo 82, inciso e, de la Ley General del Sistema Concursal - Ley N° 27809**: alegan que conforme al precepto legal citado cuando una empresa se encuentra en liquidación toda la deuda se vuelve

exigible descontándose los intereses que falten para el vencimiento, en este caso se habían vencido las cuotas del treinta de junio de dos mil cuatro por las cantidades de dos mil quinientos ochenta y tres dólares americanos con setenta y un centavos de dólar, y, seis mil seiscientos veintiocho dólares americanos con sesenta y cinco centavos de dólar del treinta de diciembre de dos mil cuatro y la del treinta de junio de dos mil cinco por trece mil dólares novecientos cuatro dólares americanos con seis centavos de dólar, las que ya tenían incluidos intereses, todas se pagaron, hasta las de vencimiento futuro, que también contenían intereses y así lo reconoce el banco en el documento que como Anexo G acompaña a su demanda.

CONSIDERANDOS:

Primero.- Que por lógica jurídica se establece que si el recurso de casación contuviera causales relativas al error *in procedendo* y al error *in iudicando*, deberá entenderse el primero de los errores como tema principal y el segundo como tema subordinado, de modo que si esta Sala Suprema estimara la viabilidad de la primera causal, deberá de abstenerse de pronunciarse respecto de la causal relativa a los errores de orden sustantivo, en virtud de los efectos que el mismo conlleva cuando se declara fundado el medio impugnatorio por infracción o violación de las normas vinculadas al debido proceso.

Segundo.- Que, en cuanto se refiere a la causal que tiene relación con la afectación de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, es necesario realizar las siguientes precisiones: i) La presente controversia versa sobre la demanda interpuesta por Banco Wiese Sudameris (hoy Scotiabank Perú S.A.A.) solicitando en vía del proceso de ejecución de garantías que los demandados José Augusto Barrios Sousa, Gloria Mariella Labarthe Pfiucker de Barrios y la empresa Agro Guayabito S.A. en liquidación cumplan con pagarle la suma de quinientos cinco mil setecientos cuarenta y tres dólares americanos con dieciséis centavos, más intereses moratorios y compensatorios que se generen, bajo apercibimiento de rematarse los inmuebles otorgados en garantía hipotecaria por escritura pública de fecha tres de enero de mil novecientos noventa y siete. ii) Examinados los argumentos expuestos en el escrito de contradicción de los ejecutados José Augusto Ernesto Domingo Barrios Sousa y Gloria Mariella Labarthe Pfiucker de Barrios obrante a fojas ciento cuarenta y cuatro se desprende lo siguiente: **a)** Según refieren que la obligación puesta a cobro ya ha sido cancelada con creces en el proceso concursal seguido por Banco Wiese Sudameris con la obligada principal Agro Guayabito S.A.; **b)** La mencionada empresa fue declarada insolvente el cuatro de setiembre de dos mil uno, conforme se corrobora a fojas ciento trece; **c)** El dieciséis de enero de dos mil cuatro, la Junta de Acreedores de Agro Guayabito S.A. aprobó el Plan de Reestructuración de dicha empresa, obrante a fojas ciento doce; **d)** El mencionado acuerdo reconoce la deuda denominada “super privilegiada” a favor del Banco Wiese Sudameris por la cantidad de un millón ochocientos treinta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro dólares americanos con cincuenta y cinco centavos, la que debía

ser pagada en diez cuotas a partir del año dos mil cuatro a dos mil seis, según es de verse a fojas ciento sesenta y uno; e) Sin embargo, la insolvente canceló dicho crédito el seis de enero de dos mil seis, afirmación que no es negada por los ejecutados, precisando que lo que se pretende cobrar en este proceso son los intereses por el pago atrasado de dicha deuda; y f) Se aprobó Convenio de liquidación el veintiocho de setiembre de dos mil cinco, conforme es de verse de fojas cuatrocientos siete.

Tercero.- Que, sobre los argumentos expuestos en el recurso de casación descritos en el rubro 1.4) de la presente resolución, referidos a la falta de motivación de la resolución impugnada, consistentes en que la Sala Superior no se habría pronunciado sobre el punto 2 2 de su recurso de apelación, desconociendo el estado de liquidación de la obligada principal Agro Guayabito S.A., al haberse celebrado el Convenio de Liquidación de fecha veintiocho de setiembre de dos mil cinco, obrante a fojas cuatrocientos siete, el mismo que tiene la calidad de instrumento público, y al no valorarlo ha omitido aplicar el contenido de la cláusula vigésima primera que señala lo siguiente: “los créditos reconocidos no devengarán intereses a partir de la suscripción del convenio de liquidación”, por tanto, los impugnantes concluyen que los intereses pretendidos por la demandante son indebidos.

Cuarto.- Que, es del caso señalar que el proceso de ejecución de garantías contemplado por el artículo 720 del Código Procesal Civil, aplicable por razón de temporalidad de la norma, está diseñado para hacer efectivo el derecho contenido en el título de ejecución, proceso en el que los medios de defensa se encontraban señalados taxativamente en el artículo 722 del Código Procesal Civil, esto es, la parte ejecutada solo puede alegar la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita.

Quinto.- Que, en el presente caso, es de verse que los ejecutados cuestionan la pretensión alegando, entre otras razones, la calidad de insolvente del obligado principal Agro Guayabito S.A., señalando que no es posible el pago de la cantidad demandada por cuanto esta constituye el cobro de intereses de la denominada deuda “super privilegiada” descrita en el Anexo V del Plan de Reestructuración Patrimonial de fojas ciento doce, toda vez que de acuerdo a la cláusula vigésima primera del Convenio de Liquidación de fecha veintiocho de setiembre de dos mil cinco, los créditos reconocidos no devengarán intereses a partir de la suscripción de dicho Convenio.

Sexto.- Que, de acuerdo a lo expuesto, conviene anotar que el Banco Wiese Sudameris solicita Pública del doce de agosto de mil novecientos noventa y tres, modificada por Escritura Pública de fecha tres de enero de mil novecientos noventa y siete, obrantes a fojas catorce y veintidós, respectivamente, por los garantes José Augusto Barrios Sousa y Gloria Mariella Labarthe Pflucker de Barrios, la misma que garantiza las obligaciones de cargo de la firma Agro Guayabito S.A., sean unas y otras de fecha anterior, coincidente o posterior al

documento de garantía y en especial para garantizar sus operaciones de crédito tanto en moneda nacional como extranjera, sea en forma de créditos, sobregiros, avales, fianzas, créditos con avales y/o pagarés, descuentos de letra de cambio, dejando constancia que las operaciones que se detallan son solo enunciativas y no limitativas. Si bien es cierto que la firma Agro Guayabito S.A. ha sido declarada insolvente; sin embargo, dicha situación no perjudica la garantía objeto de ejecución, ello en aplicación de lo señalado por el artículo 17.3 de la Ley General del Sistema Concursal - Ley N° 27809, el cual establece que la inexigibilidad de las obligaciones del deudor no afecta que los acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de los terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original. De otra parte, si bien la Cláusula Vigésima Primera del Convenio de Liquidación estipula la no aplicación de intereses, no obstante, conforme a lo señalado en el artículo 81.1 de la mencionada Ley Concursal el citado Convenio será obligatorio para quienes lo hubieran aprobado, incluso para quienes no hayan asistido a la Junta, se hayan opuesto a dicho Convenio o no tengan créditos reconocidos por la Comisión, debiendo entenderse que dicha norma se aplica a la relación entre los acreedores y el concursado, hayan o no participado en el procedimiento concursal, empero, como ya se ha señalado anteriormente, la presente demanda está dirigida contra los terceros garantes ajenos al procedimiento concursal, por tanto, los argumentos antes expuestos no tienen base cierta, los cuales en realidad implican un pedido de probanza por parte de los recurrentes a fin de que este Supremo Tribunal valore los medios probatorios, labor que resulta ajena a los fines del recurso de casación, contemplados en el artículo 384 del Código Procesal Civil antes de la modificatoria de la Ley N° 29364, debiendo por ende ser desestimado este extremo del recurso.

Sétimo.- Que, en cuanto a los argumentos descritos en el numeral 1.3), referentes al cobro de intereses en las sentencias de mérito sin oportunidad de contradecirlos, cuando ello debió ser planteado en ejecución de sentencia acorde a lo señalado por el artículo 746 del Código Procesal Civil, es del caso señalar que la ejecutante solicita el cobro de los intereses devengados por el atraso en el pago del crédito denominado “super privilegiado” aprobado por el Plan de Reestructuración Patrimonial, amparando su pretensión en la constitución de la hipoteca de fojas catorce, modificada a fojas veintidós, la cual tiene como objeto garantizar toda clase de deudas y créditos de la obligada principal Agro Guayabito S.A., conforme aparece de la Cláusula Primera de la antes mencionada garantía, no distinguiendo de la misma que solo garantice capital, tanto más si el artículo 746 del Código Procesal Civil, aplicable por temporalidad de la norma, regula el pago de los intereses en ejecución de sentencia, por tanto, este extremo del recurso también resulta inatendible.

Octavo.- Que, respecto a los agravios descritos en el rubro 1.2) de la presente resolución, consistentes en la infracción del principio de congruencia contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, cabe señalar que la juez ordena el remate de los inmuebles hipotecados hasta por la suma de

ciento noventa y seis mil ciento trece dólares americanos, monto al que asciende la hipoteca que es materia de ejecución, siendo que si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, este será exigible mediante proceso ejecutivo de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 724 del Código Procesal Civil, no importando dicha decisión la infracción del principio de congruencia procesal.

Noveno.- Que, en cuanto a los argumentos esgrimidos en el punto 1.1), referentes a que se ha inaplicado el artículo 396 parte final, del Código Procesal Civil, pues según afirman los recurrentes la Sala Superior incumple con lo ordenado en la Casación N° 5619-2007 recaída en este expediente, que tiene fuerza obligatoria; sin embargo, cabe señalar que la Sala Suprema por Sentencia de fecha diecisiete de abril de dos mil ocho, obrante a fojas quinientos setenta y cuatro, declaró fundado el recurso de casación de los cónyuges ejecutados, consecuentemente, nulas las Resoluciones número siete y ocho, en virtud de que la resolución recurrida número ocho había sido suscrita solo por dos magistrados, contravieniendo lo dispuesto por los artículos 139, inciso 3, de la Constitución Política, 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 121, parte pertinente, del Código procesal Civil, ordenando, por ende, a la Sala Superior proceda de acuerdo a ley, siendo que por Resolución número doce, obrante a fojas quinientos ochenta y dos la Sala Superior pone en conocimiento de la discordia producida, llamando al Juez Superior dirimente, habiéndose emitido la resolución conforme a lo ordenado como es de verse de fojas seiscientos seis, su fecha veintiséis de noviembre de dos mil ocho, dando cumplimiento a lo ordenado por esta Sala Suprema, no evidenciándose el incumplimiento de la Sentencia Casatoria dictada por este Supremo Tribunal.

Décimo.- Que, en cuanto a la causal *in iudicando*, cabe señalar que la inaplicación de una norma de derecho material se presenta cuando el juez, por medio de una valoración conjunta y razonada de las pruebas, establece como probado ciertos hechos alegados por las partes, los mismos que guardan relación de identidad con determinados supuestos tácticos de una norma jurídica material, la cual no es aplicada pese a ser la pertinente para resolver el conflicto de intereses.

Undécimo.- Que, los impugnantes sostienen que cuando una empresa se encuentra en liquidación toda la deuda se vuelve exigible descontándose los intereses que falten para el vencimiento, en este caso se hablan vencido las cuotas del treinta de junio y treinta de diciembre de dos mil cuatro, así como la del treinta de junio de dos mil cinco, las que ya tenían incluidos los intereses, siendo que estas se pagaron hasta las de vencimiento futuro, que también contenían intereses.

Duodécimo.- Que, el artículo 82, inciso e), de la Ley General del Sistema Concursal estipula que son efectos inmediatos de la celebración del Convenio de Liquidación que todas las obligaciones de pago del deudor se harán exigibles, aunque no se encuentren vencidas, descontándose los intereses correspondientes al plazo que falte para el vencimiento.

Décimo tercero.- Que, sobre el particular, los impugnantes denuncian el tema de los efectos del Convenio de Liquidación aprobado en el proceso concursal de reestructuración patrimonial de la empresa Agro Guayabito S.A.; sin embargo, cabe anotar, conforme ya se ha señalado en los considerandos precedentes, que los efectos de dicho convenio solo alcanzan a las relaciones surgidas entre los acreedores y el concursado, mas no a los terceros ajenos al deudor, los cuales no tienen calidad de acreedores que participen o no en el procedimiento concursal, por consiguiente, esta denuncia tampoco resulta amparable.

Décimo cuarto.- Que, consecuentemente, esta Sala Suprema llega a la conclusión que el presente medio impugnatorio debe ser declarado infundado al no configurarse las causales casatorias denunciadas.

DECISIÓN: Por tales consideraciones y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397, primer párrafo, del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos sesenta y cinco por José Augusto Ernesto Domingo Barrios Sousa y Gloria Labarthe Pflucker de Barrios; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas seiscientos seis, su fecha veintiséis de noviembre de dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima; **ORDENARON** a los recurrentes el pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* bajo responsabilidad; en los seguidos con Banco Wiese Sudameris, sobre ejecución de garantías; y los devolvieron. Interviene como ponente el Juez Supremo señor Almenara Bryson.

SS. ALMENARA BRYSON, LEÓN RAMÍREZ, VINATEA MEDINA, ÁLVAREZ LÓPEZ, VALCÁRCEL SALDAÑA

El lanzamiento del bien inmueble impide interponer tercería de propiedad para reclamarlo

Si el juez ha ordenado el lanzamiento del inmueble que ha sido objeto de litis, hace suponer que dicho bien fue objeto de remate y adjudicación. Ergo, no es posible instar la pretensión de tercería, ello con arreglo al artículo 534 del Código Procesal Civil que señala que, se puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien.

CAS. N° 4010-2012-CUSCO

Tercería de Propiedad

Lima, veinte de mayo de dos mil trece

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero.- Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación anulatorio interpuesto por Gloria Ofelia Macedo Aguirre, contra la resolución de vista número veintidós de fecha doce de junio de dos mil doce, que confirma el auto contenido en la resolución número uno, su fecha veinticinco de agosto de dos mil once, obrante a folios sesenta y dos que declara improcedente la demanda interpuesta por Carlos Enrique Guerra Macedo y Gloria Ofelia Macedo Aguirre sobre, Tercería de Propiedad.

Segundo.- Que, el acto de calificación del recurso de casación, conforme lo dispone el artículo 387 del Código Procesal Civil modificado por la Ley número 29364, comprende inicialmente la verificación del cumplimiento de requisitos de admisibilidad, relacionados con: a) **Naturaleza del acto procesal impugnado:** que lo que se impugne sea una sentencia o un auto expedido por una Sala Superior que como órgano de segundo grado ponga fin al proceso. b) **Recaudos especiales del recurso:** Si el recurso de casación es interpuesto ante la Corte Suprema, debe acompañarse copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad, lo que no es exigible si se interpone ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada. c) **Verificación del plazo:** que sea interpuesto dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda. d) **Control de pago de la tasa judicial:** según la tabla de aranceles judiciales vigente al tiempo de la interposición del recurso.

Tercero.- Que, en el presente caso, el recurso de casación satisface los requisitos de admisibilidad antes mencionados, en cuanto se dirige contra la resolución de vista contenida en la resolución número veintidós, de fecha doce de junio de dos mil doce, expedida en apelación por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, no requiriendo adjuntar los recaudos adicionales en tanto se interpuso

ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada, como consta del cargo obrante a folio trescientos treinta y ocho, observando el plazo legal, pues la resolución de vista se notificó a la recurrente el dieciocho de junio de dos mil doce, según cargo de folio trescientos veinticinco, y el recurso se presentó el tres de julio de dos mil doce. Finalmente se cumple con el pago de la tasa judicial como consta de folio trescientos treinta y tres.

Cuarto.- Que, en tal contexto, corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 388 del Código Procesal Civil. Así tenemos: a) Al no haber consentido la recurrente la resolución de primera instancia contenida en la resolución número uno, que le ha sido adversa, satisface el requisito establecido por el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil. b) En cuanto a la descripción con claridad y precisión de la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, referido en el inciso 2 del artículo 388 del Código Procesal Civil, se tiene que la recurrente denuncia la causal de **“infracción normativa procesal del artículo 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil concordante con el artículo 139 incisos 3, 5 14 de la Constitución Política del Estado”**. Señala que en la causa número ciento veintisiete - mil novecientos noventa y siete, no se ha demandado la división y partición del departamento ubicado en la calle Maruri número trescientos setenta y siete de la ciudad del Cusco al que no alcanza el remate ni alcanza la adjudicación, pues en dicho proceso los demandantes como copropietarios únicamente demandaron la división y partición del Ex Cine Teatro Cusco, es decir, de la calle Maruri número trescientos setenta y cinco de la ciudad del Cusco, y que por tanto el lanzamiento no puede alcanzar a un bien inmueble que no es objeto de litis; acreditada la copropiedad de los dos citados inmuebles, se debe declarar fundado el recurso de casación.

Quinto.- Que, los argumentos de la recurrente, deben **desestimarse**, por cuanto de su lectura se advierte no solo la exposición ambigua e imprecisa del tema en controversia, sino también que no cumple con señalar el grado de trascendencia o influencia que su corrección traería al modificarse el sentido del fallo o de lo decidido en la resolución que se impugna, por cuanto la oportunidad **para instar la pretensión de Tercería es con arreglo al artículo 534 del Código Procesal Civil, que señala que puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien**; y, siendo que la accionante al fundamentar su pretensión –escrito postulatorio de folio cuarenta y dos– indica “son demandados los adquirentes por remate de la causa número 127-1997 (...) dentro del procedimiento principal de la causa número 127-1997 ordene la suspensión de la ejecución de lanzamiento ordenado con fractura de cerradura y rotura de obstáculos (...)” [Sic] se advierte que en el aludido proceso, el juez ha ordenado el lanzamiento del inmueble que ha sido objeto de litis, lo que hace suponer que dicho bien fue objeto de remate y adjudicación, razón por la cual, el agravio planteado debe desestimarse. En consecuencia, de conformidad con el artículo 392 del Código Procesal Civil, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación de fojas trescientos treinta y ocho interpuesto por Gloria Ofelia Macedo Aguirre

contra la resolución de vista de fojas trescientos diecinueve expedida con fecha doce de junio de dos mil doce; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; bajo responsabilidad; en los seguidos por Carlos Enrique Guerra Macedo y otra contra Bor Liang Paul Den y otros, sobre Tercería de Propiedad; y los devolvieron. Ponente Señor Arias Lazarte, Juez Supremo.

SS. VALCÁRCEL SALDAÑA, MIRANDA MOLINA, CUNYA CELI, UBILLÚS FORTINI, ARIAS LAZARTE

La ejecución extrajudicial de una garantía mobiliaria es facultativa del acreedor

Tratándose de garantías mobiliarias, se ha establecido en la Ley la posibilidad de su ejecución extrajudicial para el supuesto de incumplimiento de pago del deudor. Sin embargo, se puede advertir, que ello es facultativo al acreedor garantizado, puesto que se deja la opción al acreedor, de solicitar la ejecución judicial bajo las formalidades previstas en el Código Procesal Civil, esto es, bajo los alcances del proceso de ejecución de garantía, por lo cual resulta claro, que el recurrente tiene expedita la vía del proceso de ejecución para procurar la cancelación de pago del saldo deudor.

CAS. N° 4165-2010-UCAYALI

Lima, veintinueve de noviembre de dos mil once

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número cuatro mil ciento sesenta y cinco de dos mil diez, en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, expide la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas ochenta y dos por la actora Financiera Confianza S.A. contra la resolución de vista, su fecha dieciséis de agosto de dos mil diez, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, la cual revoca la resolución apelada que denegó la demanda de ejecución de garantía mobiliaria y reformándola declaró improcedente dicha demanda.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha nueve de agosto de dos mil once declaró procedente el recurso de casación por las siguientes causales:

I. Interpretación errónea del artículo 47 de la Ley N° 28677 - Ley de Garantía Mobiliaria, alega la impugnante que la recurrida ha interpretado erróneamente el dispositivo denunciado al señalar que: “(...) el artículo 47 de la citada ley, viabiliza que en caso no se pueda ejecutar la venta extrajudicial podrá recurrir al órgano jurisdiccional conforme a las normas del Código Procesal Civil, siendo asimismo, que no precisa la vía procesal correspondiente”, refiere que de la interpretación correcta del referido artículo conforme al inciso 6 del mismo que expresamente sostiene: “6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y, en su caso al constituyente y al representante y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán

convenir un plazo distinto”, se desprende que efectivamente la norma referida si establece la vía procedimental para la ejecución de garantía mobiliaria al remitirse a la norma adjetiva, siendo la referida vía la del Proceso Único de Ejecución, regulado por el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de Decreto Legislativo N° 1069. **II. Infracción normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado**, expone la recurrente que la resolución materia de casación, al haber reformado la apelada y declarado improcedente la demanda interpuesta, ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y específicamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación al acceso a la justicia, toda vez que producto de una interpretación errónea del artículo 47 de la Ley N° 28677 - Ley de Garantías Mobiliarias, el ad quem ha procedido a establecer que la demanda interpuesta no posee vía procedimental específica para su tramitación, declarándola improcedente, privándonos de esta forma de acceder a la justicia.

III. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, habiéndose declarado procedente el recurso de casación por la causal referida a la infracción normativa procesal, cabe señalar que esta implica la infracción a la norma que rige el procedimiento cuando afecta los derechos procesales constitucionales que hacen inviable la decisión de carácter procesal, conocido en la doctrina como error *in procedendo*.

Segundo.- Que, en tal sentido, la infracción normativa procesal es sancionada ordinariamente con nulidad procesal, la misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos. El estado de nulidad potencial no puede afectar el debido proceso ya sea por ser subsanable el vicio, por convalidación o porque el acto cumplió con su finalidad. La garantía al debido proceso implica también el administrar justicia de acuerdo a las normas procesales, ya sea porque en razón a su texto, son consideradas imperativas o de estricto cumplimiento; consecuentemente está sancionada su omisión o cumplimiento deficiente con la respectiva declaración de nulidad, siendo ello así, es tarea de esta Suprema Sala, revisar si la vulneraron o no las normas que establecen expresamente un determinado comportamiento procesal con carácter de obligatoriedad, deviene en la nulidad del acto procesal viciado.

Tercero.- Que, en el presente caso, la resolución recurrida revoca la apelada que denegó la demanda y reformándola declaró improcedente la referida demanda, por considerar que la Ley N° 28677 - Ley de Garantía Mobiliaria no establece que el contrato de garantía mobiliaria tenga la calidad de título ejecutivo, **máxime si el artículo 47 de dicha ley prevé que en caso que no se pueda ejecutar la venta extrajudicial se recurra a las normas del Código Procesal Civil, sin embargo no precisa la vía procesal correspondiente.**

Cuarto.- Que, en principio, debe precisarse que las alegaciones de la recurrente se encuentran referidas al derecho a la observancia al debido proceso, que comprende a su vez un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo del derecho a un juez natural, el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, la actividad probatoria, la motivación adecuada de las resoluciones judiciales, la economía y celeridad procesal, entre otros, por tanto resulta evidente que el derecho al debido proceso no solo puede ser analizado desde una dimensión estrictamente formal, referida al cumplimiento de las formalidades procesales o la contravención de normas procedimentales, sino que puede ser analizado desde su dimensión sustancial, esto es, por ejemplo, la motivación adecuada de la sentencia, verificando si esta corresponde al ordenamiento jurídico y a los medios probatorios actuados en el proceso, pues solo de este modo será posible prevenir el error o la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales, precisamente para este segundo supuesto, el Tribunal Constitucional ha precisado que el control de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales deberá hacerse de acuerdo al test de exámenes de razonabilidad, coherencia y suficiencia.

Quinto.- Que, antes de absolver las denuncias planteadas, conviene precisar que la Ley N° 28677, vigente desde el treinta de junio de dos mil seis, tiene por objeto regular la garantía mobiliaria para asegurar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras; en ese sentido, el Título III, Capítulo Único, prevé la ejecución de la garantía mobiliaria, fijando en su artículo 47 los lineamientos para la venta extrajudicial “Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil: (...) 3. Producido el incumplimiento del deudor, del cual dejará constancia el acreedor garantizado mediante carta notarial dirigida al deudor y al representante y, en su caso, al constituyente, el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, después de transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial. (...) 6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y, en su caso al constituyente y al representante y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto”.

Sexto.- Que, en ese sentido, se aprecia que si bien el objetivo del legislador es dar una mayor celeridad a los casos de garantías mobiliarias, para lo cual **ha establecido en la ley la posibilidad de la ejecución extrajudicial para el supuesto de incumplimiento de pago del deudor**, sin embargo, se puede advertir, que ello es facultativo al acreedor garantizado, es decir, del numeral 6 del artículo 47 de la Ley N° 28677 se desprende que **deja la opción al acreedor de solicitar la ejecución judicial bajo las formalidades previstas en el Código Procesal Civil, esto es, bajo los alcances del proceso de ejecución de garantía, previsto en los artículos 720 y siguientes del precitado Código, por**

lo cual resulta claro, que el recurrente tiene expedita la vía del proceso de ejecución para procurar la cancelación de pago del saldo deudor.

Sétimo.- Que, de lo expuesto, se colige que las instancias de mérito aplicaron erróneamente el artículo 47 de la Ley N° 28677, deviniendo en incorrecta la conclusión a la que arribaron, con lo cual se infringe los principios constitucionales referidos al debido proceso previstos en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución; por consiguiente, corresponde al juzgador verificar de acuerdo a lo expuesto la verdadera naturaleza de la pretensión.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 inciso 2 del Código Procesal Civil: **a) Declararon FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas ochenta y dos por Financiera Confianza S.A., en consecuencia, **CASARON** la resolución de vista expedida por la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, su fecha dieciséis de agosto de dos mil diez, obrante a fojas setenta y cuatro, la cual revoca la apelada y reformándola declaró improcedente la demanda, resultando por tanto **insubsistente** la referida resolución de vista. **b) ORDENARON** el reenvío de los autos a la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, a fin de que expida nueva resolución teniendo en cuenta lo expuesto en los considerandos precedentes. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Financiera Confianza S.A., con Industrias Wong S.A.C., Francisco Wong Chuquizuta y Jeanette Panduro Tapia, sobre ejecución de garantía mobiliaria; y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Juez Supremo señor Vinatea Medina.

SS. DE VALDIVIA CANO, HUAMANÍ LLAMAS, PONCE DE MIER, VINATEA MEDINA, CASTAÑEDA SERRANO

Sistema Peruano de información Jurídica - SPIJ, a Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 3179-2004-AARC

■ Se requiere la intervención de fiscal dictaminador en la ejecución de garantías que involucra derechos de menores

En el presente caso resultaba obligatoria la emisión de dictamen previo a la decisión final, dado el interés económico que tienen los menores involucrados en el presente proceso, a fin de cautelar su derecho y en observancia del Principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del ordenamiento precitado, debiendo precisarse que al no haberse emitido dictamen previo desde primer grado, corresponde al juez encargado emitir nueva decisión, previa emisión del dictamen, en atención a la normativa que garantiza el derecho de los menores.

CAS. N° 1305-2010-CUSCO

Lima, diez de mayo de dos mil once

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Con el acompañado; vista la causa número mil trescientos cinco - dos mil diez, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente conforme a ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas quinientos veintiuno por doña Justina Pacori Quispe, contra el auto de vista de fojas quinientos nueve, su fecha tres de marzo de dos mil diez, que confirmando el auto apelado, de fecha quince de abril de dos mil ocho, corriente a fojas trescientos uno, declara infundada la contradicción formulada por la recurrente, y en consecuencia ordena proceder con el remate de los inmuebles dados en garantía.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Esta Sala Civil mediante auto calificadorio de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, declaró la procedencia excepcional del recurso de casación basado en los argumentos siguientes: **i)** que del escrito de contradicción a la ejecución presentada por doña Justina Quispe Pacori, en su calidad de tutora de las menores herederas de los deudores fallecidos Julián Leonidas Ortíz y Juana Francisca Pacori Quispe, se fundó en las causales de **inexigibilidad de la obligación y extinción de la obligación**; sin embargo, la resolución de vista no emite pronunciamiento alguno acerca de la **extinción de la obligación**, exponiendo escuetamente que la Resolución Administrativa del Indecopi “que declaró la cancelación de la deuda con el seguro de desgravamen, por el fallecimiento de los titulares; no produce ninguna consecuencia jurídica, por haber sido revocada por Resolución número 0795-2007/TDC-INDECOPI”, estimando el recurso por **infracción de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución**

Política del Estado; ii) Asimismo, advierte el Tribunal de Casación, que en el presente proceso de ejecución de garantías intervienen las menores de edad Xuzhell Nazhira, Duzka Zháre y Julemy Naoki Ortiz Pacori, representadas por Justina Pacori Quispe, no obstante, no obra en autos que haya intervenido el representante del Ministerio Público, lo que implicaría a su vez la **infracción de lo regulado en los artículos 142 y 144 inciso b) del Código de Los Niños y Adolescentes, así como el numeral IX del Título Preliminar del mismo cuerpo legal, que resguarda el interés superior del menor.**

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- Que, el debido proceso, está referido al respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, por el cual se posibilite que toda persona pueda recurrir a la justicia para obtener tutela jurisdiccional efectiva, a través de un procedimiento legal con la observancia de las reglas procesales establecidas para el procedimiento y a través del cual las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley.

Segundo.- Que, el principio de la motivación de los fallos judiciales constituye una exigencia que esta regulada como garantía constitucional, consagrada en el artículo 139 inciso 5, de la Constitución Política del Estado, el cual asegura la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, ella resguarda a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias de los jueces, quienes de este modo no pueden ampararse en imprecisiones subjetivas ni decir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas en que sostienen sus juicios y a valorarlas racionalmente; en tal sentido, la **falta** de motivación no puede consistir, simplemente, **en que** el juzgador no exponga la línea de razonamiento que lo determina a decidir la controversia, sino también en no ponderar los elementos introducidos en el proceso de acuerdo con el sistema legal, es decir, no justificar suficientemente la parte resolutive de la sentencia a fin de legitimarla. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que **“el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificados en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso”.**

Tercero.- Que, bajo dicho contexto, la motivación escrita de las resoluciones judiciales constituyen un principio y un derecho de la función jurisdiccional, y debe ser el resultado del razonamiento jurídico que efectúa el juzgador sobre la base de los hechos acreditados en el proceso (los que forman convicción sobre la verdad de ellos) y la aplicación del derecho objetivo. Sin embargo, cuando dicho razonamiento jurídico viola las reglas de la lógica en su estructura se incurre en lo que se denomina como “error *in cogitando*” o de incoherencia.

Cuarto.- Que, mediante escrito de fojas noventa y cuatro, el Banco Continental Sucursal Cusco interpone demanda de ejecución de garantías contra la Sucesión

de la sociedad conyugal conformada por Julián Leonidas Ortiz Romero y Juana Francisca Pacori Quispe, a fin de cumplan con pagarle la suma ascendente a cuarenta y seis mil uno dólares americanos con doce centavos de dólar americano, mas intereses compensatorios y moratorios pactados, devengados y por devengar, costas y costos, bajo apercibimiento de rematarse los bienes otorgados en garantía por los ejecutados –fallecidos– contenidos en las Escrituras Públicas del once de mayo y veintidós de octubre de dos uno, constituidas a su favor. Por su parte, doña Justina Pacori Quispe, absolviendo el traslado de la demanda, en su condición de tutora de los sucesores de la sociedad conyugal fallecida, constituida por sus hijos: Xuzhell Nazhira, Duzka Zhare y Julemy Naoki Ortiz Pacori, sustentó la contradicción en dos motivos: **1) Inexigibilidad de la obligación**, señalando que la misma no resultaba cierta, expresa y exigible, en virtud a lo resuelto en la Resolución Final N° 119-2005-INDECOPI-CUS de fecha veinte de setiembre de dos mil seis, que estableció que la deuda que mantenían los ejecutados con el banco denunciado, era una deuda personal, y por ende, debía cubrirse con el seguro de desgravamen pactado. Además de referir la existencia de error en la liquidación del saldo deudor al no haberse considerado pagos a cuenta en dicha liquidación que fuera señalada en la indicada resolución; y **2) Extinción de la obligación** afirmando que la acotada Resolución Final expedida por Indecopi dispuso que se dé por cancelada la deuda, esto es, extinguida, ordenando que se cumpla con extinguir el crédito otorgado al fallecido Julián Leonidas Ortiz Romero.

Quinto.- Que, el juez de primera instancia declaró **infundada** la contradicción, precisando en relación a la inexigibilidad de la obligación, que la misma no podía ser **amparada en virtud a que si bien en primera instancia administrativa se declaró Fundada** la denuncia formulada contra el banco, y **que se haya contenida** en la Resolución Final N° 119-2006-INDECOPI-CUS, dicha resolución fue revocada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, declarándola infundada la denuncia. Seguidamente, respecto a la cancelación de la deuda, igualmente la desestima, tomando en cuenta **que** sus fundamentos fueron los mismos de los señalados en **la causal de inexigibilidad de la obligación; siendo objeto de apelación por la ejecutada, quien reiteró los dos extremos de su** escrito de contradicción y la Sala Superior mediante resolución corriente a fojas trescientos noventa, declaró improcedente la demanda, e innecesario emitir pronunciamiento sobre la contradicción formulada, siendo recurrido en Casación por el Banco ejecutante, motivando la ejecutoria suprema expedida el cuatro de junio de dos mil nueve por este Supremo Tribunal, que en aquella oportunidad casó la sentencia y dispuso la emisión de nuevo fallo, al considerarse **que se incurrió** en errores en cuanto al análisis de la liquidación de saldo deudor y la tasación comercial, en la que se exigió mayores apreciaciones formales en la liquidación de saldo deudor, y la defectuosa motivación en relación a la tasación comercial, además de precisarse que no era necesario el remate de todos los bienes, y que ello debía dilucidarse en la etapa de ejecución, conllevando a que se disponga que la Sala expida nuevo fallo.

Sexto.- Que, Sala Superior, en cumplimiento a lo ordenado por este Supremo Tribunal ha expedido nuevo fallo, mediante el cual declaró infundada la contradicción por las causales invocadas, exponiendo como argumento que la inexigibilidad de la obligación basada en la Resolución número 119-2006/ INDECOPI, que declaró la cancelación de la deuda con el seguro de desgravamen por el fallecimiento de los titulares; no produce ninguna consecuencia jurídica, en la medida que fue revocada por la instancia superior de Indecopi, agregando otros aspectos relacionados con la valoración de los bienes materia de ejecución.

Sétimo.- Que, como puede apreciarse la Sala de mérito, únicamente emite pronunciamiento sobre la causal de contradicción basado en la inexigibilidad de la obligación, sin embargo, en la parte resolutive, al confirmar la contradicción lo hace respecto de las dos causales invocadas, esto es, por la causal de **inexigibilidad de la obligación y cancelación de la obligación**, omitiendo explicar y fundamentar la segunda, infringiendo no solo el deber de motivación de los fallos judiciales, al que se encuentra obligado todo magistrado en virtud a la garantía constitucional prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Carta Política, sino el de congruencia procesal, que es aquel principio rector de la actividad procesal por el cual en toda resolución judicial debe existir conformidad o concordancia entre el pedido formulado por cualquiera de las partes y la decisión que el juez tome sobre él; en tal virtud, se exige que el juez no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso, pues de lo contrario se afecta el principio de congruencia procesal contenido en el artículo 122 del Código Procesal Civil, lo que hace atendible el primer agravio expuesto en el recurso de casación.

Octavo.- Que, por otro lado, el artículo 142 del Código de los Niños y Adolescente, establece que: “La falta de intervención del Fiscal en los casos previstos por la ley acarrea la nulidad, la que será declarada de oficio o a petición de parte mientras que el inciso b) del artículo 144 del mismo cuerpo legal dispone que: Compete al Fiscal: **“inciso b) Intervenir, de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente”**. Advirtiéndose de las normas acotadas, los casos en que se requiere la emisión de dictamen por el Fiscal de Familia, y aun cuando en el caso de autos, estamos ante un proceso de ejecución de garantías, regulado por las normas del Código Procesal Civil (capítulo IV del Título V de la Sección Quinta) ello debe concordarse con lo expresamente normado por el artículo 89-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo N° 052, que establece la obligación del Fiscal Superior de Familia de emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia, en los procesos a que se refiere el inciso 2) del artículo 85 del citado cuerpo legal, que dispone expresamente: **“En los que tengan derechos o intereses morales o económicos los menores o incapaces”**.”

Noveno.- Que, en tal sentido, en el presente caso resultaba obligatoria la emisión de dictamen previo a la decisión final, dado el interés económico que tienen los menores involucrados en el presente proceso, a fin de cautelar sus derechos

y en observancia del Principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del ordenamiento precitado, debiendo precisarse que al no haberse emitido dictamen previo desde primer grado, corresponde al juez encargado emitir nueva decisión, previa emisión del dictamen, en atención a la normatividad que garantiza el derecho de los menores.

Décimo.- Que, por tanto, se advierte que la resolución expedida por la Sala Superior se encuentra incurso en la causal de nulidad, no solo por que transgrede el principio de congruencia procesal previsto en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, concordado con el inciso sexto del artículo cincuenta del mismo texto, sino el artículo 142 del Código de los Niños y de los Adolescentes, verificándose la infracción normativa de las normas denunciadas, razón por la que debe ampararse el recurso de casación y proceder conforme a lo dispuesto en el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil;

4. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Civil y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil; declararon: **a) FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Justina Pacori Quispe; en consecuencia, **NULA** la resolución de vista de fojas quinientos nueve, su fecha tres de marzo de dos mil diez, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco; **INSUBSISTENTE** el auto apelado de fojas trescientos uno, su fecha quince de abril de dos mil ocho; **b) ORDENARON** que el Juez de la causa, expida nueva resolución, previo **dictamen** fiscal según lo expuesto en las consideraciones precedentes; **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* bajo responsabilidad en los seguidos por Banco Continental sucursal Cusco con la Sucesión de la Sociedad Conyugal de Julián Leonidas Ortiz Romero y Juana Francisca Pacori Quispe sobre Ejecución de Garantías; y los devolvieron; Intervino como Juez Supremo Ponente el señor Castañeda Serrano.

SS. ALMENARA BRYSON, DE VALDIVIA CANO, WALDE JÁUREGUI, VINATEA MEDINA, CASTAÑEDA SERRANO

■ No es exigible al juez de ejecución que tome en cuenta otro proceso paralelo sobre nulidad del título puesto a cobro

Los casantes estiman que, en el presente proceso, el juez de la causa debió oficiarse al juzgado que tramita el proceso de nulidad de acto jurídico con la finalidad de esclarecer el estado actual de dicho proceso y determinar si los documentos de la escritura pública de reconocimiento de deuda, constitución de prenda y constitución de hipotecas cuentan con la supuesta firma de los otorgantes. Sobre este particular, debe considerarse que la argumentación glosada no resulta atendible, por cuanto dicho pedido importa una intromisión prohibida en el ordenamiento procesal por razón competencial que no admite que un juez intervenga en causa que viene siendo tramitada por otro despacho para determinar lo que es materia de aquella litis, puesto que de darse tal supuesto se vulnerarían las reglas de competencia.

CAS. N° 5035-2010-CUSCO

Lima, uno de diciembre de dos mil once

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con el expediente acompañado; vista la causa número cinco mil treinta y cinco - dos mil diez, en Audiencia Pública en el día de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley; emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del presente recurso de casación la resolución de vista expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que obra a fojas novecientos dieciocho a novecientos diecinueve, su fecha trece de setiembre de dos mil diez, que confirma la sentencia apelada de fojas setecientos noventa y cinco a fojas ochocientos uno, su fecha diecisiete de marzo de dos mil diez, que declara **INFUNDADA** la demanda de tercería de propiedad, interpuesta por Carolina Flores Pacheco, Lino Prisciliano Flores Pacheco y Vladimiro Flores Pacheco en contra Breco Consultores Sociedad Anónima, Óscar Palomino Aquino, María Elizabeth Flores Bustinza, Tito Prisciliano Flores Rosas y Estela Bernardina Pacheco de Flores.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO INTERPUESTO:

Mediante resolución de folios treinta y tres a treinta y seis del cuadernillo de casación, su fecha dieciséis de mayo de dos mil once, se declaró procedente el recurso de casación propuesto por los demandantes, **por la causal de infracción de los artículos 923 y 924 del Código Civil y del artículo 194 del Código**

Procesal Civil. Argumentan los recurrentes que la Sala Superior al emitir la sentencia materia de casación, no ha hecho mayor análisis de los peritajes aportados por los recurrentes los mismos que demuestran que los documentos consistentes en testimonio de la escritura pública de reconocimiento de deuda, constitución de prenda y constitución de hipoteca han sido falsificados. Alega también la inaplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil, al considerar que, en el presente proceso, el juez debió oficiar al juzgado que tramita el proceso de nulidad de acto jurídico, con la finalidad de esclarecer el estado actual de dicho proceso y determinar si en los documentos de la escritura pública de reconocimiento de deuda, constitución de prenda y constitución de hipotecas cuentan con la supuesta firma de los otorgantes Tito Prisciliano Flores Rosas y Estela Bernardina Pacheco de Flores. Finalmente, indican como causal de casación la errónea interpretación de la prueba aportada consistente en los peritajes de las escrituras públicas de reconocimiento de deuda, constitución de prenda legal, constitución de hipoteca y contravención de las normas que garantizan el debido proceso. Afirman que la fecha en la que supuestamente se firmó el documento de reconocimiento de deuda, constitución de prenda legal y constitución de hipoteca, los señores Tito Prisciliano Flores Rosas y Estela Bernardina Pacheco de Flores, se encontraban internados en una clínica de la República de Bolivia y, por ende, impedidos de suscribir el mencionado contrato; señalan que es imposible física como jurídicamente que dichos codemandados hayan firmado el documento de reconocimiento de deuda, constitución de prenda legal y constitución de hipoteca, debido al accidente que sufrieron en Bolivia. También manifiestan que no se ha tomado en cuenta que para la procedencia de la tercería debe existir buena fe, es decir, que se prefiere al que de buena fe inscribió primero el bien. Sin embargo, el único criterio que importa al juez de primera instancia y al colegiado, según el parecer de los cesantes, es quién inscribió primero su derecho sobre el bien sublitis sin importarle que el derecho fue adquirido de manera ilícita como se apreciaría de autos.

3. CONSIDERANDO:

Primero.- Que la demanda interpuesta por Carolina Flores Pacheco, Lino Prisciliano Flores Pacheco y Vladimiro Flores Pacheco está encaminada a obtener principalmente que se deje sin efecto el procedimiento iniciado de remate de los inmuebles hipotecados en el departamento número cuatrocientos dos, block A-dos de la urbanización Mariscal Gamarra del Cercado de Cusco, y el inmueble ubicado en el lote treinta y cuatro de la manzana C en Santutis Chico del distrito de San Sebastián; provincia y departamento de Cusco.

Segundo.- Que el Juzgado Mixto Transitorio de Wanchaq de la Corte Superior de Justicia de Cusco emitió la resolución número veintisiete, del diecisiete de marzo de dos mil diez, corriente de fojas setecientos noventa y cinco a ochocientos uno, declarando **INFUNDADA** la demanda de tercería de propiedad; por considerar, que, de la partida registral número cero dos cero tres nueve uno dos nueve, se concluye que los demandantes han adquirido los inmuebles materia de

tercería, con posterioridad al derecho adquirido por Volvo Perú Sociedad Anónima, los mismos que fueron cedidos a la empresa Breco Consultores Sociedad Anónima. Siendo que cuando se oponen varios derechos de la misma naturaleza, el derecho del tercerista debe estar inscrito con anterioridad a la constitución de la garantía hipotecaria como la que se discute en autos, pues lo que se pretende no es probar la propiedad sino el derecho de exclusión y preferencia. Para oponer derechos reales sobre inmuebles, contra quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone, siendo entonces jurídicamente imposible que aquel que tiene derechos reales no inscritos o inscritos con posterioridad a los del oponente, pretenda que su derecho prevalezca sobre el de este.

Tercero.- Que, asimismo, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, **CONFIRMÓ** la sentencia contenida en la resolución número veintisiete que falla declarando **INFUNDADA** la demanda de tercería de propiedad, bajo el sustento que: **a)** el derecho de propiedad alegado por los demandantes, y el derecho real de hipoteca legado por los demandados, tienen naturaleza de derecho real, por tanto, en el caso del conflicto de derechos reales de la misma naturaleza, tiene preferencia el derecho real inscrito. En este caso, los demandantes no pueden oponer el derecho de propiedad que les asiste sobre los bienes en litigio contra el derecho real de hipoteca que fue inscrito con anterioridad al derecho de propiedad que invocan, **b)** el derecho de propiedad de los demandantes no está inscrito, por ende, es inoponible al derecho de los demandados. Respecto a la pericia llevada a cabo en el proceso número cuatrocientos treinta y uno - mil novecientos noventa y nueve, es de precisar que esta ha quedado virtualmente en abandono y en consecuencia lo dicho por los demandantes respecto a la firma de los otorgantes de la escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipotecas ha quedado como un mero y simple alegato.

Cuarto.- Que, previo al análisis del presente proceso, debe ponderarse que es objeto principal del recurso de casación la adecuada aplicación del derecho al caso concreto que, para el tema del recurso submateria, tiene como antecedente la procedencia declarada por esta Sala Suprema mediante resolución de fecha dieciséis de mayo de dos mil once. Por lo que avocándose al fondo de la materia corresponde merituar en el contexto del derecho objetivo los fundamentos que sustentan la pretensión casatoria.

Quinto.- Que el artículo 533 del Código Procesal Civil en su parte *in fine* prescribe que “(...) la tercería puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación”. De lo que se puede colegir que para que la tercería se haga efectiva es necesario que se acredite un derecho de propiedad inscrito con anterioridad, vale decir no es suficiente que el demandante pruebe su derecho de propiedad, sino que deberá acreditarse que ese derecho es oponible al derecho del ejecutante alegando la protección registral prioritariamente inscrita.

Sexto.- Que, a fojas ciento veintiuno corre la escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca, de fecha trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, en la que los demandados Tito Prisciliano Flores Rosas y Estela Bernardina Pacheco de Flores constituyen hipoteca a favor de Volvo Perú Sociedad Anónima sobre los inmuebles signados como: departamento número cuatrocientos dos, block A-dos de la urbanización Mariscal Gamarra del Cercado de Cusco, y lote treinta y cuatro de la manzana C en Santutis Chico del distrito de San Sebastián - Cusco que son materia de litis, para garantizar las obligaciones de Óscar Palomino Aquino, la misma que se encuentra debidamente inscrita en las partidas electrónicas número cero dos cero tres nueve uno dos nueve y número cero dos cero dos ocho cuatro siete seis del Registro de Propiedad Inmueble de Cusco, ambas con fecha uno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

Sétimo.- Que, de fojas ocho a fojas quince obran las escrituras públicas de compraventa de los inmuebles sublitis, de fecha veintiuno de octubre de dos mil dos, que celebraran los demandados Tito Prisciliano Flores Rosas y Estela Bernardina Pacheco de Flores a favor de los demandantes Carolina Flores Pacheco, Lino Prisciliano Flores Pacheco y Vladimiro Flores Pacheco.

Octavo.- Que, del análisis de los instrumentos públicos referidos en los puntos que anteceden, se advierte que el documento que pretende oponerse, denominado escritura pública de compraventa no cumple con el requisito de la norma citada en el considerando quinto, en tanto que el derecho adquirido no se encuentra inscrito en el registro correspondiente y a su vez resulta ser de fecha posterior al documento denominado escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca inscrito en la partida electrónica respectiva. De esta forma, debe prevalecer en el presente caso el derecho del demandado Breco Consultores Sociedad Anónima, en atención a que en las partidas registrales que corresponden a los inmuebles sublitis, no aparecen inscritos los títulos de los terceristas, por lo que es actual la vigencia del derecho adquirido a favor del demandado Breco Consultores Sociedad Anónima, pues en materia registral quien inscribe primero es quien tiene derecho preferente.

Noveno.- Que, respecto a las alegaciones de los recurrentes referidas a la supuesta infracción de los artículos 923 y 924 del Código Civil, por considerar que no se ha meritado el peritaje que obra a fojas veinticinco, es atinente mencionar que la Sala de mérito valoró la pericia llevada a cabo en el proceso de nulidad de acto jurídico; bajo el expediente cuatrocientos treinta y uno - mil novecientos noventa y nueve, conforme se constata del considerando noveno de la sentencia recurrida. De otro lado, respecto a la supuesta infracción del artículo 194 del Código Procesal Civil, los casantes estiman que, en el presente proceso, el juez de la causa debió oficiar al juzgado que tramita el proceso de nulidad de acto jurídico con la finalidad de esclarecer el estado actual de dicho proceso y determinar si en los documentos de la escritura pública de reconocimiento de deuda, constitución de prenda y constitución de hipotecas cuentan con la supuesta firma

de los otorgantes Tito Prisciliano Flores Rosas y Estela Bernardina Pacheco de Flores. Sobre este particular, debe considerarse que la argumentación glosada no resulta atendible, por cuanto dicho pedido importa una intromisión prohibida en el ordenamiento procesal por razón competencial que no admite que un juez intervenga en causa que viene siendo tramitada por otro despacho, para, determinar lo que es materia de aquella litis, puesto que de darse tal supuesto se vulneraría las reglas de competencia.

Décimo.- Que, finalmente, es de aplicación para el caso en particular, el principio de publicidad del artículo 2012 del Código Civil, en tanto que al encontrarse inscrito el derecho de la demandada Breco Consultores Sociedad Anónima, se presume que los terceristas al adquirir los bienes hipotecados conocían el contenido de la inscripción sin admitir prueba en contrario. En el mismo sentido, es de aplicación el principio de prioridad que sanciona el artículo 2016 del mismo cuerpo normativo, que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro en casos como este, por cuanto del análisis de las partidas electrónicas de los inmuebles sublitis, se advierte que el derecho de Breco Consultores Sociedad Anónima tiene prioridad en el tiempo y al amparo del principio de oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos prescrito en el artículo 2022 del Código Civil, en tanto dicha norma prescribe que, para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone, lo cual no sucede en el caso de autos. En tal sentido, se concluye que la Sala Superior ha resuelto compulsado correctamente los hechos que anteceden, con las normas que han sido materia de análisis por esta Sala.

4. DECISIÓN:

- a) Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los demandados Carolina Flores Pacheco, Lino Prisciliano Flores Pacheco y Vladimiro Flores Pacheco, mediante escrito de fojas cuatrocientos cincuenta y uno y siguientes; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista de fojas novecientos dieciocho a novecientos diecinueve, su fecha trece de setiembre del año dos mil diez, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.
- b) **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Carolina Flores Pacheco, Lino Prisciliano Flores Pacheco y Vladimiro Flores Pacheco con Breco Consultores Sociedad Anónima, María Elizabeth Flores Bustinza y Tito Prisciliano Flores Rosas, sobre tercería de propiedad; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor De Valdivia Cano.

SS. DE VALDIVIA CANO, HUAMANÍ LLAMAS, PONCE DE MIER, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA

■ Para la procedibilidad de la demanda de ejecución de garantías se exige únicamente el cumplimiento del artículo 720 del CPC

No constituyen requisitos de procedibilidad de la demanda de ejecución de garantías indicar el origen de la liquidación, o recaudarse los documentos que acreditan el supuesto desembolso, ni la carta notarial que da por canceladas las cuotas por vencerse. En los procesos de ejecución de garantías, el título de ejecución lo constituye el documento que contiene la garantía hipotecaria y la liquidación de saldo deudor previstos en el artículo 720 del Código Procesal Civil.

CAS. N° 105-2009-ICA

Lima, veinte de octubre de dos mil nueve

LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Vista la causa llevada a cabo en la fecha; producida la votación con arreglo a la Ley emite la siguiente sentencia.

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por Y&P Sociedad Anónima, representada por Juan Carlos Yemheng Chang, mediante escrito de fojas ciento cuarenta, contra la resolución de vista de fojas ciento veintinueve, su fecha dieciocho de setiembre de dos mil ocho, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia apelada de fecha diecisiete de junio de dos mil ocho en cuanto declara fundada la contradicción al mandato de ejecución por la causal de inexigibilidad de la obligación y fundada la tacha planteada contra la liquidación del saldo deudor y reformándola la declara infundada la contradicción al mandato de ejecución del predio rústico denominado Cerro de Águila, ubicado en el sector de Pampa de Villacuri, del distrito Salas Guadalupe, provincia y departamento de Ica, procediéndose a llevar a cabo dicha ejecución e infundada la tacha contra el documento de saldo deudor.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución de fecha veintitrés de marzo de dos mil nueve obrante a fojas treinta y uno del cuaderno de casación, esta Sala Suprema ha declarado procedente el recurso por la causal de: contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sosteniendo que la resolución de vista no está debidamente motivada, pues no explica las razones por las cuales declara infundada la contradicción formulada por la recurrente, no habiendo absuelto todos sus agravios propuestos en su recurso de apelación respecto de los extremos indicados; tampoco emite pronunciamiento coherente sobre el estado de cuenta

del saldo deudor, por cuanto no ha indicado el origen de la liquidación. Agrega que la Sala Superior no ha meritado que la ejecutante no anexó los documentos que acreditan el supuesto desembolso, carta notarial que da por canceladas las cuotas por vencerse y tasación actualizada del bien sublitis a la fecha de interposición de la demanda, soslayando que sobre dicho inmueble se han realizado mejoras estructurales que incrementan su valor.

III. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el artículo 384 del Código Procesal Civil, texto vigente en la época en que se interpuso el recurso, reconoce que el recurso de casación persigue como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo (finalidad nomofiláctica) y la unificación de los criterios jurisprudenciales por la Corte Suprema de Justicia (finalidad uniformizadora), no obstante, la doctrina contemporánea también le atribuye una finalidad denominada dikeológica, que se encuentra orientada a la búsqueda de la justicia al caso concreto.

Segundo.- Que, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y que encuentran desarrollo a nivel infraconstitucional en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil garantizan al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia es decir una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como es el caso del principio de motivación de las resoluciones judiciales.

Tercero.- De la revisión de autos se advierte que a fojas cuarenta y tres Agroindustrias AIB Sociedad Anónima, interpone demanda de ejecución de garantías contra Y&P Sociedad Anónima, con la finalidad que cumpla con pagarle la suma de ciento ochenta y nueve mil seiscientos treinta y uno dólares americanos con setenta y ocho centavos de dólar, monto correspondiente al saldo de su estado de cuenta que adjunta, así como el pago de los intereses por devengarse, con costas y costos del proceso y de no cumplir con cancelar el importe de su saldo deudor solicita se disponga el remate del inmueble hipotecado a su favor inmueble constituido por el predio rústico denominado Cerro de Águila, ubicado en el sector de Pampa de Villacuri, del distrito Salas Guadalupe, provincia y departamento de Ica.

Cuarto.- La demandada, Y&P Sociedad Anónima representada por Juan Carlos Yemheng Chang mediante escrito de fecha cinco de noviembre de dos mil siete al formular contradicción al mandato de ejecución alegando la inexigibilidad de la obligación, por cuanto la deuda no ha sido desembolsada al no existir documento que lo demuestre, sosteniendo además que: **a)** No se ha adjuntado una

liquidación verosímil del estado de cuenta del saldo deudor, **b)** No se ha adjuntado carta notarial para dar por canceladas las cuotas por vencerse, **c)** No se ha adjuntado una tasación verosímil actualizada del bien dado en garantía y; **d)** Que la demandante es una persona jurídica distinta a la cual hipotecó su propiedad.

Quinto.- Mediante resolución número siete de fecha diecisiete de junio de dos mil ocho el **a quo resuelve entre otras decisiones** declarar fundada la contradicción por la causal de inexigibilidad de la obligación y fundada la tacha planteada contra el saldo deudor, al considerar “(...) del estado de cuenta del saldo deudor que obra a fojas 20, no se aprecia de donde proviene el saldo del capital que aduce la actora, pues se ha limitado a consignar “saldo capital”, “intereses legales” y “total saldo deudor”, sin precisar cual es el capital supuestamente recibido por la demandada y el origen de este (...)”; así también “(...) no existe prueba que exista una obligación pendiente de cumplimiento, máxime si como lo sostiene la parte ejecutada nunca recibió suma alguna de parte de la actora (...)”.

Sexto.- Por resolución de vista de fecha dieciocho de setiembre de dos mil ocho la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, revocó la resolución de primera instancia en cuanto a los extremos apelados declarando infundada la contradicción al mandato de ejecución, disponiendo proceder a llevar a cabo dicho mandato de ejecución e infundada la tacha contra el documento del saldo deudor, considerando que para la procedencia del proceso de ejecución de garantías solo debe verificarse la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 720 del Código Procesal Civil esto es, el documento que contiene la garantía, el estado de saldo deudor, toda vez que la naturaleza de este proceso está diseñada para la inmediata satisfacción de obligaciones preconstituidas; asimismo que la tacha no ha sido sustentada con documento alguno que contradiga lo allí expuesto.

Sétimo.- Que, cabe señalar que el artículo 720 del Código Procesal Civil, establece como requisitos de procedibilidad de la demanda de ejecución de garantías que se anexe a la demanda el documento que contiene la garantía, al que debe adjuntarse el estado de cuenta de saldo deudor y la tasación comercial actualizada del inmueble realizada por dos ingenieros o arquitectos colegiados según corresponda, salvo que se hubiese acordado el valor actualizado de la misma, así como el respectivo certificado de gravamen si el bien se encontrara registrado.

Octavo.- Que, dicho dispositivo no establece como requisito para interponer la demanda de ejecución de garantía, que en la misma deba indicarse el origen de la liquidación, o recaudarse los documentos que acreditan el supuesto desembolso, ni la carta notarial que da por canceladas las cuotas por vencerse.

Noveno.- Que en los procesos de ejecución de garantías, el título de ejecución lo constituye el documento que contiene la garantía hipotecaria y la liquidación de saldo deudor, por lo que, no puede exigirse la presentación de otros documentos no previstos en el artículo 720 del Código Procesal Civil, por tanto carece de

sustento legal lo señalado por la parte recurrente en su recurso de casación, motivo por el cual debe desestimarse sus agravios, más aún si las partes acordaron de común acuerdo el valor del inmueble hipotecado, según se encuentra acreditado de la cláusula séptima de la Escritura Pública de Constitución de Hipoteca.

Décimo.- Por estas consideraciones al no haberse acreditado la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, en tanto que el órgano superior se ha pronunciado por todos los argumentos del recurso de apelación y ha emitido pronunciamiento con arreglo a ley, debe desestimarse el recurso de casación presentado.

IV. DECISIÓN:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas ciento cuarenta por Y & P Sociedad Anónima; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fecha dieciocho de setiembre de dos mil ocho; **CONDENARON** a la parte recurrente a la Multa de una Unidad de Referencia Procesal; así como de las costas y costos del recurso; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; en los seguidos por Agroindustrias AIB Sociedad Anónima, sobre ejecución de garantías; y los devolvieron.-Juez Supremo Ponente.- RODRÍGUEZ MENDOZA.

SS. MENDOZA RAMÍREZ, RODRÍGUEZ MENDOZA, ACEVEDO MENA, FERREIRA VILDOLZA, VINATEA MEDINA

■ **Es título de ejecución el documento que contiene la garantía hipotecaria y no el título valor**

En materia de ejecución de garantía de tipo hipotecaria, el ejecutado no puede formular contradicción alegando inexigibilidad y la extinción de la obligación basado en caducidad del pagaré presentado, toda vez que para la Sala Suprema el título no está constituido por el pagaré anexado a la demanda sino por el título de ejecución, el cual viene a ser en el caso específico el documento que contiene la hipoteca; por esta razón, el ad quem ha incurrido en motivación aparente al declarar la improcedencia de la demanda atendiendo al hecho de que el título valor se encontraba perjudicado.

CAS. N° 4892-2011-LIMA

Ejecución de garantía

Lima, veintiocho de noviembre del año dos mil doce

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número cuatro mil ochocientos noventa y dos - dos mil once, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente resolución.

I. RECURSO DE CASACIÓN:

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas mil ciento trece por el Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda Sociedad Anónima –en adelante Fondo MiVivienda Sociedad Anónima– contra la resolución de vista obrante a fojas mil setenta, su fecha treinta y uno de agosto del año dos mil once, expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la resolución apelada de fecha once de mayo del año dos mil diez que declara infundada la contradicción y en consecuencia ordena el remate del bien dado en garantía; reformándola declara improcedente la demanda y en consecuencia nulo todo lo actuado y por concluido el proceso; en los seguidos por el Banco Banex en Liquidación –hoy Fondo MiVivienda Sociedad Anónima– contra José Guillermo Burga Lang y otros, sobre Ejecución de Garantía.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha veinticuatro de enero del año dos mil doce, que corre a fojas cuarenta y uno del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal por la causal prevista en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, alegando: a) La infracción del artículo dos numeral veinticuatro literal a) de la Constitución Política del Estado, toda vez que, se exige para la procedencia de la demanda de ejecución de garantías lo que la ley no exige, es decir, para la resolución

impugnada, antes de la modificación normativa no se podía ejecutar una garantía hipotecaria fundándose únicamente en un estado de cuenta de saldo deudor, pues a su entender debía de anexarse o adjuntarse algo más: El pagaré o título valor; exigencia que la norma vigente al momento de la presentación de la demanda no existía, pero que la resolución impugnada requiere para declarar la procedencia de la demanda; b) La infracción del artículo ciento tres de la Constitución Política del Estado y el artículo tres del Título Preliminar del Código Civil, toda vez que, lo que hace en realidad el Colegiado Superior es aplicar retroactivamente el texto actual del artículo setecientos veinte del Código Procesal Civil, pues en caso contrario, no se explica cuál es el sustento jurídico para exigir la presentación de un Título Valor si la norma no lo exige, ya que al momento de la interposición de la demanda solo era exigible, para determinar su procedencia, el adjuntar el estado de cuenta de saldo deudor y no así otro título ejecutivo que contenga la deuda como lo exige la norma actual; c) La infracción del artículo siete del Título Preliminar del Código Procesal Civil, toda vez que, al pronunciarse por la eficacia del pagaré, la resolución impugnada se ha convertido en *extra petita*, pues se está pronunciando sobre algo que no es materia del petitorio de la demanda y lo concretamente solicitado en el proceso, ya que la pretensión no es ejecutar una acción cambiarla o causal sino la de ejecución de la garantía otorgada. El pronunciarse por la eficacia o no del pagaré implica un pronunciamiento más allá del petitorio, fuera de él, lo cual perjudica además los probables derechos que se puedan ejercer con las acciones cambiarlas o causales derivadas del citado Título Valor, obteniendo un pronunciamiento judicial sobre los mismos en un proceso que no es el adecuado y sobre el cual no se solicitó al juzgado pronunciarse, ya que no era la vía correspondiente y no era la materia del proceso de ejecución de garantías.

III. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, del examen de los autos se advierte que a fojas , sesenta y cinco, subsanada a fojas ochenta, Banco Banex en Liquidación interpone demanda de ejecución de garantía pretendiendo el cobro de la suma de ciento noventa y cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve dólares con noventa y ocho centavos de dólar –US\$.194,649.98– más los intereses pactados devengados hasta el cumplimiento de las obligaciones, bajo apercibimiento de rematarse el inmueble sito en la calle L - San Juan - Lote Cinco, manzana G-Dos –ahora Avenida San Juan trescientos setenta y nueve - trescientos setenta y cinco–, urbanización Las Gardenias, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima, inscrito en la Ficha Registral número uno cero tres cuatro cinco cinco del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, sostiene que mediante contrato de hipoteca de fecha veintisiete de setiembre del año mil novecientos noventa y seis, José Guillermo Burga Lang y su cónyuge Elsa Sofía Albelo Molina otorgaron a favor de la citada entidad bancaria, hipoteca sobre el referido inmueble a fin de garantizar todo tipo de obligaciones directas o indirectas que tuvieran contraídas o pudieran contraer en el futuro Sonia Celestina Lazo Manrique de Morote y Víctor Ramiro Morote Falconí con los recurrentes, provenientes de pagarés,

letras de cambio avales y fianzas y cualquier otra modalidad crediticia sea esta directa o indirecta. Que encontrándose impagas las obligaciones de los deudores como consecuencia del Pagaré número cero cero uno - cero cero siete cinco seis nueve - dos, con fecha trece de mayo del año mil novecientos noventa y nueve, la ejecutante interpuso en un primer momento demanda de ejecución de garantía hipotecaria y prendaria; sin embargo pese a efectuarse los remates de la deuda materia de dicha ejecución existe todavía una obligación pendiente de pago por parte de los ejecutados lo que motiva la presente demanda.

Segundo.- Que, admitida a trámite la demanda, Elsa Sofia Albelo viuda Burga, la sucesión de José Guillermo Burga Lang y la Sucesión de Víctor Ramiro Morote Falconí se apersonan al proceso y mediante escritos obrante a fojas ciento uno, cuatrocientos ochenta y nueve y seiscientos veintiocho, respectivamente, formulan contradicción por la causales de inexigibilidad y extinción de la obligación, señalando básicamente que el título valor se encuentra perjudicado en tanto que desde la fecha de protesto –seis de enero del año mil novecientos noventa y siete– hasta la fecha de interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo de tres años que prescribe el artículo doscientos de la Ley número dieciséis mil quinientos ochenta y siete por lo que el citado título valor en cuestión se encuentra largamente prescrito y además caduco en aplicación de lo dispuesto en el artículo ciento noventa y seis de la acotada Ley de Títulos Valores.

Tercero.- Que, valoradas las pruebas y compulsados los hechos expuestos por las partes, por resolución de primera instancia de fecha once de mayo de dos mil diez se declara infundada las contradicciones formuladas y en consecuencia se procede al remate del bien inmueble dado en garantía, por cuanto: a) En respaldo de las obligaciones contraídas o por contraerse en el futuro por los demandados, el Banco Banex en Liquidación adjuntó en original un pagaré suscrito por la Sociedad Conyugal conformada por Sonia Celestina Lazo Manrique de Morote y su cónyuge Víctor Ramiro Morote Falconí acreditándose por tanto la existencia de una obligación a su favor contraída por los citados codemandados; b) En el proceso de ejecución de garantías el título materia de ejecución lo constituye el documento que contiene la garantía real, así como el estado de cuenta de saldo deudor, no pudiendo sustentarse la contradicción a la ejecución de garantías en la validez del pagaré al no ser el título en que se sustenta, debido a que en el proceso de ejecución de garantías el título de ejecución no está constituido por los títulos valores que se puedan anexar para acreditar el desembolso de dinero, por tanto, la contradicción formulada por los recurrentes no puede sustentarse en la validez de un pagaré al no ser un título materia de ejecución; y, c) Que habiéndose establecido en el proceso que el demandante está ejecutando una garantía hipotecaria suscrita por los demandados y habiéndose además acreditado la existencia de una obligación pecuniaria a su favor, la cual se encuentra cubierta por la referida garantía real, no se verifica que haya caducado la obligación al existir deuda cierta y exigible respaldada por la garantía real materia de ejecución.

Cuarto.- Que, apelada que fuera la resolución de primera instancia, la Sala Superior mediante resolución de vista de fecha treinta y uno de agosto del año dos mil once revoca la resolución apelada y reformándola declara improcedente la demanda y en consecuencia nulo todo lo actuado y por concluido el proceso, por cuanto: a) No resulta admisible sostener que los requisitos de validez de los títulos valores, los criterios de prescripción o caducidad o la presentación del original de dicho título, solo son exigibles u oponibles cuando se trata de un proceso de ejecución de títulos valores y no en un proceso de ejecución de garantías reales; b) Que el criterio anteriormente descrito se encuentra reflejado en lo dispuesto en el inciso primero del artículo setecientos veinte de Código Procesal Civil, modificado mediante Decreto Legislativo número mil sesenta y nueve que señala: “Procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo”. La mencionada precisión normativa fue realizada en junio del año dos mil ocho, lo cual no significa de modo alguno que antes de dicha fecha se podía ejecutar garantías hipotecarias cobrando obligaciones inexistentes, fundamentándose únicamente en una liquidación de saldo deudor; c) Si en la Escritura Pública de Constitución de Garantía Hipotecaria no está individualizada o determinada la obligación de garantía –hipoteca sábana– esta tendrá que acreditarse con título distinto a la escritura misma y si se trata de un título valor, deberá verificarse si este no se encuentra perjudicado, ya sea por el incumplimiento de sus requisitos esenciales o por la prescripción o extinción de la acción cambiarla; y, d) En el presente caso, Banco Banex en Liquidación –hoy Fondo MiVivienda Sociedad Anónima–, a través de un proceso de ejecución de garantía está cobrando el saldo impago del Pagaré número cero cero uno - cero cero siete cinco seis nueve - dos. Sin embargo, desde la fecha de vencimiento del referido título ocurrido el veintinueve de diciembre del año mil novecientos noventa y seis, hasta la fecha de interposición de la presente demanda, veintidós de febrero del año dos mil dos, ha transcurrido el plazo de extinción y en consecuencia ha operado la caducidad en los términos previstos en los artículos ciento noventa y seis, ciento noventa y ocho y doscientos de la Ley número dieciséis mil quinientos ochenta y siete, derogada Ley de Títulos Valores, sin embargo, aplicables al caso de autos en atención al principio de temporalidad de la norma.

Quinto.- Que, previamente es menester precisar que en el presente caso resulta de aplicación, la disposición contenida en el artículo setecientos veinte del Código Procesal Civil, antes de la modificatoria establecida en el Decreto Legislativo número mil sesenta y nueve, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de esta última norma en cuanto establece que los procesos de ejecución iniciados antes de la entrada en vigencia del referido Decreto Legislativo continuarán su trámite según las normas procesales con que se iniciaron.

Sexto.- Que, en ese sentido, debe tenerse presente que en aplicación de los principios de vinculación y formalidad contemplados en el artículo noveno del

Título Preliminar del Código Procesal Civil, las normas procesales contenidas en dicho Código son de carácter imperativo; así como las formalidades allí previstas.

Sétimo.- Que, el ordenamiento procesal ha establecido, en especial, tres procesos de ejecución distintos en el Título Quinto de la Sección Quinta del Código Procesal Civil: 1) El Ejecutivo, que se sigue para los “Títulos Ejecutivos” establecidos en el artículo seiscientos noventa y tres del Código Procesal Civil; 2) El de Ejecución de Resoluciones Judiciales, que se utiliza para los “Títulos de Ejecución” previstos en el artículo setecientos trece del referido ordenamiento procesal; y, 3) El de Ejecución de Garantía para las “Garantías Reales” en la forma establecida en el artículo setecientos veinte del mismo Código.

Octavo.- Que, en efecto, este último numeral, entre otros señala, que el ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta de saldo deudor; en consecuencia, dicho dispositivo en modo alguno, exige la presentación o el análisis de algún título valor para acreditar la obligación impaga, pues este título no es materia de ejecución y por lo tanto no se encuentra en discusión la acción cambiaria o si el referido título tiene o no mérito ejecutivo.

Noveno.- Que, en el presente caso la Sala de mérito ha declarado improcedente la demanda al haber establecido la caducidad de la obligación contenida en el título valor como si el presente proceso de ejecución de garantías fuera un proceso ejecutivo, entrando a calificar el mérito ejecutivo del pagaré de fojas veintitrés, sin tener en cuenta que conforme ha quedado establecido en reiteradas ejecutorias emanadas de este Supremo Tribunal, en los procesos de ejecución de garantía el título de ejecución no está constituido por el pagaré anexado a la demanda, sino, por la escritura pública de constitución de hipoteca, a la que deberá aparejarse la liquidación de saldo deudor, pues no se trata de un proceso ejecutivo de pago de dinero, sino de un proceso de ejecución de garantías reales; en consecuencia, resulta irrelevante e inoficioso para los fines del presente proceso, determinar la caducidad de la obligación contenida en el referido título valor.

Décimo.- Que, además de la revisión de los actuados se advierte que en el presente caso se ha formulado contradicción a la ejecución, alegando la inexistencia y la extinción de la obligación del título –Pagaré número cero cero uno - cero cero siete cinco seis nueve - dos–; sin embargo, en la resolución materia del recurso impugnatorio no se ha advertido que en este tipo de procesos, el título no está constituido por el pagaré anexado a la demanda, sino, como se tiene explicado, el título de ejecución viene a ser el documento mismo que contiene la hipoteca; por esta razón, resulta evidente que la Sala de origen ha incurrido en motivación aparente de la resolución objeto del recurso, lo que desde luego implica la contravención del debido proceso.

Décimo Primero.- Que, en ese sentido, la resolución de vista no se sujeta a mérito de lo actuado y a la naturaleza del proceso de ejecución de garantía; habiéndose incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número veintisiete mil quinientos veinticuatro.

Décimo Segundo.- Que, en consecuencia, debe ampararse el recurso de casación interpuesto por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, correspondiendo renovar el proceso a fin de que la Sala de mérito expida nueva resolución según el mérito de lo actuado en el proceso, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente resolución.

IV. DECISIÓN:

Por lo expuesto, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Fondo MiVivienda Sociedad Anónima mediante escrito obrante a fojas mil ciento trece; en consecuencia, **NULA** la resolución de vista obrante a fojas mil setenta, su fecha treinta y uno de agosto del año dos mil once; y, **DISPUSIERON** que el Colegiado Superior expida nueva resolución con arreglo a ley; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por el Banco Banex en Liquidación - hoy Fondo MiVivienda Sociedad Anónima contra Elsa Sofía Albelo viuda de Burga y otros, sobre Ejecución de Garantía; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.

SS. TICONA POSTIGO, ARANDA RODRÍGUEZ, PONCE DE MIER, VALCÁRCEL SALDAÑA, MIRANDA MOLINA

La ejecución no puede exceder el monto del gravamen pactado

Si bien al disponerse el remate del inmueble sublitis no se emitió disposición expresa sobre el monto del remate que deba afectar al inmueble, la Sala Suprema toma en consideración lo advertido en la sentencia recurrida, esto es, que la obligación del garante hipotecario, y por consiguiente de la nueva adquiriente del inmueble afectado, no puede exceder el monto del gravamen pactado.

CAS. N° 1082-2013-LIMA

Lima, veinte de mayo de dos mil trece

I. VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero.- Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la tercero coadyuvante Victoria Castillo Patiño a fojas trescientos cuarenta y tres, cuyos requisitos de admisibilidad y procedencia deben ser verificados de conformidad con la modificatoria establecida en la Ley N° 29364.

Segundo.- Que, en tal sentido, en cuanto a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley citada, se tiene que el presente recurso cumple con tales exigencias, esto es: **i)** Se impugna un auto expedido por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano de segundo grado, pone fin al proceso. **ii)** Ha sido interpuesto ante la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. **iii)** Ha sido presentado dentro del plazo previsto en la norma. **iv)** Se ha adjuntado el arancel judicial respectivo.

Tercero.- Que, en lo referente a los requisitos de procedencia previstos en el artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley acotada, se advierte que la recurrente cumple con lo dispuesto en el inciso 1 de la norma procesal anotada.

Cuarto.- Que, para establecer el cumplimiento de los incisos 2 y 3 del precitado artículo 388 del Código adjetivo, se debe señalar en qué consisten las infracciones normativas denunciadas. En el presente caso la recurrente denuncia las infracciones normativas siguientes: a) Infracción normativa por aplicación errónea del artículo 1099, inciso 3, del Código Civil y del Principio de Especialidad de la Hipoteca; en tanto alega que se ha aplicado erróneamente dicho dispositivo, por cuanto en la parte resolutive de la resolución recurrida se resuelve confirmar el auto final del proceso de ejecución de garantías, que dispone el remate del inmueble actualmente de su propiedad, no emitiéndose disposición expresa sobre el monto del remate que deba afectar al inmueble. b) Infracción

normativa del artículo 122, inciso 4, del Código Procesal Civil; pues alega que si bien se describe adecuadamente la norma y principio en cuestión, no se ha dispuesto de manera expresa y en la parte resolutive de la resolución impugnada el monto sobre el cual debe recaer el remate del inmueble subleasado o en su defecto la obligación de pago que afecta al mismo, se ha aplicado de manera errada la misma y se ha incumplido con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, que versa sobre el contenido de toda disposición judicial.

c) Infracción normativa del artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado; señalando que toda resolución además de ser escrita y decidir sobre asuntos específicos o finales de un proceso, debe cumplir con requisitos formales (encabezado, antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y elementos resolutivos) que en esencia permitan la funcionalidad de su correcta eficacia y cumplimiento a través del llamado efecto delimitador de lo que se decide. Agrega que lo que es materia de ejecución y cumplimiento de una resolución judicial dictada es solamente lo dispuesto en su parte resolutive y no lo que aparezca en sus considerandos, por lo que no habiéndose precisado el monto sobre el cual debe disponerse el remate del inmueble dado en garantía –si acaso no se cumpliera con cancelar dicha obligación–, se podría generar un acto arbitrario al pretenderse ejecutar, rematar o en su defecto exigirle el pago de la suma demandada y requerida por la ejecutante Molitalia S.A.

Quinto.- Que, del examen de la argumentación expuesta en los ítems a), b) y c) por la recurrente, se advierte que las causales denunciadas no cumplen con los requisitos exigidos en los numerales 2 y 3 del artículo 388 del Código referido. Así, todas las causales se fundamentan en una misma razón: no haberse señalado de manera expresa cuál es el monto de la deuda a ejecutar. Siendo ello así, este Tribunal Supremo analizará en conjunto las infracciones denunciadas. En esa perspectiva, se advierte que la sentencia recurrida ha señalado de manera expresa en el segundo párrafo del cuarto considerando: “es claro que la obligación del garante hipotecario, y por consiguiente de la nueva adquirente del inmueble afectado, no puede exceder el monto del gravamen pactado; situación que deberá tenerse en cuenta en la fase de ejecución en defecto del pago por el obligado principal”. Estando a lo expuesto se ha respondido con claridad las pretensiones de la apelación y se ha indicado el procedimiento a seguir en la fase de ejecución, por lo que las infracciones denunciadas no se sustentan en lo actuado y no tienen incidencia alguna con lo resuelto, por lo que todas las causales devienen en improcedentes.

Sexto.- Que, respecto a la exigencia prevista en el inciso 4 del referido artículo 388, si bien la recurrente cumple con indicar que su pedido casatorio es anulatorio (principal) y revocatorio (subordinado), no es suficiente para atender el recurso materia de calificación.

Sétimo.- Que, en virtud a lo dispuesto en el artículo 392 del Código adjetivo, los requisitos de procedencia de este recurso extraordinario son concurrentes;

en consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de ellos da lugar a la improcedencia.

II. DECISIÓN.- Por estas consideraciones y de conformidad con la precitada norma: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la tercero coadyuvante Victoria Castillo Patiño a fojas trescientos cuarenta y tres, contra el auto de vista de fecha quince de mayo del año dos mil doce; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Molitalia S.A. contra César Augusto Arizabal Salas y otro, sobre ejecución de garantía; notificándose y los devolvieron. Interviene como ponente el Señor Juez Supremo Calderón Puertas.

SS. ALMENARA BRYSON, HUAMANÍ LLAMAS, ESTRELLA CAMA, CALDERÓN CASTILLO, CALDERÓN PUERTAS

■ Es posible promover un proceso paralelo por la suma que no será cubierta en el proceso de ejecución de garantías

La Corte Suprema señala que no implica que se efectúe un doble cobro el perseguir con la demanda una parte de la obligación contenida en el título, valor puesto a cobro que no alcanzará a ser cubierta con el remate del bien hipotecado en el proceso correspondiente, en la medida que solo se ha despachado ejecución por una suma dineraria menor que se afirma es parte de una deuda mayor representada en el monto total del importe del título valor, pero que en este proceso de obligación de dar suma de dinero, solo se promueve por la suma que no será cubierta en el proceso de ejecución de garantías.

CAS. N° 2894-2009-TACNA

Obligación de Dar Suma de Dinero

Lima, once de octubre del año dos mil diez

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número dos mil ochocientos noventa y cuatro - dos mil nueve; en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia.

I. MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de folios quinientos cuarenta y uno, su fecha veintidós de mayo del año dos mil nueve, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que confirmó la resolución de primera instancia que declara fundada la demanda; en los seguidos por Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta contra la empresa Corporación Pesquera Ilo Sociedad Anónima Cerrada y otros, sobre obligación de dar suma de dinero.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Mediante resolución de fecha ocho de julio del año dos mil diez, obrante a folios cuarenta y cuatro del cuadernillo de casación, se ha declarado **procedente** el recurso de casación interpuesto por la empresa Corporación Pesquera Ilo Sociedad Anónima Cerrada, por la causal de **infracción normativa material y procesal**.

III. CONSIDERANDO:

Primero.- La parte impugnante al fundamentar su recurso por la causal de infracción normativa la hace consistir en los puntos siguientes:

- a. **La sentencia de vista infringe los artículos 689, 692 y 724 del Código Procesal Civil**, sosteniendo en relación a la primera norma procesal, que la misma establece los requisitos comunes a todo proceso de ejecución como es el presente caso; no obstante ello, a la accionante se le ha exonerado de observar rigurosamente dicha norma porque antes que concluya el proceso de ejecución de garantías seguido entre las mismas partes (Expediente número mil ciento noventa y tres - dos mil seis) ha iniciado el presente proceso, violándose subsecuentemente la segunda norma comentada, que establece la necesidad de ejecutar un acto precedente (concluir la ejecución de garantías) para recién poder iniciar un proceso de obligación de dar suma de dinero por el saldo deudor resultante. Por ello, alega que la parte demandante no puede pretender un trato privilegiado por cuanto está obligada a cumplir la ley para el ejercicio de sus derechos de acreedor, siendo irrelevante el monto arbitrariamente fijado por dicha entidad. Asimismo, agrega que según la tercera norma comentada es prohibitivo cautelar deudas ya garantizadas con prendas, hipoteca o anticresis, afectándose otros bienes del deudor en tanto no se concluya con la ejecución de los bienes sobre los que se ha constituido garantías. Añade, que en el presente caso la misma parte demandante viene tramitando un proceso de ejecución de garantías sobre la base del mismo pagaré recaudado al presente proceso y pese a que existe una hipoteca sobre un bien inmueble ha trabado embargo en forma de inscripción sobre otro bien de propiedad de uno de los avalistas infringiendo la última norma comentada;
- b. **Al emitirse la sentencia de vista se ha interpretado erróneamente el artículo 1219 inciso 1 del Código Civil**, pues –según refiere– dicha norma no faculta al ejecutante a hacer lo que le plazca con el deudor sino a contrario sensu establece que el acreedor no está facultado a emplear medidas ilegales como las empleadas por la parte demandante al trabar embargo sobre otro bien de los deudores no obstante existir garantías constituidas previamente a su favor, transgrediéndose el artículo 692 del Código Procesal Civil;
- c. **La sentencia de vista infringe el principio de motivación de las resoluciones judiciales, previsto en los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, pues no explica ni da una razón lógica respecto a la posibilidad de promover un proceso de obligación de dar suma de dinero como ocurre en el presente caso sin necesidad de determinarse el saldo deudor en el proceso de ejecución de garantías que se viene tramitando, tal como lo prevé el artículo 724 del Código Procesal Civil, lo cual –afirma– es violatorio a su derecho al debido proceso y a conocer la razón por la cual el órgano jurisdiccional rechaza su observación en este extremo.

Segundo.- Habiéndose declarado procedente por la causal de infracción normativa material y procesal, en primer término debe analizarse los agravios señalados en los puntos **a** y **c** relativos a la infracción normativa procesal y en atención

a que el pedido casatorio es anulatorio de la sentencia de vista y en la eventualidad que se declare fundado no será necesario examinar los agravios relativos a la infracción normativa material precisado en el punto **b** del fundamento anterior.

Tercero.- Es oportuno destacar que el derecho a un debido proceso supone desde su dimensión formal la observancia rigurosa por todos los que intervienen, de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento de tutela de derechos subjetivos, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio. Desde su dimensión sustantiva se le concibe cuando la decisión judicial observa los principios de razonabilidad y proporcionabilidad.

Cuarto.- Examinado lo actuado a fin de determinar si se ha incurrido en la infracción normativa procesal en los términos propuestos, es menester realizar las precisiones siguientes:

- i. La accionante Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta postula la demanda contra la Corporación Pesquera Ilo Sociedad Anónima Cerrada, Alberto Liendo Pizarro, Milagros Liendo Prado, Karina Adelina Liendo Prado y la Pesquera María Milagros Sociedad de Responsabilidad Limitada a fin que le paguen la suma de seiscientos sesenta mil dólares americanos, más intereses compensatorios y moratorios, costas y costos del proceso, señalando que dicha obligación proviene del pagaré número mil trescientos cuarenta y ocho recaudado a la demanda, emitido con fecha trece de febrero del año mil novecientos noventa y ocho; asimismo, sostiene que una parte de la obligación contenida en el referido título ha sido puesta a cobro mediante un proceso de ejecución de hipoteca y que la presente demanda la interpone por la parte que no alcanzará a ser cubierta con el remate del bien inmueble hipotecado a su favor;
- ii. Por resolución número uno de fecha veinticinco de agosto del año dos mil seis, obrante a folios veintiséis, se expidió mandato ejecutivo notificándose a los demandados a fin que paguen la suma reclamada en la demanda;
- iii. Mediante la resolución número treinta y cinco de fecha cuatro de setiembre del año dos mil ocho, obrante a folios cuatrocientos dieciocho, el juzgado decretó autos para sentencia en razón que ninguno de los demandados formuló contradicción a la ejecución; las instancias de mérito al emitir decisión final, han declarado fundada la demanda, señalándose que en el caso en particular la obligación reclamada se encuentra debidamente acreditada con el pagaré puesto a cobro y que la entidad demandante está facultada a solicitar el pago de su acreencia, en aplicación de lo previsto en el artículo 1219 inciso 1 del Código Civil. Agregando, que los demandados no han formulado contradicción y le es aplicable al proceso las normas previstas en los artículos 693 al 712 del Código Procesal Civil, siendo exigible por lo tanto la obligación solicitada en autos.

Quinto.- La motivación de resoluciones judiciales como principio y derecho de la función jurisdiccional, consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 122 incisos 3 y 4 y 50 inciso 6 del Código Procesal Civil, es esencial en las decisiones judiciales, en atención a que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, pues a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia, evitándose con ello arbitrariedades y además permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico, las razones jurídicas capaces de poner de manifiesto, los errores que puede haber cometido el juzgador. Por ende, la aludida motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a la normativa vigente; y por tanto, es adecuada y suficiente, cuando probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la normas y la motivación de derecho o *in jure*, (cuando se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma).

Sexto.- En cuanto a las alegaciones expresadas en los puntos a y c, de primera intención debe abordarse el tema relativo a determinar si la sentencia impugnada observa el principio de motivación de las resoluciones judiciales el cual goza de raigambre constitucional y es consustancial al derecho a un debido proceso a que se contrae el punto c del fundamento anterior. La alegada infracción tiene como sustento que la impugnada no explica si resulta factible interponer una demanda de obligación de dar suma de dinero sin necesidad de la existencia de un saldo deudor derivado del proceso de ejecución de garantías que viene tramitándose conforme lo prevé el artículo 724 del Código Procesal Civil. Es menester indicar que: “mediante el control de logicidad, se examina el razonamiento que realizaron los jueces inferiores para conocer si fue formalmente correcto desde el punto de vista lógico; de ello se deriva que, no solo la sentencia tiene que ser fundada sino que debe ser, en primer lugar, bien fundada formal y lógicamente, esto es, que se muestre el itinerario del razonamiento para que se pueda controlar (por las partes o por el Juez Superior) si el razonamiento ha sido correcto y ha observado las leyes del pensar (...)”⁽¹⁾. En el caso de autos, se aprecia a folios quince, rubro “pretensión principal” que la entidad demandante señaló que la suma reclamada “es una parte de la obligación puesta a cobro mediante un proceso de ejecución de hipoteca, siendo que la presente demanda la interponemos por la parte que no alcanzará a ser cubierta con el remate del inmueble hipotecado a nuestro favor”. Siendo que tal aseveración ha sido compulsada por los órganos inferiores tal como se aprecia del fundamento tercero de la recurrida al precisarse que: “(...) una parte de dicha obligación se está cobrando mediante proceso de ejecución de hipoteca; consecuentemente, se interpone

(1) GHIRARDI, Olsen A. “Lógica de la Casación - Errores *in cogitando*”. En: *Scritti in Onor di Elio Fazzarali*. Giuffrè Editorial, Milán, 1993, pp. 494-495.

la presente demanda por la parte que no alcanzará a ser cubierta con el remate del inmueble hipotecado a su favor”. De lo expuesto, ha quedado claro que la demanda solo persigue una parte de la obligación contenida en el título valor puesto a cobro que no alcanzará a ser cubierta con el remate del bien hipotecado en el proceso correspondiente, esta precisión ha sido expresada al postularse la demanda, y en todo caso, la parte demandada tenía expedito los mecanismos legales de defensa a fin de rebatir tal posición, lo cual no implica que se efectúe un doble cobro, en la medida que solo se ha despachado ejecución por una suma dineraria menor que se afirma es parte de una deuda mayor representada en el monto total del importe del título valor, pero que en este proceso de obligación de dar suma de dinero, solo se promueve por la suma que no será cubierta en el proceso de ejecución de garantías. Adicionalmente a ello, la hipótesis prevista en el artículo 724⁽²⁾ del Código Procesal Civil no es aplicable al caso de autos porque la obligación demandada no proviene de un saldo deudor que haya sido liquidado luego del remate de un bien inmueble, sino que proviene de un título valor que según las instancias inferiores presta mérito ejecutivo; por lo que, no se aprecia que la sentencia impugnada infrinja el principio de motivación de las resoluciones judiciales en los términos planteados.

Sétimo.- Respecto a la alegación expresada por la parte recurrente en el punto a, tal como se ha anotado precedentemente la obligación demandada no proviene de un saldo deudor que haya sido liquidado luego del remate de un bien inmueble, sino que proviene de un título valor que según las instancias inferiores presta mérito ejecutivo, de tal manera que para llegar a dicho convencimiento la Sala Civil Superior expresa lo siguiente: “(...) conforme se verifica la demanda de fojas catorce a veintiuno, la accionante indica que como consecuencia de un crédito otorgado a Corporación Pesquera 110 Sociedad Anónima, esta emitió un pagaré de número mil trescientos cuarenta y ocho con vencimiento inicial al treinta de junio de mil novecientos noventa y nueve, por la suma de ochocientos mil dólares americanos, título que fue avalado en forma solidaria por los co-ejecutados y que fue materia sucesiva de renovaciones hasta que se produjo su vencimiento definitivo el treinta de agosto de dos mil tres, no habiéndose honrado la deuda hasta la fecha. Y que una parte de dicha obligación se está cobrando mediante proceso de ejecución de hipoteca; consecuentemente interpone la presente demanda por la parte que no alcanzará a ser cubierta con el remate del inmueble hipotecado a su favor”. De lo expuesto, se concluye que los órganos de instancia para amparar la incoada y disponer que se lleve adelante la ejecución, indefectiblemente han verificado que la obligación contenida en el pagaré recaudado a la demanda resulta cierta, expresa y exigible conforme a lo previsto en el artículo 689 del Código Procesal Civil, tanto más si en el desarrollo del proceso ninguno de los demandados formuló contradicción contra la ejecución

(2) **Artículo 724.- Saldo deudor**

Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero.

despachada en autos. Asimismo, cabe acotar que como se ha indicado anteriormente la norma contenida en el artículo 724 del Código Procesal Civil no es aplicable al caso de autos; así como tampoco el artículo 692 del ordenamiento procesal pues regula la “limitación cautelar”, lo cual no es el tema de la litis que está referido a una obligación de dar suma de dinero sustentada en un título valor (pagaré) que presta mérito ejecutivo.

Octavo.- En cuanto a los agravios relativos a la infracción normativa material precisado en el punto **b** del segundo fundamento de la presente resolución, es del caso destacar que la **doctrina**⁽³⁾ autorizada distingue a los mecanismos de tutela que brinda el ordenamiento jurídico al acreedor como los siguientes: **1.-** Mecanismos de tutela de la obligación; **3.-** La posibilidad de solicitar la ejecución forzosa de la prestación; **4.-** El resarcimiento por los daños; **5.-** Mecanismos de tutela destinados a conservar la garantía patrimonial y la solvencia del deudor; y, **6.-** Las especiales medidas de protección en el caso de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, como la excepción de cumplimiento contractual y la resolución por incumplimiento. En el presente caso, es indudable que la entidad accionante al plantear la presente demanda ha recurrido al segundo mecanismo antes referido, el mismo que se encuentra previsto en el **artículo 1219 inciso 1**⁽⁴⁾ del Código Civil, siendo evidente que la condición de acreedor ostentado por la accionante encuentra sustento precisamente en el título valor recaudado a la demanda, que fuese emitido a su favor por la codemandada Corporación Pesquera 110 Sociedad Anónima Cerrada y avalado por los demás demandados. Por consiguiente, esgrimir la tesis que al emitirse la recurrida se ha efectuado una errónea interpretación de la norma comentada importaría negarle la calidad de acreedor a la entidad accionante, lo que en todo caso debió hacer valer la parte demandada en el desarrollo del proceso, encaminando su defensa a probar que no era la deudora del accionante, en razón que la demanda va dirigida en su contra con el propósito de que cumpla con parte de la obligación puesta en el título valor cuyo pago se reclama, ya que en virtud del principio de imparcialidad el órgano jurisdiccional no puede sustituirse en defensa de ninguna de las partes en el interior del proceso.

IV. DECISIÓN:

Por consiguiente, no verificándose la infracción normativa material y procesal en los términos propuestos el recurso de casación debe rechazarse por infundado. Por tales fundamentos declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la Corporación Pesquera Ilo Sociedad Anónima Cerrada mediante escrito obrante a folios quinientos ochenta y nueve; en consecuencia: **NO CASARON** la sentencia de vista de folios quinientos cuarenta y uno, su

(3) DÍEZ-PICASSO. *Código Civil comentado*. Tomo VI. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 325.

(4) **Artículo 1219.- Derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones**

Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a Sude que el deudor le procure aquellos que está obligado.

fecha veintidós de mayo del año dos mil nueve; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Scotiabank Perú Sociedad Anónima Abierta contra la Corporación Pesquera 110 Sociedad Anónima Cerrada y otros, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y, los devolvieron. Ponente Señora Aranda Rodríguez, Juez Supremo.

SS. TICONA POSTIGO, PALOMINO GARCÍA, ARANDA RODRÍGUEZ, ÁLVAREZ LÓPEZ, VALCÁRCEL SALDAÑA

Ejecución de laudo arbitral que contiene garantía hipotecaria presupone el pago de costos y costas del proceso arbitral

La Sala Suprema reconoce que sí es factible la realización de la hipoteca vía una demanda de ejecución de laudo; sin embargo considera que hubo omisiones del a quo en cuanto a la exigencia de documentación que le permita pronunciarse sobre las sumas objeto de cobro por lo que ordena una nueva calificación. Finalmente considera que si bien el árbitro de conciencia puede dejar de invocar normas del ordenamiento positivo, no debe dejar de respetar los derechos fundamentales de las partes, lo que deberá ser controlado por el juez o vía contradicción que cuestione la validez de la garantía real.

CAS. N° 3483-2011

Lima, catorce de junio de dos mil doce

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número tres mil cuatrocientos ochenta y tres - dos mil once; en audiencia pública programada en la presente fecha y producida la votación conforme a ley; se emite la siguiente sentencia.

I. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación, interpuesto por la defensa de Peruana de Petróleo S.R.L mediante escrito de fojas quinientos ochenta y seis a seiscientos dieciséis, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número cuatro, su fecha veinte de mayo de dos mil once, obrante de fojas quinientos treinta y cinco a quinientos treinta y nueve, emitida por la Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que confirmó el auto de primera instancia contenida en la resolución número veintinueve, su fecha veintinueve de setiembre de dos mil seis, en los extremos que declara improcedente el pago de costos y costas del proceso arbitral y de ejecución forzada del inmueble hipotecado; e improcedente el recurso de apelación formulado en cuanto al extremo referido a la no responsabilidad patrimonial de los menores Daniela Fernanda Valiente Borrero y Daniel Valiente Borrero.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La Sala mediante resolución de fecha cuatro de noviembre de dos mil once, estimó procedente el recurso de casación por:

- a) **Infracción normativa –interpretación errónea– del inciso 2 del artículo 688 del Código Procesal Civil**, al no considerar el laudo arbitral como un título de ejecución que contiene diversas obligaciones de dar y de hacer respecto a la parte demandada, pues se concluye que no es posible ejecutar en un proceso de ejecución de resoluciones judiciales firmes, una obligación

de pago a los garantes hipotecarios y dar inicio a la ejecución forzada y rematar la garantía hipotecaria otorgada por dichos demandados, con lo cual desconoce el contenido del laudo arbitral. Señala que su pedido casatorio es revocatorio y que a partir de una correcta interpretación del artículo antes citado y de las características de todo título de ejecución, se declare que resulta **procedente** el inicio de la ejecución forzada respecto a todas las obligaciones contenidas en el laudo arbitral, entre ellas, el pago de la suma adeudada por parte de los garantes hipotecarios y ejecutar de manera forzada la hipoteca constituida a favor del acreedor;

- b) **Infracción normativa –interpretación errónea– del artículo 689 del Código Procesal Civil.** Sostiene que la Sala Superior interpretó erróneamente esta norma al no tener en consideración que las obligaciones contenidas en el laudo arbitral cumplen con los requisitos establecidos en dicha norma procesal y concluir que no es posible ejecutar una obligación de pago de costas y costos procesales en un proceso de ejecución de resoluciones judiciales, desconociendo el contenido del laudo arbitral y afectando su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Lo que pretende es que se revoque la resolución impugnada y en consecuencia, a partir de una correcta interpretación del artículo 689 del Código adjetivo y de los requisitos establecidos para las obligaciones contenidas en un título ejecutivo –como es el laudo arbitral– declare que resulta procedente el inicio de la ejecución forzada respecto a la obligación de pago de costas y costos arbitrales;
- c) **Infracción normativa por inaplicación del artículo 1097 del Código Civil.** Que, asumiendo que la obligación contenida en el laudo –respecto a la ejecución de la garantía hipotecaria constituida por los demandados– resulte procedente (en un proceso de ejecución de resolución judicial), la Sala Superior inaplicó el precepto legal antes citado, al no considerar la característica de persecutoriedad de toda garantía hipotecaria y concluir que no es posible ejecutar la hipoteca respecto a los demandados Daniel Valiente Borrero y Daniela Femanda Valiente Borrero, quienes adquirieron el **bien** hipotecado por un anticipo de legítima efectuados por sus padres –también demandados en este proceso– Daniel Valiente Heredia y Nimia Nélide Borrero Pulache, desconociendo el contenido del laudo arbitral y afectando el derecho de la recurrente a la tutela jurisdiccional efectiva. Agrega que lo que pretende es que se revoque la resolución impugnada, y en consecuencia, a partir de la aplicación del artículo 1097 del Código Civil y del derecho de persecución que tiene todo acreedor con garantía hipotecaria, declare que resulta procedente la solicitud de ejecución forzada del bien hipotecado, respecto de los demandados Daniela Femanda Valiente Borrero y Daniel Valiente Borrero, actuales titulares de dicho inmueble.

III. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, para la adecuada evaluación de las infracciones normativas, se debe realizar primero una descripción de lo acontecido en autos; a continuación

se procederá a realizar una descripción sobre el papel del Poder Judicial en la ejecución de los laudos arbitrales, y se finalizará con el análisis de las infracciones normativas en concreto.

Segundo.- PETICIÓN DE ARBITRAJE.- Conforme se advierte del laudo arbitral de fojas setenta y cuatro, el once de junio de dos mil uno, la firma Texas Petroleum Company-sucursal del Perú, solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima el inicio de un proceso arbitral, a fin de solucionar la controversia sobre pago de suma de dinero y ejecución de garantía hipotecaria; instalado el Tribunal Arbitral y según lo indicado en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, se estableció que el arbitraje sería nacional y de conciencia; presentada la demanda, esta fue trasladada a Estación de Servicios D&D S.R.L, trasladándose también a los garantes hipotecarios la sociedad conyugal Daniel Valiente Heredia y Nimia Nélica Borrero Pulache y a sus menores hijos Daniela Fernanda Valiente Borrero y Daniel Valiente Borrero (al haberse argumentado respecto de estos, que habían adquirido el inmueble hipotecado).

Tercero.- PRETENSIONES DEMANDADAS EN EL ARBITRAJE.- Del mismo laudo se aprecia que las pretensiones planteadas fueron: **1)** Se ordene a Estación de Servicios D&D S.R.Ltda. pagar a Texaco la suma de ciento sesenta y seis mil seiscientos sesenta y dos con trece dólares americanos; **2)** Se ordene el pago a favor de Texaco los intereses moratorios convenidos (doce por ciento anual al rebatir) desde la fecha consignada en la liquidación hasta el pago efectivo; **3)** Se ordene, de no cumplirse con el pago exigido dentro del plazo correspondiente, se proceda a ejecutar la garantía hipotecaria otorgada a favor de Texaco, hasta por la suma de doscientos mil dólares americanos; **4)** Se ordene el pago de costas y costos del proceso.

Cuarto.- EL LAUDO ARBITRAL.- Al final del proceso arbitral, respecto a las pretensiones presentadas en la demanda arbitral se resolvió lo siguiente: **1)** Fundada la primera pretensión, ordenándose a Estación de Servicios D&D S.R.Ltda pague a la demandante dentro del término de quince días hábiles contados a partir de la notificación del laudo, la suma de cien mil dólares americanos, así como los intereses compensatorios y tributos que según los numerales 4 y 5 del tercer considerando del laudo, se deberá determinar en su ejecución; **2)** Fundada la segunda pretensión en el extremo referido a la obligación de Estación de Servicios D&D S.R.Ltdo de pagar intereses moratorios, e infundado en el extremo referido a la aplicación de una tasa del doce por ciento anual para su determinación; y en consecuencia, ordenar a Estación de Servicios D&D S. R.Ltda pagar a favor de la demandante los intereses moratorios que se determinen en ejecución del laudo, en función a la liquidación que se practique para esos efectos, aplicando la tasa que fija el Banco Central de Reserva del Perú para esos efectos, según lo establecido en el cuarto considerando del laudo; **3)** Fundada la tercera pretensión, y en consecuencia requerir a los garantes hipotecarios para que dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del laudo, cumplan con

pagar a la demandante el íntegro de la obligación adeudada por su garantizada, Estación de Servicios D&D S.R.Ltda, quedando en caso contrario, expedito el derecho de la demandante de solicitar la ejecución forzada del inmueble gravado a su favor; **4)** Fundada la cuarta pretensión, en consecuencia condenar a Estación de Servicios D&D S.R.Ltda al pago del íntegro de las costas y costos que haya demandado el proceso arbitral.

Quinto.- DEMANDA DE EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL.- En la demanda de ejecución de laudo arbitral de fojas cincuenta y siete, se demandó a la Estación de Servicios D&D S.R.Ltda. (deudora principal), a Daniel Valiente Heredia y Nimia Nélica Borrero Pulache (personas que constituyeron hipoteca), y en el Cuarto Otrosí de la demanda se ha indicado que estando a la información registral del predio materia de ejecución, se solicitó se cite con la demanda a D.F.V.B. y D.V.B., en su calidad de terceros con interés, refiriendo el carácter real, preferente y persecutorio de la garantía hipotecaria otorgada a favor del demandante. En esa demanda interpuesta el dieciocho de diciembre de dos mil tres, el demandante solicitó la ejecución del laudo arbitral, indicando que en el mismo se ordenó:

- a) Que, la Estación de Servicios D&D S. R.Ltda pague a la demandante dentro del término de quince días hábiles contados a partir de la notificación del laudo, la suma de cien mil dólares americanos, así como los intereses compensatorios y tributos que se deberán determinar en el proceso de ejecución;
- b) Que, se pague a la demandante los intereses moratorios que se determinen en la ejecución del laudo, en función de la liquidación que se practique para esos efectos, aplicando la tasa que fija el Banco Central de Reserva del Perú para esos efectos;
- c) Que, pague a la demandante las costas y costos derivados del proceso arbitral;
- d) Que, Daniel Valiente Heredia y Nimia Nélica Borrero Pulache en calidad de garantes hipotecarios de Estación de Servicios D&D S.R.Ltda, dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del laudo, cumplan con pagar a Texaco el íntegro de la obligación adeudada por su garantía, quedando en caso contrario, expedito el derecho de Texaco a solicitar la ejecución forzada del inmueble gravado a su favor.

Sexto.- CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA DE EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL.- A fojas sesenta y nueve, por resolución número uno, del veintinueve de diciembre de dos mil tres, el juez declara inadmisibles la demanda en atención a los siguientes defectos y le concede tres días para la subsanación, bajo apercibimiento de rechazo de la demanda:

- a) Se acompaña laudo que quedó firme, pero no se adjunta copia certificada del decreto arbitral que así lo declara, ni la constancia de notificación a los demandados del referido laudo;

- b) Se dice acompañar copia certificada del laudo, pero se trata de una fotocopia simple;
- c) Se pretende que en caso no pagar lo adeudado, la ejecución forzada recaerá en un bien hipotecado ubicado en Piura, para lo que se acompaña la Ficha Registral N° 21486, donde al momento de constituirse la garantía figuran como titulares del predio los señores Valiente - Borrero, pero la ficha fue cerrada por duplicidad, con la Partida N° 29202 y en ella no figuran como titulares los deudores sino un tercero ajeno a la relación contractual, lo cual advierte impediría que la ejecución forzada recaiga en el predio cuya propiedad se atribuye a los señores Valiente - Borrero, quienes según la Ficha N° 21486 transfirieron el bien a sus menores hijos;
- d) En cuanto a la notificación a los menores, se señala que su domicilio es “el inmueble”, sin especificar la dirección exacta.

Sétimo.- SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA DE EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL.- A fojas noventa y ocho, la demandante presenta su escrito de subsanación e indica:

- a) Acompañan resolución del Árbitro Único en donde se indica que el laudo se encuentra consentido y que fue notificado a las partes;
- b) Acompañan copia certificada del laudo;
- c) Respecto a la ficha registral cerrada 21486, y a la vigente 29202, si bien en esta no aparecen como titulares los señores Valiente - Borrero, ni la hipoteca inscrita en la Ficha N° 21486, solicitan se tenga por absuelta la inadmisibilidad y que en caso de no pago se proceda al remate del inmueble ubicado en Fracción de la parcela del predio San Ramón, San Lorenzo, Tambogrande, Piura;
- d) En cuanto a la notificación a los menores, se indica que el inmueble es el ubicado en fracción de la parcela del predio San Ramón, San Lorenzo, Tambogrande, Piura.

Octavo.- ADMISIÓN DE LA DEMANDA DE EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL.- A fojas ciento ocho, con la subsanación presentada, se admite a trámite la demanda, y se notifica a Estación de Servicios D&D S.R.Ltda, Daniel Valiente Heredia y Nimia Nélide Borrero Pulache, para que dentro del tercer día de notificados cumplan con lo resuelto en el laudo arbitral, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada; librándose exhorto a las citadas personas y a los terceros Daniela Femanda Valiente Borrero y Daniel Valiente Borrero. El demandado Daniel Valiente Heredia se apersonó al proceso a fojas ciento cincuenta y ocho y subsanado a fojas ciento ochenta y cuatro, lo que dio lugar a la absolución de la demandante, de donde lo relevante del caso es la situación del inmueble, lo que da lugar a que el demandante, a fojas doscientos catorce indique que si el juez, a pesar de lo establecido en el laudo arbitral, considera que no procede la ejecución de la hipoteca inscrita en la ficha 21486, la demandante se

reserva la facultad de iniciar las acciones legales contra las personas responsables de dicha imposibilidad.

Noveno.- RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- A fojas doscientos sesenta y siete, corre el pronunciamiento final de primera instancia en donde:

- 1) Se declara IMPROCEDENTE EN PARTE la demanda, en cuanto a los extremos de pago de costas y costos del proceso arbitral, de ejecución forzada del inmueble hipotecado, de toda responsabilidad por parte de los menores D.F. y D.V.B.;
- 2) Se deja a salvo el derecho del demandante de promover las acciones necesarias para obtener la tutela judicial relativa a las pretensiones denegadas;
- 3) Se continúe la ejecución en cuanto a las demás obligaciones declaradas en el laudo arbitral;
- 4) Se ordena el inicio de la ejecución forzada en los bienes de los demandados: Estación de Servicios D&D SRL, Daniel Valiente Heredia y Nimia Nélide Borrero Pulache hasta que cumplan con pagar cien mil dólares americanos por capital, noventa y un mil ochocientos sesenta y cuatro con tres dólares americanos por intereses compensatorios y tributo Impuesto General a las Ventas, ocho mil cuatrocientos tres con veinte dólares americanos por interés compensatorio; indicándose que los intereses se seguirán generando hasta el pago de la obligación íntegra, a ser liquidados en ejecución de sentencia.

Décimo.- ETAPA IMPUGNATORIA Y RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.- A fojas doscientos ochenta y cuatro corre el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la demandante, en donde solicita se revoque los extremos relativos a la improcedencia de:

- a) Pago de costos y costas del proceso arbitral,
- b) Ejecución forzada del inmueble hipotecado y se libera de toda responsabilidad a los menores D.F. y D.V.B. La Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, a fojas quinientos treinta y cinco, por Resolución número cuatro del veinte de mayo de dos mil once, resuelve confirmar el auto apelado en los extremos que declara improcedente el pago de costas y costos del proceso arbitral y de ejecución forzada del inmueble hipotecado; e improcedente el recurso de apelación en el extremo referido a la no responsabilidad patrimonial de los menores D.F. y D.V.B.

Décimo Primero.- PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.- Como elemento inicial de análisis se debe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 00142-2011-PAJTC, estableció que a la luz de los artículos 138 y 139 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, “el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a

disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional⁽¹⁾. Ha precisado también que dada “la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución⁽²⁾” y como se señaló anteriormente la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto la jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso⁽³⁾.

Duodécimo.- Que, siendo una de las particularidades del arbitraje el carecer de *executio*, requiere del auxilio del órgano jurisdiccional para la ejecución forzada de la decisión arbitral, en ese sentido “la pretensión de ejecución forzada no puede ser sustraída del control del Estado⁽⁴⁾. Cuando el órgano jurisdiccional recibe un laudo arbitral para su ejecución, debe cumplir con una función de control, pero no puede enjuiciar el fondo del asunto, sino que su control se circunscribe a los aspectos puramente formales⁽⁵⁾; pero respecto de todo esto se debe tener en cuenta que, en el caso de los arbitrajes de conciencia en donde conforme al artículo 3 de la Ley N° 26572 (aplicable por temporalidad) el árbitro resuelve conforme a sus conocimientos, leal saber y entender, tal particularidad no libera al árbitro de respetar los derechos fundamentales, entre ellos el derecho al debido proceso, con los elementos que lo conforman según la naturaleza propia del arbitraje y si bien el árbitro de conciencia podrá dejar de invocar normas del ordenamiento positivo, ello no obsta a que deba respetar los derechos fundamentales de las partes, así como las disposiciones imperativas que los contemplan; afirmar lo contrario implicaría admitir que cuando se pacta un arbitraje de conciencia, este se desarrolla al margen del Estado de Derecho, lo que sería insostenible⁽⁶⁾.

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10.

(2) Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0142-2011-PA/TC, fundamento 12.

(3) Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

(4) Pietro Perlingheri, citado por ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. “De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de actuación”. En: *Themis*. Revista de Derecho. N° 53, Lima, 2007, p. 99.

(5) Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción. Algunas cuestiones polémicas*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, p. 207.

(6) Vide. ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. *De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de actuación*, p. 102.

Décimo Tercero.- ANÁLISIS DE LAS INFRACCIONES NORMATIVAS PRESENTADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN.- Respecto a la **infracción normativa por interpretación errónea del artículo 688, inciso 2 del Código Procesal Civil**, primero se debe indicar que la versión original del artículo 688 establecía que “solo se puede promover ejecución en virtud de: 1) Título ejecutivo; y 2) Título de ejecución”. Tal norma fue modificada por el Artículo Único del Decreto Legislativo número 1069 –publicado el veintiocho de junio de dos mil ocho– en cuya Primera Disposición Complementaria Transitoria se establece que los procesos de ejecución iniciados antes de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo continuarán su trámite según las normas procesales con que se iniciaron”; los de autos atienden a una demanda interpuesta el dieciocho de diciembre de dos mil tres, y el mandato de ejecución es del veintisiete de febrero de dos mil cuatro (fojas ciento ocho), por ello se aplicó el texto original previsto en el artículo 713 inciso 2 del Código Procesal Civil (aplicable por temporalidad), en donde se establecía que es título de ejecución el laudo arbitral firme, norma que luego de las diversas modificaciones legislativas tiene su equivalente en la actual redacción del artículo 688 inciso 2 del Código Procesal Civil, la que no es aplicable a los autos. En buena cuenta, a los autos se le deben aplicar las reglas procesales anteriores al Decreto Legislativo número 1069 y la ley de arbitraje vigente al momento en que se dictó el laudo arbitral - Ley N° 26572.

Décimo Cuarta.- Que, con los argumentos expuestos, se debe entender entonces que el laudo arbitral constituye un título de ejecución (inciso 2 del artículo 688 del Código Procesal Civil, según redacción vigente al inicio del proceso de ejecución) el cual contiene una obligación de pagar una suma dineraria y una garantía hipotecaria susceptible de ser ejecutada en la misma vía de ejecución del laudo arbitral; sin embargo, conforme se señaló anteriormente en sede de control de los elementos formales para la ejecución del laudo arbitral, el juzgador debe cuidar de exigir los requisitos formales necesarios para que la ejecución sea posible, lo que en términos legislativos se traduce en la aplicación de los artículos 713 a 719 y 720 a 723, según redacción vigente al momento de iniciarse el proceso de autos, es decir antes de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo número 1069, todo lo cual no fue tomado en cuenta en los de autos, y por ello, a fin de cautelar el derecho a un debido proceso de las partes, con incidencia en el derecho de defensa y de pluralidad de instancia, se advierte de autos que se produjo una infracción normativa del artículo 688 inciso 2 del Código Procesal Civil, originando un efecto anulatorio previsto en la parte final del primer párrafo del artículo 171 del Código Procesal citado, nulidad que se extiende hasta el momento de la calificación de la demanda, para lo cual en la nueva calificación se deberán tener en cuenta los elementos que se indican más adelante.

Décimo Quinto.- Que, respecto a la **infracción normativa por interpretación errónea del artículo 689 del Código Procesal Civil**, conforme se desprende de su fundamentación, esta infracción se refiere de manera concreta al extremo del

pago de costos, y costas del proceso arbitral. Al respecto, el órgano jurisdiccional no procedió a la ejecución de tal extremo debido a que el recurrente no presentó la liquidación de tal obligación conforme al artículo 717 del Código Procesal Civil, pues es en el momento del pedido de ejecución cuando se debe presentar la liquidación para convertir en líquida tal obligación, a efectos de correr traslado a la contraparte y esta ejerza su derecho de defensa; en ese sentido, el órgano jurisdiccional debió advertir este elemento al momento de la calificación de la demanda, para incluirlo dentro de los elementos de la inadmisibilidad respectiva y exigir la liquidación de este concepto, liquidación que sí se efectuó respecto a los intereses compensatorios y moratorios; en cambio, el órgano jurisdiccional esperó hasta la resolución final para advertir esta deficiencia y al declarar la improcedencia de tal pedido, origina la violación del derecho al debido proceso del recurrente, negándose arbitrariamente a ejecutar este extremo del laudo arbitral; por tanto, este extremo también debe ser estimado debido a que el juzgador no atendió lo antes expuesto.

Décimo Sexto.- Que, respecto a la **infracción normativa por inaplicación del artículo 1097 del Código Civil**, ante todo se debe indicar que el extremo referido a involucrar a los hijos de los garantes hipotecarios, fue un extremo cuya ejecución fue denegada en la resolución de primera instancia, al considerarse que el laudo arbitral solo se establece relaciones obligacionales personales entre la Estación de Servicios D&D S.R.L y los garantes hipotecarios Daniel Valiente Heredia y Nimia Borrero, pero respecto a la responsabilidad patrimonial reclamada a sus hijos, ello solo sería válida y vinculante de haberse amparado la pretensión de la ejecución de hipoteca y al apelarse tal extremo, la apelación fue declarado improcedente; sin embargo, al haberse determinado en el análisis de la infracción del artículo 688 inciso 2 del Código Procesal Civil, que el juzgador no siguió el procedimiento previsto para la ejecución de un laudo arbitral firme, la nulidad del proceso también involucra este extremo, más aún si la ejecución de la hipoteca es susceptible de ser ejecutada vía ejecución del laudo arbitral con las pautas ya indicadas y que se reiteran y sistematizan en el siguiente considerando; a ello se debe añadir que conforme se indica del laudo arbitral, los menores fueron emplazados en el proceso arbitral a través de sus padres.

Décimo Séptimo.- PAUTAS A TENER EN CONSIDERACIÓN EN ATENCIÓN A LA APLICACIÓN CORRECTA DE LAS NORMAS DENUNCIADAS.- Con el propósito de evitar futuras nulidades procesales, en atención a los argumentos expuestos y a fin de que el órgano jurisdiccional contribuya al respeto del orden público económico bajo el entorno de una economía social de mercado, al momento de la ejecución del laudo arbitral, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta que es factible la ejecución de la hipoteca; pero para ello y en aplicación de los artículos III y tercer párrafo del IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, deben tomarse en cuenta la aplicación plena de los artículos 713 a 719, así como de los artículos 720 a 724 del citado Código adjetivo, según redacción vigente al inicio del proceso de ejecución, y respecto de estos últimos en cuanto sean aplicables y no resulten contradictorios a las reglas

previstas para la ejecución de resoluciones judiciales; es el caso por ejemplo de las causales de contradicción previstas en el artículo 718 del Código Procesal Civil, pues en la contradicción a la ejecución del laudo arbitral solo es factible alegar el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, en ese sentido, el juzgador debe cuidar que el demandante presente desde el inicio del proceso la liquidación de los diversos conceptos dinerarios que reclama conforme a lo previsto en el artículo 717 del Código Procesal Civil; pero respecto a la factibilidad de la ejecución de la garantía hipotecaria se debe presentar el documento que contiene la garantía real, la tasación comercial actualizada salvo que se haya convenido el valor actualizado de la misma, acompañándose el respectivo certificado de gravamen, elementos previstos en el artículo 720 del Código antes glosado, las que resultan relevantes para hacer efectivo los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado, lo cual involucra por ejemplo determinar los elementos de validez de la hipoteca previstos en el artículo 1099 del Código Civil, todo lo cual no deriva del laudo de conciencia materia de autos, pues conforme se señaló en el Duodécimo Considerando de esta sentencia de casación, si bien el árbitro de conciencia podrá dejar de invocar normas del ordenamiento positivo, ello no obsta a que deba respetar los derechos fundamentales de las partes, así como las disposiciones imperativas que los contemplan; y en ese sentido no cabe duda que el derecho a la propiedad constituye uno de los derechos fundamentales que debe ser respetado (numeral 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado), y es así que para efectos concretos de la ejecución de la hipoteca, los demandados podrían alegar alguno de los elementos de contradicción previstos en el artículo 722 del Código Procesal Civil, cuidando siempre el juzgador de advertir que el extremo de la garantía real de hipoteca no haya sido analizado en derecho en el laudo arbitral de conciencia, según las normas civiles, notariales, registrales y procesales que la gobiernan, muchas de las cuales constituyen normas imperativas y su transgresión puede involucrar perjuicio a derechos fundamentales; por tanto su análisis no implica dejar sin efecto de manera indirecta el laudo arbitral, sino hacer efectivo un Estado Social de Derecho, en donde bajo una concepción moderna del derecho (llamado a ser realizado en el proceso), se advierte la realización de la justicia ya no como algo abstracto e ideal, sino como algo concreto, que consiste en el dar a cada quien lo que le corresponde⁽⁷⁾.

IV. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con el inciso 2 del artículo 396 del Código Procesal Civil: **Declararon:**

- a) **FUNDADO:** el recurso de casación interpuesto por la defensa de la demandante Peruana de Petróleo S.R.L, mediante escrito de fojas quinientos ochenta y seis a seiscientos dieciséis.

(7) Cfr. HERVADA, Javier. *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. 2ª edición, Eiunsa, Pamplona, 2008, p. 42.

- b) En consecuencia: **CASARON**, la sentencia de vista contenida en la Resolución número cuatro, su fecha veinte de mayo de dos mil once, emitida por la Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- c) **INSUBSISTENTE** la resolución apelada de fojas doscientos sesenta y siete; y, **ANULARON** lo actuado hasta fojas sesenta y nueve; **ordenando** al juez de primera instancia proceda a calificar nuevamente la demanda, conforme a lo indicado en esta sentencia de casación.
- d) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, conforme a ley; en los seguidos por Peruana de Petróleo S.R.L con Estación de Servicios D&D S.R.L, Daniel Valiente Heredia, Nimia Nélide Borrero Pulache, Daniela Fernanda Valiente Borrero y Daniel Valiente Borrero, sobre ejecución de laudo arbitral; y, los devolvieron; interviniendo como Ponente, el Juez Supremo, señor Castañeda Serrano.

SS. TÁVARA CÓRDOVA, VALCÁRCEL SALDAÑA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA, CALDERÓN CASTILLO

El beneficio de excusión no se puede oponer frente a una garantía hipotecaria

El beneficio de excusión no puede ser alegado en el marco de la ejecución de una garantía hipotecaria, cuya relevancia radica precisamente en el objeto sobre el que ha recaído la garantía debido a que dicho instituto se funda en el Principio de Subsidiariedad de la Fianza.

CAS. N° 2663-2011-LA LIBERTAD

Lima, veintitrés de abril de dos mil doce

VISTOS; Que el recurso de casación interpuesto por el demandado don Juan Alfredo Donato Abarca a fojas doscientos cuarenta y siete, reúne los requisitos de forma para su admisibilidad, conforme a lo previsto en el artículo 387 del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364; por lo que corresponde examinar si el recurso reúne los requisitos de fondo; y

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el artículo 386 del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364 señala que el recurso de casación se sustenta en: i) la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, o ii) en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

Segundo.- Que, los numerales 2 y 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364 establecen que constituyen requisitos de fondo del recurso, que se describa con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, así como el demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada.

Tercero.- El recurrente, sin invocar norma procesal alguna denuncia como agravios: a) La infracción normativa de los artículos 1871 y 1097 del Código Civil, argumentando que la sentencia de vista ha pretendido una definición tanto del contrato de “fianza” como de la garantía hipotecaria, concluyendo que cada una tiene su propia naturaleza, características y regulación, **pero no han sostenido jurídicamente por qué el beneficio de excusión no se puede interponer ante una garantía real como la hipoteca**, b) La infracción normativa del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que los magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de La Libertad, han actuado con subjetividad al sostener que los demandados han actuado indebidamente al tratar de sostener doctrinariamente que el Beneficio de Excusión puede ser aplicado a un contrato que no necesariamente sea el contrato de “fianza”, y c) La infracción normativa del artículo 720 del Código Procesal Civil, señalando que el Colegiado Superior ha sostenido que de un argumento de la contradicción se advierte reconocimiento de la existencia del mutuo pero no de la entrega de dinero, por lo que la obligación existe y por lo tanto deben demostrar los

ejecutados que cancelaron la deuda, y como no lo hicieron entonces la demanda es fundada.

Cuarto.- En lo concerniente al primer agravio, descrito en el literal a), independientemente de haberse sustentado jurídicamente la decisión recurrida, en el sentido que el beneficio de excusión no puede ser alegado en el marco de la ejecución de una garantía hipotecaria, cuya relevancia radica precisamente en el objeto sobre el que ha recaído la garantía debido a que dicho instituto se funda en el Principio de Subsidiariedad de la Fianza; de la revisión de autos aparece que la mencionada defensa previa no ha sido propuesta por el recurrente, sino más bien por don Marcos Erick Donato Asmat, quien representa a la garante hipotecaria doña Yliana Beatriz Asmad Soles, tal y conforme se aprecia de fojas noventa y cinco.

Quinto.- Respecto al literal b), de la argumentación impugnatoria expuesta en este extremo del recurso, se advierte que el recurrente se ha limitado a alegar que la recurrida se encuentra revestida de subjetividad, omitiendo hacer toda referencia al contenido esencial del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, referido a los Fines del Proceso, incurriendo en causal de improcedencia prevista en el inciso 2 del artículo 388 del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364, pues es evidente que este agravio carece de claridad y precisión.

Sexto.- De la argumentación descrita en el literal c), no se advierte cuál es la pretensión impugnatoria del recurrente, ya que además de carecer de claridad este agravio el impugnante no ha cumplido con precisar cómo la infracción normativa denunciada va a tener incidencia directa en la decisión impugnada, tal y conforme lo exige el inciso 3 del artículo 388 Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364. Por tales consideraciones, al no haberse satisfecho las exigencias de fondo a que hace referencia el artículo 388 del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 392 del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandado don Juan Alfredo Donato Abarca a fojas doscientos cuarenta y siete contra la resolución de vista de fojas doscientos treinta y uno, su fecha trece de enero de dos mil once; en los seguidos por CREATION PERÚ sobre ejecución de garantías; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* conforme a ley; y los devolvieron.- Vocal ponente: Vásquez Cortez.

SS. VÁSQUEZ CORTEZ, ACEVEDO MENA, VINATEA MEDINA, YRIVARREN FALLAQUE, TORRES VEGA

■ Es ilegítima la posesión sustentada en una garantía anticrética no sujeta a formalidad

Un contrato privado de anticresis que no tiene la forma prevista por ley (forma ad solemnitatem) origina una posesión ilegítima, debiendo discutirse la validez del título en una vía distinta a la sumarísima.

CAS. N° 603-2012-APURÍMAC

Lima, nueve de mayo de dos mil doce

AUTOS; y **VISTOS** y, **ATENDIENDO:**

Primero.- Que, viene a conocimiento de esta Corte de Casación el presente recurso extraordinario interpuesto por los demandados Graciela Huacac Gamarra y Práxides Vargas Huacac, mediante escrito de fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta, para cuyo efecto se procede a calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia de dicho medio impugnatorio conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 29364.

Segundo.- Que, para la admisibilidad del recurso de casación se debe considerar lo establecido en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la acotada Ley N° 29364.

Tercero.- Que, como se observa de autos, los impugnantes presentan su recurso ante la Sala Mixta de Abancay de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, quien emitió la resolución impugnada, siendo una resolución que pone fin al presente proceso. Asimismo, dicha resolución les fue notificada el veintiuno de diciembre de dos mil once, tal como es de verse de los cargos obrantes a fojas ciento sesenta y dos y ciento sesenta y tres; siendo presentado el recurso con fecha veintinueve de diciembre del mismo año, conforme se observa en el recurso de fojas ciento sesenta y ocho; lo que se haya corroborado con el cargo de ingreso de escrito de fojas ciento sesenta y cuatro; por lo que se encuentra dentro del plazo de diez días que señala la norma. Además cumple con el pago de la tasa judicial según fojas ciento sesenta y cinco; consecuentemente el recurso cumple con los requisitos de admisibilidad contenidos en la norma procesal citada en el considerando precedente.

Cuarto.- Que, en cuanto a los requisitos de fondo, la parte impugnante no consintió previamente la resolución adversa, de primera instancia, cuando esta ha sido confirmada por la resolución objeto del recurso, por lo que satisface el requisito de procedencia a que se refiere el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil; conforme a las modificaciones dispuestas por la Ley N° 29364.

Quinto.- Que, la parte recurrente denuncia la infracción normativa sustantiva de los artículos 911, 1428 y 1429 del Código Civil; que incidirían directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada; argumentando por un lado que, se ha **interpretado erróneamente** el artículo 911 del Código Civil, no presentándose fundamentación sobre el elemento de “documento idóneo”; respecto de las otras normas, señala que se está ante un contrato privado de anticresis que no ha fenecido, y que el contrato al no tener la forma prevista por ley origina una posesión ilegítima, debiendo discutirse la validez del título en una vía distinta a la sumarísima, y que no se pueden aplicar las normas denunciadas pues no se está ante un contrato de prestaciones recíprocas, pues no se pactaron obligaciones simultáneas.

Sexto.- Que, en base a los medios de prueba ofrecidos y actuados en autos, el juzgador ha dejado establecido la inexistencia de un contrato de anticresis, por la forma *ad solemnitatem* que este tiene, y respecto al contrato de uso celebrado, se ha determinado que el mismo ha quedado resuelto extrajudicialmente, lo que ha originado la precariedad de la parte recurrente. En atención a lo expuesto, del análisis de los fundamentos que exponen los recurrentes, se advierte la búsqueda de realizar una nueva valoración de pruebas (reanálisis del contrato, de la resolución contractual, de las obligaciones celebradas por las partes), lo cual no es viable en sede de casación.

Sétimo.- Que, por otro lado, el presente recurso extraordinario, así sustentado, tampoco puede resultar viable por cuanto el recurso de casación concebido por nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal Civil fue modificado por la Ley N° 29364, es de carácter formal y de naturaleza extraordinaria, en el que constituye requisito fundamental la claridad y precisión de sus planteamientos, de acuerdo a las reglas previstas en el numeral 388 del cuerpo legal acotado y modificado. En ese sentido, se advierte que las alegaciones del recurso tampoco cumplen con el requisito de procedencia del recurso de casación a que se refiere el inciso 3 de la norma acotada, lo que implica, demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada; esto es, en demostrar cómo varía el sentido de la decisión final, cuando se está ante un contrato que ha sido resuelto extrajudicialmente. Por estas consideraciones, y en aplicación de lo establecido por el artículo 392 del Código Procesal Civil; declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por los demandados Graciela Huacac Gamarra y Práxides Vargas Huacac, mediante escrito de fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* bajo responsabilidad; en los seguidos por Luis Wilfredo Bravo Moreano con Graciela Huacac Gamarra y otro sobre desalojo por ocupación precaria; intervino como Ponente el Juez Supremo Castañeda Serrano; y los devolvieron.

SS. TÁVARA CÓRDOVA, RODRÍGUEZ MENDOZA, HUAMANÍ LLAMAS, CASTAÑEDA SERRANO, CALDERÓN CASTILLO

■ No se puede sostener la existencia de una relación anticrética si la garantía no se escrituró

No existe un contrato de anticresis imperfecto –como lo sostiene la impugnada– de acuerdo a lo previsto por el artículo 1092 del Código Civil, pues debe otorgarse por escritura pública bajo sanción de nulidad, por tanto los jueces superiores no pueden tener en cuenta este documento como prueba de una relación anticrética.

CAS. N° 5114-2010-CUSCO

Obligación de Dar Suma de Dinero

Lima, cuatro de enero del año dos mil doce

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número cinco mil ciento catorce - dos mil diez, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Cecilia Genoveva Baca Barra, apoderada de María Elisa Velasco Ordóñez de Guzmán que obra a fojas ciento setenta y tres del expediente principal contra la sentencia de vista de fojas ciento cincuenta y uno del mencionado expediente expedida por la Segunda Sala Civil del Cusco el día veinte de octubre del año dos mil diez que confirmó la sentencia apelada de fecha dos de agosto del año dos mil diez que obra a fojas ciento cinco del mencionado expediente que declaró infundada la tacha a los medios probatorios formulados por el demandado; e infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar y falta de representación de la demandante, poder insuficiente para la representación de la demandante, e infundada la tacha formulada por la abogada apoderada de la demandante; fundada la contradicción formulada por el demandado Juan Apolinar Enríquez Rivas en consecuencia archívese definitivamente el proceso dejando a salvo el derecho de la demandante para que lo haga valer en la vía que corresponda con lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Concedido el recurso de casación a fojas veintiséis del presente cuadernillo de casación, por resolución de esta Sala Suprema del día treinta y uno de marzo del año dos mil once, ha sido declarado procedente por la causal relativa a la infracción normativa de las siguientes normas: a) Infracción normativa del inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, concordante con los artículos cincuenta, inciso sexto y ciento veintidós, inciso tercero del Código Procesal Civil, así como con el artículo doce de la ley orgánica del Poder Judicial, pues la sentencia de vista no está debidamente motivada ya que se justifica en la subjetividad de quienes la emitieron, sin datos objetivos, erróneos o falsos que

sustenten su decisión, porque ha sido elaborada en base a datos que no corresponden a lo actuado en el proceso, y ello contraviene la ley, ya que no existe un contrato de anticresis imperfecto –como lo sostiene la impugnada– de acuerdo a lo previsto por el artículo mil noventa y dos del Código Civil, pues debe otorgarse por escritura pública bajo sanción de nulidad, por tanto los Jueces Superiores no pueden tener en cuenta este documento como prueba de una relación anticrética, más bien existe un Contrato de Arrendamiento de Inmueble y los recibos de arrendamiento, por lo que la impugnada incurre en una deficiencia en la motivación externa y en la justificación de las premisas; b) Infracción normativa por no aplicarse los artículos doscientos cuarenta y tres del Código Procesal Civil y mil noventa y dos del Código Civil, ya que, tanto el Juez de Primera Instancia como los Jueces Superiores que han expedido la impugnada declararon infundada la tacha contra el contrato de Mutuo Anticrético al sostener que la formalidad de la escritura pública no era necesaria y que, en todo caso, existe una anticresis imperfecta, figura que no existe, pues, en todos los casos la ley exige la formalidad de la escritura pública bajo sanción de nulidad; así para resolver la tacha, los jueces debieron aplicar el artículo doscientos cuarenta y tres del Código Procesal Civil, norma que no requiere de mayor interpretación, y es concordante con el artículo mil noventa y dos del Código Civil, pues no existe una sola norma que haya previsto una salvedad o una excepción a la aplicación de los artículos doscientos cuarenta y tres del Código Procesal Civil y mil noventa y dos del Código Civil; y c) Infracción normativa porque no se aplicó el artículo mil setecientos del Código Civil, pues la impugnada firma que el contrato de arrendamiento de inmueble habría fenecido, pero conforme al referido artículo mil setecientos el demandado no negó que hasta la fecha ocupa el inmueble aludido y por tanto, tiene la obligación de pagar la renta que pagó a quien lo arrendó el inmueble; en consecuencia, el Colegiado Superior no habría afirmado que el contrato de arrendamiento de inmueble ha fenecido, más aún si la Sala Superior no tiene otro argumento adicional más que la existencia de una anticresis, que es nulo o inexistente ante la carencia de un requisito necesario para su validez; finalmente, indica que su pedido casatorio es anulatorio de la sentencia impugnada.

CONSIDERANDOS:

Primero.- Que, a fin de verificar si en el caso de autos se ha configurado la causal de infracción normativa procesal, es necesario señalar que María Elisa Velasco Ordóñez de Guzmán representada por la abogada Cecilia Genoveva Baca Barra interpone demanda contra Juan Apolinar Enríquez Rivas, sobre Ejecución de Obligación de Dar Suma de Dinero, a fin de que le pague la suma de veinte mil dólares americanos (US\$ 20,000.00) por la renta impaga correspondiente a los meses de noviembre del año dos mil ocho a junio del año dos mil nueve (ocho meses de alquiler), según el contrato de arrendamiento del día catorce de octubre del año dos mil dos sobre el inmueble número 364 de la calle Cruz Verde [Cusco]. Hace extensiva la acción al pago de intereses compensatorios y moratorios devengados desde la fecha de exigibilidad de la obligación hasta la fecha de la

interposición de la presente demanda, así como al pago de las costas y costos del presente proceso, y a los intereses devengados durante el proceso hasta la fecha efectiva de pago, alegando como fundamentos que el catorce de octubre del año dos mil dos, su fallecida madre, María Renee Ordóñez Pacheco de Velasco, juntamente con su padre Julio Heraclio Velasco Fernández, celebraron un contrato de arrendamiento con el demandado Juan Apolinar Enríquez Rivas sobre el inmueble aludido, contrato que vencía el día treinta y uno de octubre del año dos mil cinco, y que a la fecha el demandado no ha cumplido con devolver el bien a los arrendadores, impidiendo a ellos y ahora a sus herederos puedan gozar de los frutos que el referido inmueble genera, hecho que motivó que la demandante inicie un proceso judicial sobre desalojo. De acuerdo al pacto del contrato aludido, el arrendamiento vencía el día treinta y uno de octubre del año dos mil cinco y no existe otro documento por el que se haya renovado ese plazo; por tanto, desde la fecha de vencimiento del contrato, el arrendatario simplemente ha continuado en posesión del inmueble habiendo cumplido con pagar alquileres hasta el mes de agosto del año pasado dos mil ocho (2008), fecha casi coincidente con el fallecimiento de su madre. Señala que fue declarada heredera de María René Ordóñez Pacheco de Velasco, condición debidamente acreditada en el Registro de Testamentos de la oficina Registral de Lima, en la partida número 12175909, en su calidad de heredera de la arrendadora recurre para solicitar se ordene el pago de los alquileres correspondientes desde el mes de noviembre del año dos mil ocho hasta la fecha en que el demandante se retire del inmueble de la calle Cruz Verde número 364. Alega que si bien el demandado adeuda los meses anteriores a noviembre del año dos mil ocho, se reserva el derecho de cobrarlos en la oportunidad correspondiente, precisando que es materia del presente proceso los siguientes periodos: de noviembre y diciembre del año dos mil ocho, y de enero a junio del año dos mil nueve.

Segundo.- Que, Juan Apolinar Enríquez Rivas al contestar la demanda, tacha los medios probatorios consistente en los vouchers de pago a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante Sunat) correspondientes al periodo de noviembre de dos mil ocho a junio del año dos mil nueve, ofrecido por la demandante, pues el recurrente, ni la empresa que representa, es inquilina de María Elisa Velasco Ordóñez de Guzmán, ni de la sucesión de René Ordóñez Pacheco, ya que para hacer consentir al órgano jurisdiccional, ha pagado al Banco en un solo día el impuesto que sería de doce por ciento y cinco por ciento (12% y 5%) (sin considerar que extemporáneamente se paga con mora), sin exhibir los recibos desde el año dos mil dos como refiere del contrato que exhibe, o desde noviembre del año dos mil ocho en forma mensual y no en un solo día —el cinco de junio del año dos mil nueve—; por ello resulta fraguado, falso y no puede tener el valor probatorio. Formula contradicción al mandato ejecutivo, deduciendo excepciones y falsedad el título: A) Excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante y del demandado; y, B) Falta de representación de la demandante, poder insuficiente para representación de la demandante; C) Falsedad del título de los vouchers; señala que no es inquilino

de la sucesión de María René Ordóñez Pacheco de Velasco, pues en un principio se desarrolló una serie de contratos, pero se modificaron, y finalmente se pactó un contrato final de mutuo anticrético, para que la empresa de la que es socio ocupara, como también puede informar la Sunat; pero con la finalidad de no devolverle su dinero, hoy pretende simular un contrato de arrendamiento, y aparecer como heredera quien dice ser propietaria del inmueble, asimismo, señala que no adeuda suma alguna a la demandante. Señala que le hace notificar en un inmueble donde no vive, basado en el contrato, sin considerar ni especificar cuántos ambientes ocupa, y cuál es la dirección porque conforme al contrato se dice que ocupó una casona; conforme a la indagación en los Registros Públicos el inmueble pertenece a las hermanas María Elisa Velasco Ordóñez de Guzmán y Liz Virginia Velasco Ordóñez, del asiento treinta y uno de la Ficha Registral número 10650 de los Registros Públicos, y como tal no tiene calidad para poder demandar los alquileres, pues lo que pretende es no devolverle su dinero y las mejoras efectuadas por la empresa que representa, pretenden cobrarle supuestos alquileres sin entregarle su dinero entregado en anticresis. No tiene calidad para poder demandar cobro de alquileres, y el poder que adjunta la apoderada, no indica que tenga facultad para demandar a nombre de las supuestas herederas dice del contrato de alquiler, como tal no tiene facultad ni para demandar, ni para accionar a nombre de la sucesión heredada, tampoco tiene representación o autorización de sus coherederos la poderdante; menos tiene calidad de poder salir a juicio el demandado, mientras no sea demandada la empresa que tiene anticresis; por ello debe declararse fundada la excepción, por falta de calidad y representación para demandar; como prueba debe considerarse la minuta de renovación y prórroga de mutuo anticrético del veinticuatro de mayo del año dos mil cinco.

Tercero.- Que, el juez ha declarado infundada la tacha a los medios probatorios formulados por el demandado; e infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar y falta de representación de la demandante, poder insuficiente para la representación de la demandante, e infundada la tacha formulada por la abogada apoderada de la demandante; fundada la contradicción formulada por el demandado Juan Apolinar Enríquez Rivas en consecuencia archívese definitivamente el proceso dejando a salvo el derecho de la demandante para que lo haga valer en la vía que corresponda, considerando que en cuanto a la tacha de los documentos formulados por el demandado: respecto de los vouchers del pago a la Sunat correspondiente a los meses de noviembre del año dos mil ocho a junio del año dos mil nueve y que los mismos resultan ser falsos; que conforme a ley la tacha que se fundamenta en la falsedad de aquellos documentos deben estar respaldados con pruebas que implique tal hecho y conforme a la revisión de dichos documentos se aprecia que no tiene ningún defecto que amerite que estos sean falsos; tanto más que se trata de documentos otorgados por entidad pública, por lo mismo la falsedad o nulidad formal de los recibos o vouchers alegados por el demandado no tienen sustento legal. La demandante formuló tacha contra los contratos de anticresis del veinticuatro de mayo del año dos mil

cinco y treinta de abril del año dos mil tres, con el fundamento de que ambos contratos son nulos porque la forma válida es a través de una escritura pública, que el artículo mil sesenta y dos del Código Civil sanciona con nulidad aquellos contratos de anticresis que no revisten la forma establecida por ley. “La tacha de documentos debe estar referida a los defectos formales de los instrumentos presentados, y no a la nulidad o falsedad de los actos contenidos en el mismo cuya nulidad o falsedad se debe hacer valer en la vía de acción” (Casación número 1357-1996-Lima, *El Peruano* tres de mayo del año mil novecientos noventa y ocho, página ochocientos sesenta del expediente principal); por tanto, si bien los mutuos anticréticos no revisten la formalidad, es decir, no fueron elevados a escritura pública, conforme así lo establece la ley, el hecho del acuerdo contenido en él mantiene su vigencia, por tanto de ser discutida en forma independiente a través del proceso respectivo conforme así lo indica la amplia jurisprudencia al respecto, como lo señalado líneas arriba, por lo mismo la tacha a estos documentos igualmente no tiene sustento legal. La obligación demandada nace según la parte demandante de un contrato de alquiler que a la fecha ha vencido, contrato de alquiler cuya copia aparece a fojas seis del expediente principal efectuado entre Heraclio Velasco Fernández y María René Ordóñez Pacheco en calidad de arrendadores y como arrendatario el hoy demandado, cuya fecha de vencimiento era el treinta y uno de octubre del año dos mil cinco; sin embargo a fojas cuarenta y dos en copia autenticada del citado expediente consta la minuta de un contrato de anticresis efectuados por los anteriores arrendadores con el arrendatario y conforme a la cláusula tercera debía de concluir el día treinta de abril del año dos mil cinco, apareciendo igualmente a fojas treinta y ocho del citado expediente otra minuta de un contrato de renovación de mutuo anticrético sobre el mismo inmueble que concluiría el treinta y uno de mayo del año dos mil ocho, por lo mismo, el uso y disfrute del inmueble por parte del demandado se halla acreditado que lo viene haciendo en mérito a un mutuo anticrético que si bien no se ha cumplido con la formalidad de la escritura pública, hecho que no le quita el mérito a que se considere como tal y no en calidad de inquilino.

Cuarto.- Que, el Colegiado Superior ha confirmado la apelada, considerando que el Colegiado tiene en cuenta que conforme a los artículos seiscientos ochenta y ocho inciso noveno y seiscientos ochenta y nueve del Código Procesal Civil, para que los recibos de arrendamiento constituyan título ejecutivo, la relación contractual debe estar acreditada instrumentalmente, y en el presente caso con las pruebas actuadas en este proceso han quedado en claro que el demandado ostenta una acreencia anticrética, en mérito a un contrato de mutuo anticresis imperfecto que no ha sido elevado a escritura pública, pero queda claro que no es inquilino y por tanto la relación contractual de arrendamiento no está acreditada instrumentalmente, por lo que no se dan las condiciones señaladas en el inciso noveno del artículo seiscientos ochenta y ocho del Código Procesal Civil. Por otra parte el Colegiado también tuvo en cuenta que la obligación puesta a cobro no tiene las características de ser cierta, expresa y exigible conforme lo estipula el artículo seiscientos ochenta y nueve del Código Procesal Civil, si se

tiene en cuenta que una obligación es cierta cuando es conocida como verdadera, y es expresa cuando manifiesta claramente una voluntad del obligado, y es exigible cuando se refiere a una obligación susceptible de reclamar con precisión, los mismos que deben concurrir copulativamente. Figura que no se presenta en el presente caso. Por tanto la contradicción debe ser declarada fundada. De las pruebas actuadas se ha acreditado que **el contrato de alquiler ha fenecido puesto que vencía el treinta y uno de octubre del año dos mil cinco y el contrato de anticresis imperfecto vencía el día treinta y uno de mayo del año dos mil ocho**. Y la parte demandante no niega la existencia de dicho contrato de “anticresis”, solo señala que es nulo por no haber sido elevado a escritura pública. Por tanto existiría una deuda en favor del demandado. Por otra parte la demandante ha formulado tacha contra los contratos de “anticresis” presentados por el demandado, señalando que son nulos por que no están elevados a escritura pública, en aplicación del artículo mil sesenta y dos del Código Civil, pero debe tenerse en cuenta que esta nulidad debe ser formulada vía acción, y los derechos del demandado mantienen su vigencia.

Quinto.- Que, el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal.

Sexto.- Que, el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil establece que las resoluciones deben contener la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden número correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de las norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; asimismo el inciso cuarto del artículo ciento veintidós del mismo Cuerpo de Leyes, señala que las resoluciones contienen la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos.

Sétimo.- Que, analizada la sentencia de vista impugnada se advierte que no ha sido debidamente motivada conforme lo prevé las normas antes comentadas al no haberse señalado la norma de derecho material que sustente el fallo, esto es, al haber señalado que: “en el presente caso con las pruebas actuadas en este proceso ha quedado claro que el demandado ostenta una acreencia anticrética, en mérito a un contrato de mutuo anticrético (anticrético) imperfecto que no ha sido elevado a escritura pública (...)”, si se tiene en cuenta que el artículo mil noventa y dos del Código Civil establece que el contrato de “anticresis” se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando a renta del inmueble y el interés que se pacte.

Octavo.- Que, asimismo, se advierte que la impugnada no ha realizado una debida valoración de los medios probatorios conforme lo prevé el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, al no haberse valorado el contrato de arrendamiento y copia de la sentencia de vista del proceso de Desalojo por Venimiento de Contrato interpuesta por María Elisa Velasco Ordóñez de Guzmán, representada por Cecilia Genoveva Baca Barra contra Juan Apolinar Enríquez Rivas. Que, por las razones expuestas en aplicación el inciso primero del artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Cecilia Genoveva Baca Barra, apoderada de María Elisa Velasco Ordóñez de Guzmán, por consiguiente **CASARON** la sentencia de vista, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fecha veinte de octubre del año dos mil diez que obra a fojas ciento cincuenta y uno del expediente principal; **ORDENARON** que el Colegiado Superior expida nuevo fallo con arreglo a ley y conforme a lo señalado precedentemente **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por María Elisa Velasco Ordóñez de Guzmán y otra contra Juan Apolinar Enríquez Rivas, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.

SS. ARANDA RODRÍGUEZ, PONCE DE MIER, VALCÁRCEL SALDAÑA, MIRANDA MOLINA, CALDERÓN CASTILLO

No es un imposible jurídico la celebración de un contrato definitivo de anticresis cuando no existe convenio preestablecido

Al advertirse que el cuestionado contrato preparatorio contiene los elementos esenciales que exige el artículo 1415 del Código Civil, esto es, señala el monto adeudado, la materia del contrato definitivo y el plazo de duración para garantizar la deuda obtenida, queda desvirtuado el agravio del recurrente al señalar que no existe un contrato preestablecido; por consiguiente, se colige que el recurso deviene infundado.

CAS. N° 2053-2010-LA LIBERTAD

Lima, diecinueve de mayo de dos mil once

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número dos mil cincuenta y tres de dos mil diez en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se expide la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas doscientos tres por el code mandado Dagoberto Noé Arroyo Alza contra la sentencia de vista expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, su fecha nueve de octubre de dos mil ocho, la cual confirma la sentencia apelada la demanda.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha veintisiete de setiembre de dos mil diez declaró procedente el recurso de casación por la causal **de aplicación indebida de los artículos 1415 y 1902 del Código Civil**, aduciendo la parte recurrente que las instancias de mérito han concluido que el contrato materia de demanda es un contrato preparatorio para celebrar un futuro contrato de anticresis conforme al artículo 1091 del mismo Código, sin embargo, **en el presente caso es un imposible jurídico ordenar que se cumpla con la celebración del contrato definitivo cuando no existe convenio preestablecido.**

III. CONSIDERANDO:

Primero.- Que, en el presente caso, la sentencia recurrida confirmó la apelada que declaró fundada la demanda sobre cumplimiento de contrato, fundamentando su decisión en que el contrato preparatorio de fecha veintinueve de octubre de dos mil tres contiene el acuerdo de voluntades de las partes, siendo que los

demandantes entregaron la suma de cinco mil dólares americanos a los demandados, quienes a su vez se comprometieron a celebrar un contrato de “anticresis” respecto al inmueble de su propiedad por un plazo de dos años.

Segundo.- Que, antes de resolver los agravios expuestos, resulta necesario señalar que el artículo 1415 del Código Civil prevé que: “El compromiso de contratar debe contener; por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo”, de la disposición citada se observa que por el compromiso de contratar las partes acuerdan la celebración de un contrato definitivo, el que a su vez debe formar parte del contenido del compromiso de contratar, estipulando necesariamente los elementos esenciales del contrato definitivo. Al respecto, este Supremo Tribunal considera pertinente indicar que la razón por la que la ley exige la determinación del contrato definitivo, radica en el efecto de obligación al que se someten las partes al suscribir el contrato de compromiso, esto es, si el contrato definitivo no estuviera determinado, no habría razón para que el destinatario de la oferta estuviera obligado a aceptarla, sin embargo, queda obligado por cuanto en el compromiso de contratar consintió en los términos esenciales en ella. Debe resaltarse que la ley no impone como contenido del compromiso de contratar la determinación del contrato definitivo, por lo que su contenido queda satisfecho al estipularse solo los elementos esenciales, por consiguiente, existe la posibilidad de que al celebrarse el contrato definitivo se puedan incluir nuevos términos a los establecidos en el contrato preparatorio.

Tercero.- Que, por su parte el artículo 1091 del mismo Código refiere: “Por la ‘anticresis’ se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotado y percibir sus frutos”, entendiéndose así, que la “anticresis” constituye un derecho real de garantía en virtud del cual el deudor entrega al acreedor en garantía de una deuda, un bien inmueble para que el acreedor lo explote, y **obtenga frutos hasta que se cobre el monto de la deuda, es decir por un tiempo determinado.**

Cuarto.- Que, del contrato preparatorio para contrato de anticresis celebrado el veintinueve de octubre de dos mil tres, se observa de la cláusula segunda que los demandados conformados por la **sociedad conyugal Arroyo Navarro declaran ser propietarios del inmueble de dos plantas ubicado en la Calle Jorge Chávez número doscientos quince de la ciudad de Trujillo, otorgando la primera planta del citado inmueble a los demandantes, sociedad conyugal Bustamante Cabrejo, en garantía de la deuda de cinco mil dólares, para la firma de un contrato de anticresis por un plazo de dos años.** En ese sentido, esta Sala Suprema advierte que el cuestionado contrato preparatorio, contiene los elementos esenciales que exige el artículo 1415 del Código Civil, esto es señala el monto adeudado, la materia del contrato definitivo y el plazo de duración para garantizar la deuda obtenida, siendo así, queda desvirtuado el agravio del recurrente al señalar que no existe un contrato preestablecido; por consiguiente, se colige que el recurso deviene infundado.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos y de conformidad con lo regulado en el inciso 397 del Código Procesal Civil: **a)** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Dagoberto Noe Arroyo Alza a fojas doscientos tres, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, obrante a fojas ciento veinticuatro, su fecha nueve de octubre de dos mil ocho, que confirmando la sentencia apelada declaró fundada la demanda. **b)** **DISPUSIERON La publicación** de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por Artidoro Bustamante Guevara y María Nelly Cabrejo de Bustamante, con Dagoberto Noé Arroyo Alza y Marlene Pilar Navarro Grados, sobre cumplimiento de contrato; y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Juez Supremo señor Vinatea Medina.

SS. ALMENARA BRYSON, DE VALDIVIA CANO, WALDE JÁUREGUI, VINATEA MEDINA, CASTAÑEDA SERRANO

■ La anticresis es una garantía real indivisible y otorga derecho de retención

La anticresis es un derecho indivisible, pues, al igual que los demás derechos reales de garantía, afecta en su integridad al bien gravado, de tal forma que el acreedor retendrá y explotará el bien hasta que se le cancele la totalidad de la obligación.

CAS. N° 162-2010-CUSCO

Cancelación de mutuo anticrético y otros

Lima, uno de diciembre del año dos mil diez

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número ciento sesenta y dos - dos mil diez, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia;

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por Erik Torres Salazar mediante escrito de fojas seiscientos quince, contra la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, de fojas quinientos sesenta y siete, su fecha treinta de noviembre del año dos mil nueve, que revoca la sentencia apelada de fojas cuatrocientos cincuenta y seis, que declaró fundada la demanda interpuesta sobre cancelación de mutuo anticrético, disponiendo la restitución del inmueble sublitis, y fundada en parte la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, con lo demás que contiene, y reformándola, declaró improcedente la demanda en todos sus extremos, sin costas ni costos;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha diecinueve de mayo del año dos mil diez, por la causal de **infracción normativa** prevista en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual el recurrente denuncia que: a) Se ha inaplicado la primera parte del artículo doscientos veinticinco, así como el artículo ciento sesenta y ocho, ambos del Código Civil, pues, el ad quem se refiere de manera uniforme y equivocada a “un” Contrato de Mutuo Anticrético, como si el referido documento contuviera un solo acto, y además, hubiera sido celebrado solo por un acreedor y un deudor anticresista; de hecho, la Sala ha descrito este acto como “el Contrato de Mutuo Anticrético suscrito por los hermanos Jara Pantigozo con los demandados”, pero no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Es cierto que estamos ante un solo documento de “anticresis” contenido en la Escritura Pública de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, pero ese documento contiene un acto jurídico compuesto,

porque se trata de dos personas diferentes que ostentan derechos reales diferentes, sobre dos predios diferentes y que, por lo tanto, asumen obligaciones diferentes y divisibles, ya que el bien dado en “anticresis” no era de copropiedad de Carlos y Rosa Jara Pantigozo, para afirmar que ambos constituyeron una “anticresis” sobre el mismo; por el contrario, se trata de dos lotes absolutamente independientes, cuya partición esta inscrita en el Asiento número veinticinco de la Partida número once millones quince mil ciento ochenta y cuatro del Registro de Predios de los Registros Públicos del Cusco, y además, está graficada en el plano de subdivisión, constituyendo pruebas ofrecidas, admitidas y actuadas, y ni siquiera mencionadas por la Sala Superior. El recurrente solo adquirió la propiedad del Lote número dos, vale decir, el que antes pertenecía a Carlos Jara Pantigozo, por lo tanto, no le corresponde pagar por la “anticresis” constituida por Rosa Jara Pantigozo, porque ella no desea requerir su restitución; **b)** Se ha aplicado indebidamente el artículo mil ciento setenta y cinco del Código Civil, porque no existe una obligación indivisible como afirma el Colegiado Superior, ya que el acto jurídico contenido en la Escritura Pública de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve es un acto complejo que contiene dos contratos de “anticresis”, pues, fue constituido por dos personas distintas, sobre dos predios diferentes (horno de amasar pan y el amasador, que corresponden a los Lotes números dos y tres), y no existe en ninguna cláusula del referido contrato alguna referencia a la solidaridad de los deudores en el pago de la “anticresis”; más aún, de acuerdo al artículo mil ciento ochenta y tres del Código Civil, la solidaridad no se presume, y solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa, y como consecuencia de ello, si no existe pacto de solidaridad, entonces es evidente que estamos ante una obligación mancomunada y divisible, de acuerdo a lo previsto en los artículos mil ciento setenta y dos y mil ciento setenta y tres, ambos del Código Civil, por lo tanto, la deuda se presume divisible en tantas partes iguales como deudores existan, y, siendo dos personas quienes adeudan la suma de veintidós mil nuevos soles (S/. 22,000.00), es lógico pensar que cada una de ellas responda por once mil nuevos soles (S/. 11,000.00), monto que fue consignado en la demanda, por tal motivo, al demandante no le corresponde pagar por la “anticresis” constituida por Rosa Jara Pantigozo sobre el Lote número tres, porque esa es otra propiedad, la cual fue transferida a los mismos demandados, hecho que confirma lo absurdo del razonamiento efectuado por la Sala Superior, pues, tampoco existen dudas sobre la identificación del Lote número dos en la Escritura Pública de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, ya que la división y partición inscrita, y, la pericia de ingeniería han corroborado este hecho, y los demandados no han negado que se trate del Lote número dos; **c)** Se infringe lo dispuesto en el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, donde se regula el deber de los jueces de valorar en conjunto todas las pruebas de las partes, pero la impugnada vulnera esta obligación, pues, omite valorar los alcances y el significado jurídico de la prueba existente de fojas siete a veintidós del expediente, consistente en la Escritura Pública de División y Partición del inmueble matriz ubicado en la calle Chihuampata número quinientos ochenta y

siete del Barrio de San Blas, en el Cusco, el Asiento de Inscripción de la División y Partición antes citada, y, el original del Plano de División y Partición que grafica lo inscrito en el registro respectivo. No persigue que se vuelva a valorar la prueba, sino que la prueba está destinada a acreditar que no es un solo acto jurídico de “anticresis”, ni es un solo propietario o una copropiedad que hace divisible la “anticresis” y la obligación que garantiza, sin embargo, el ad quem hace una falsa motivación sobre la indivisibilidad de dicha “anticresis”, pues, no hace referencia a las pruebas que acreditan la subdivisión; **d)** Se infringe lo normado en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso sexto del artículo cincuenta y el inciso tercero del artículo ciento veintidós, ambos del Código Procesal Civil, así como el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, normas que regulan el deber de los jueces de motivar adecuadamente sus resoluciones, toda vez que la resolución impugnada no contiene datos objetivos que sustenten esta decisión, incurriendo así, en una deficiencia en la motivación externa, y en la justificación de las premisas; y,

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, conforme se desprende de la revisión de los actuados, Erik Torres Salazar interpuso demanda para efectos de que se declare: **A)** La cancelación del mutuo anticrético contenido en los siguientes documentos: 1) El Contrato de Mutuo Anticrético de fecha trece de febrero del año mil novecientos noventa y cinco, mediante el cual Carlos Nicanor Jara Patingozo entregó a favor de Fausto Ccana Apaza y Herminia Campos Cavero de Ccana dos habitaciones ubicadas en el Lote número dos, las cuales forman parte integrante del inmueble con frente a la Calle Chihuampata número quinientos ochenta y siete del Barrio San Blas, Cercado del Cusco, en garantía del préstamo que recibieron por la suma de cinco mil quinientos nuevos soles (S/. 5,500.00); **2)** La Escritura Pública de Mutuo Anticrético de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, mediante el cual Carlos Nicanor Jara Patingozo y Rosa María Jara Pafingo de Cama entregaron a favor de Fausto Ccana Apaza y Herminia Campos Cayere de Ccana el horno de amasar pan, ubicado también en el Lote número dos, en garantía del préstamo que recibieron por la suma de veintidós mil nuevos soles (S/. 22,000.00); **B)** Se restituya la posesión de los citados ambientes ubicados en el Lote número dos; **C)** Se le pague una indemnización ascendente a cuarenta y ocho mil quinientos nuevo soles (S/. 48,500.00), por los daños y perjuicios ocasionados por los demandados al negarse de forma dolosa a devolverle los bienes materia de “anticresis” que se les viene solicitando desde el año dos mil dos. Sostiene además, que el Lote número dos del inmueble sito en la Calle Chihuampata número quinientos ochenta y siete del Barrio San Blas en el Cusco, perteneció a Carlos Nicanor Jara Pantigozo, quien a su vez lo transfirió a Carmen Lucila Jara Pantigozo viuda de Elorrieta, siendo que, esta última lo transfirió al suscrito y a su esposa Nivia Consuelo Cornejo Jara mediante Escritura Pública de Compraventa de fecha cuatro de octubre del año dos mil dos. Agrega que, al momento de la adquisición desconocía la existencia

de las “anticresis” otorgadas por el primigenio propietario, por lo tanto, procedió a cursar Carta Notarial a los posesionarios del bien sublitis, requiriéndoles la devolución del acotado lote a cambio del pago del adeudo, sin embargo, su pedido no fue atendido, lo que le ha causado grave perjuicio al no poder concretar la ampliación de los ambientes del hospedaje que conduce, razón por la cual recurre al Poder Judicial adjuntando los certificados de depósito judicial ascendentes a las sumas de once mil doscientos cincuenta nuevo soles (S/. 11,250.00), y cinco mil quinientos nuevos soles (S/. 5,500.00);

Segundo.- Que, el juez de la causa amparó en parte la demanda interpuesta, declarando cancelada la deuda asumida por Carlos Nicanor Jara Pantigozo en la Escritura Pública de Mutuo Anticrético de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, disponiendo que los demandados restituyan la posesión del Lote número dos, y ordenando a estos que paguen la suma de diez mil nuevos soles (S/. 10,000.00), por los daños ocasionados, por cuanto: **i)** El Contrato de Mutuo Anticrético de fecha trece de febrero del año mil novecientos noventa y cinco no ha sido elevado a Escritura Pública y, por lo tanto, no constituye propiamente una relación contractual garantizada por “anticresis”; entonces, el derecho de los demandados de mantener la posesión del Lote número dos, solo surge de la Escritura Pública de Mutuo Anticrético de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, y de ningún otro documento adicional; **ii)** Con la Escritura Pública de División y Partición de fecha seis de marzo del año mil novecientos setenta, inscrita en el Asiento número veinticinco (Tomo ciento veintiuno, fojas cuatrocientos diecinueve del Registro de Predios) de la Partida número once millones quince mil ciento ochenta y cuatro del Registro de Predios de los Registros Públicos del Cusco, se acredita que el Lote número dos corresponde a Carlos Nicanor Jara Pantigozo, no siendo materia del proceso el derecho que pudiera tener Rosa María Jara Pantigozo porque el demandante no ha invocado derecho alguno correspondiente a dicha persona, para recuperar todos los ambientes que ocupan los demandados, y porque la pretensión de este proceso solo versa sobre los ambientes ocupados por los demandados en el Lote número dos; **iii)** Los demandados no han probado el hecho de que no se pueda diferenciar el Lote número dos respecto de la propiedad de Rosa María Jara Pantigozo, siendo que a fojas ciento quince del expediente, consta la pericia de ingeniería en la que se describe qué ambientes forman parte del Lote número dos (objeto del presente proceso) y qué materia de restitución, precisando inclusive que la entrega del Lote número dos no perjudica en absoluto el funcionamiento del horno ubicado en el Lote número tres; **iv)** **Habiéndose acreditado que el demandante es el propietario del Lote número dos, este se encuentra en el deber de cancelar la obligación dineraria existente a favor de los demandados, en la proporción que asumió su anterior propietario y deudor anticresista Carlos Nicanor Jara Pantigozo,** monto de dinero que ya se encuentra depositado en autos; **y)** Los demandados no han negado estar en posesión del Lote número dos, por lo tanto, su uso y usufructo de parte de ellos es innegable, habiéndose privado al demandante del

goce y disfrute de su propiedad desde mayo del año dos mil cuatro (fecha en la que reciben la Carta Notarial), razón por la cual los demandados deben resarcir al demandante con la suma de diez mil nuevos soles (S/. 10,000.00), por concepto de daños y perjuicios;

Tercero.- Que, sin embargo, apelada que fuera esta decisión, la Sala Superior la revoca y, reformándola, declara improcedente la demanda en todos sus extremos, por cuanto: i) En la octava cláusula de la Escritura Pública de Mutuo Anticrético celebrado por los hermanos Carlos Nicanor y Rosa María Jara Pantigozo, se prevé que la restitución del bien recibido en garantía por los demandados se realizará al momento de la devolución de parte de aquellos del dinero mutuado. **Si un tercero, en este caso, el demandante, pretende la restitución de una parte del bien dado en garantía, el que por cierto fue adquirido bajo otro título por él, debe cumplir con pagar la totalidad de la suma entregada en mutuo, y no parcialmente como pretende;** ii) La prestación a cargo de los mutuatarios (hermanos Jara Pantigozo), es una obligación indivisible (artículo mil ciento setenta y cinco del Código Civil), porque las partes acordaron que solo con la restitución total del dinero mutuado se extinguiría el contrato, lo que atiende a la naturaleza del contrato en referencia. Como ocurre con la prenda, cuyas reglas se aplican supletoriamente a la “anticresis”, la extinción de este contrato, ordinariamente, sucede cuando se ha devuelto la totalidad del dinero entregado en mutuo, por lo que ante su incumplimiento los acreedores mutuantes tienen derecho a mantener en su poder, en calidad de retención, el bien recibido en garantía; El Tribunal no puede negar la posibilidad de que el demandante, por haber adquirido una parte del bien entregado en garantía, también pueda adquirir la calidad de acreedor anticrético. La condición para ello, es que debe pagar la totalidad del crédito a favor de los acreedores originarios (ahora demandados), y solo al cumplir dicho requisito, podrá repetir lo pagado ante los deudores originarios (hermanos Jara Pantigozo); iv) Por el aforismo referido a que lo accesorio sigue la suerte del principal, las pretensiones accesorias de restitución parcial del bien, así como el pago indemnizatorio por daños y perjuicios, devienen también en infundadas;

Cuarto.- Que, existiendo denuncias por vicios *iudicando e in procedendo* (infracción de normas materiales y procesales), corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues, en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida;

Quinto.- Que, como sustento de la infracción normativa procesal, el demandante refiere que se ha infringido lo dispuesto en el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil porque el ad quem hace una falsa motivación sobre la indivisibilidad de la “anticresis” y no hace referencia a las pruebas que acreditan la subdivisión del bien dado en garantía, como son la Escritura Pública de División y Partición del inmueble en el cual se ubica el Lote número dos y el plano

que lo grafica. Sobre ese tema, cabe resaltar que existe una evidente confusión de parte del accionante respecto al concepto de indivisibilidad a la que alude la sentencia de vista; en efecto, revisada esta decisión, se advierte que la indivisibilidad a la que se refiere el Colegiado Superior es respecto al cumplimiento de la obligación a cargo del deudor anticrético –posición que pretende asumir el demandante en nombre de Carlos Nicanor Jara Panfigozo–, con motivo de la suscripción de la Escritura Pública de Mutuo Anticrético de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, en este caso, el pago del préstamo ascendente a veintidós mil nuevos soles (S/. 22,000.00), y no respecto a la indivisibilidad del bien en concreto, habiendo concluido la Sala Superior que para dar por cancelado dicho acto jurídico y obtener la restitución del bien dado en garantía –aún cuando sea únicamente del Lote número dos adquirido por el actor–, necesariamente debía pagarse el íntegro de la suma mutuada. En tal sentido, no se advierte cómo es que la valoración de las pruebas que cita el impugnante pueda hacer variar significativamente el sentido de la decisión adoptada, tanto más, si el fallo de segunda instancia se sustenta en la interpretación de la voluntad de las partes contenida en la Escritura Pública de Mutuo Anticrético, así como, en los aspectos legales y doctrinarios relacionados a la naturaleza y características que distinguen a la “anticresis”, en especial la indivisibilidad de la obligación garantizada (y no en la divisibilidad o indivisibilidad del objeto dado en garantía), razón por la cual, la causal referida en el acápite c) debe ser desestimada;

Sexto.- Que, de otro lado, el recurrente sostiene que se ha infringido el deber de motivación en razón a que la sentencia no contiene datos objetivos, y además, existen deficiencias en su motivación externa y en la justificación de sus premisas. Al desarrollar este extremo del recurso de casación, el impugnante sostiene que la sentencia de vista se sustenta en premisas falsas que no contienen el menor análisis lógico, pues, parte de la idea equivocada de que el derecho de propiedad de los hermanos Carlos y Rosa Jara Pantigozo es uno solo, afirmación que se desvanece por la existencia de la división y partición, además de que no existe prueba alguna que acredite que la señora Rosa Jara Pantigozo hubiera solicitado la restitución de su parte, o que el actor hubiera invocado algún derecho sobre el Lote número tres. Analizados tales argumentos de defensa, este Supremo Tribunal no advierte la existencia de las presuntas falsedades alegadas por el recurrente respecto de las premisas fácticas y normativas que sustentan la decisión del Colegiado Superior, pues, en ningún momento dicho órgano jurisdiccional afirmó que el régimen del inmueble dado en garantía fuera una copropiedad de ambos hermanos Jara Pantigozo, ni que el actor estuviera invocando derechos distintos a los que le conciernen sobre el Lote número dos, así como tampoco se establecieron derechos a favor de una persona que no ha participado en este proceso. Como ya quedó establecido en el considerando anterior, la sentencia de vista se ha sustentado en el carácter indivisible de la obligación garantizada con la “anticresis”, concluyendo por ello, que solo la restitución total del dinero mutuado extinguiría dicho contrato, razón por la cual, el actor no podía

pretender la cancelación del mutuo anticrético ofreciendo pagar la mitad del dinero debido. En consecuencia, al no configurarse la existencia de las premisas falsas en la decisión del Colegiado Superior, y por el contrario, constatar que la misma se sustenta en argumentos doctrinarios y normas legales cognoscibles que se estructuran en una fundamentación coherente, este extremo del recurso sintetizado en el acápite **d)** también debe ser desestimado, correspondiendo a continuación emitir pronunciamiento sobre las causales materiales alegadas;

Sétimo.- Que, la primera denuncia acerca de la infracción de normas materiales, tiene que ver con la interpretación que ha realizado el ad quem respecto de los alcances del contrato contenido en la Escritura Pública de mutuo anticrético de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, y que, para el actor, constituye un acto jurídico compuesto, aun cuando se desarrolle en un documento único, porque ha sido otorgado por dos personas distintas que ostentan derechos reales diferentes sobre dos predios diferentes y que, por ello, asumen obligaciones diferentes y divisibles. Cabe señalar, al respecto, **que entre las diversas clasificaciones de los actos jurídicos, podemos distinguir los actos simples de los actos complejos: son actos simples, los que crean una sola relación jurídica (como lo sería el Contrato de Compraventa, el cual crea una relación obligacional entre el vendedor y el comprador, obligándose el primero a entregar el bien materia de venta y el segundo a pagar el precio estipulado); de otro lado, son actos complejos, los que generan varias relaciones jurídicas de distinta naturaleza (como el matrimonio, el cual genera por ejemplo, el deber de los cónyuges de hacer vida en común –relación jurídica extrapatrimonial–, y la sociedad de gananciales –relación jurídica patrimonial–) (Cfr.: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Tercera edición, Primera Reimpresión, Idemsa, Lima, 2008; páginas ciento doce y ciento trece). Como podemos observar, el acto jurídico compuesto no se define ni determina por el número de personas intervinientes en su celebración, sea que actúen como parte acreedora o deudora del mismo, sino por el número de relaciones jurídicas que tal acto genere;**

Octavo.- Que, conforme a la definición establecida en el artículo mil noventa y uno del Código Civil, por la “anticresis” se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos; y según han establecido las instancias de mérito en el caso concreto, y en ello no hay contradicción alguna, mediante la celebración del mutuo anticrético contenido en la Escritura Pública de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, Carlos Nicanor y Rosa María Jara Pantigozo constituyeron a favor de los demandados Fausto Ccana Apaza y Herminia Campos Cavero de Ccana “anticresis” sobre el horno para amasar pan ubicado dentro de un inmueble de mayor extensión, en garantía del préstamo que recibieron por la suma de veintidós mil nuevos soles (S/. 22,000.00), y que fuera entregado por partes, conforme a los siguientes términos: “Primero: Nosotros CARLOS NICANOR JARA PANTIGOZO Y ROSA JARA PANTIGOZO DE CAMA, somos propietarios del inmueble signado con el número quinientos ochenta y

siete de la Calle Chihuampata, en el Barrio San Blas, en el cercado del Cusco, con título de propiedad legalmente inscrito y con cuyo derecho damos en mutuo anticrético el horno para amasar pan, de tipo artesanal ubicado en el primer patio y que contiene: dos artesas de madera pequeñas y una mesa también de madera rudimentaria. El indicado horno tiene servicio de luz eléctrica, agua y desagüe. En estas condiciones otorgamos en mutuo anticrético a los esposos FAUSTO CCANA APAZA Y HERMINIA CAMPOS CAVERO DE CCANA, para el negocio y fabricación de pan. Segundo: El capital anticrético es de VEINTIDÓS MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 22,000.00), que fueron entregados en la forma siguiente: A) La suma de SIETE MIL QUINIENTOS CON 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 7,500.00) como capital anticrético de un primer contrato de la misma índole y B) La suma de CATORCE MIL QUINIENTOS CON 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 14,500.00) entregados en varias oportunidades, según recibos otorgados, que a la firma del presente contrato serán devueltos a los señores propietarios”. Resulta claro entonces, que nos encontramos ante un acto jurídico simple pues se ha creado, de común acuerdo, una sola relación jurídica, en la cual una de las partes (acreedor anticrético, conformada por los esposos Ccana-Campos), entregó en préstamo una suma determinada de dinero, mientras que la otra parte (anticresista, conformada por los hermanos Jara Pantigozo), como garantía de la devolución de dicho préstamo, entregó un bien inmueble consistente en las instalaciones de un horno para el negocio y la fabricación de pan, incluidos sus accesorios. En este punto, cabe señalar que el contrato de “anticresis” es claro al establecer que el bien entregado en garantía está conformado por las instalaciones de un horno para elaborar pan, y no propiamente lotes individuales de un terreno de mayor extensión, como pretende establecer el recurrente. **El hecho de que con vista al resultado de la pericia de parte ofrecida por el demandante** (obrante de fojas ciento quince a ciento diecinueve), **se hubiera determinado que el ambiente destinado al horno abarca los Lotes números dos y tres del inmueble de mayor extensión** (inclusive una pequeña fracción del Lote número cuatro, según plano adjuntado a dicha pericia), **de ninguna manera modifica los alcances del Contrato de “Anticresis” que afecta solo las instalaciones de dicho horno**, por lo que resulta errada la apreciación del impugnante en el sentido de que la “anticresis” se constituyó sobre inmuebles distintos, de propietarios distintos, y que ello determina la divisibilidad de las obligaciones;

Noveno.- Que, en tal contexto, no se advierte cómo es que la aplicación del artículo ciento sesenta y ocho del Código Civil pueda modificar sustancialmente el sentido de lo resuelto, ya que el mismo contiene la premisa objetiva de interpretación del acto jurídico, conforme al cual el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él, esto es, con independencia de lo que realmente hubiera querido decir el agente, y según el principio de la buena fe; y en autos, el ad quem ha establecido sus conclusiones fácticas conforme a lo señalado expresamente en las cláusulas pactadas en el Contrato, en las que se ha establecido claramente una única relación obligacional consistente

en la entrega de una suma de dinero a cambio de la constitución de una garantía inmobiliaria. Los cuestionamientos con respecto al título de copropietarios que detentarían los anticresistas sobre el inmueble materia de “anticresis”, no pueden ser objeto de análisis ni debate en este proceso, pues el mismo no está destinado a establecer los requisitos de validez del citado contrato de garantía real (como sería, entre otros, la calidad de propietario del anticresista), sino que **su finalidad es determinar si procede o no la cancelación del mutuo anticrético, con el pago de solo la mitad del adeudo, que representaría la parte proporcional que corresponde al deudor anticrético Carlos Nicanor Jara Pantigozo, primigenio propietario del Lote número dos adquirido por el demandante Erik Torres Salazar y en el que se encuentran ubicadas parte de las instalaciones destinadas al horno** y a la elaboración de pan. Del mismo modo, resulta impertinente la aplicación en autos de lo dispuesto en la primera parte del artículo doscientos veinticinco del Código Civil, pues la Sala Superior no ha cuestionado la formalidad de la “anticresis” constituida por la Escritura Pública de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, y menos aún, la existencia del acto jurídico que contiene; razones por las cuales se estima que el primer extremo de los fundamentos del recurso de casación a que alude el acápite a) no merecen ser amparados;

Décimo.- Que, por último, el demandante refiere —una vez más—, que la acotada Escritura Pública de fecha cuatro de octubre del año mil novecientos noventa y nueve, contiene un acto jurídico complejo, agregando inclusive que estamos ante dos Contratos de “Anticresis” porque fueron constituidos por dos personas distintas sobre lotes diferentes, y al no existir pacto de solidaridad resulta evidente que la obligación es mancomunada y divisible en tantas partes iguales como deudores existan, de allí que al haber adquirido solo la propiedad, el Lote número dos no tiene por qué responder por la deuda respecto del Lote número tres, razón por la cual concluye que se ha aplicado indebidamente el artículo mil ciento setenta y cinco del Código Civil. Al respecto, es necesario remitirnos nuevamente al artículo mil noventa y uno del acotado Código Civil, que describe a la “anticresis” como un derecho real de garantía, en virtud del cual el anticresista entrega al acreedor anticrético un inmueble de su propiedad para que lo explote y perciba sus frutos. Son elementos característicos de esta institución jurídica, establecidos uniformemente en la doctrina: i) Su accesoriedad, pues, al tener como función principal garantizar el cumplimiento de una obligación, seguirá la suerte de esta, por lo que al extinguirse la obligación se extinguirá la garantía; ii) Se constituye solo sobre bienes inmuebles; iii) Es un derecho real que debe revestir forma solemne, pues debe otorgarse mediante Escritura Pública, además, concede al acreedor el derecho de retener el bien hasta que se haya pagado la totalidad de la deuda; y, iv) Finalmente, es también un derecho indivisible, pues, al igual que los demás derechos reales de garantía, afecta en su integridad al bien gravado, de tal forma, que el acreedor retendrá y explotará el bien hasta que se le cancele la totalidad de la obligación. (Cfr.: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Exégesis*

del Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro. Tomo Seis, Derechos Reales de Garantía, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, páginas ciento treinta y tres y ciento treinta y cuatro. También: García Montúfar, Juan. "Anticresis". En: *Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, páginas novecientos veinticuatro y novecientos veinticinco). La característica de indivisibilidad la comparte con la prenda, hoy denominada garantía mobiliaria, institución a la cual se remite la "anticresis" de conformidad con lo dispuesto en el artículo mil noventa y seis del Código Civil, en concordancia con la Tercera Disposición Final de la Ley número veintiocho mil seiscientos setenta y siete; así, se tiene establecido que la garantía mobiliaria comprende, salvo pacto en contrario, la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos procesales, los eventuales gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes hasta el monto del gravamen establecido en el acto jurídico constitutivo; asimismo, la garantía mobiliaria tendrá la extensión que las partes convengan sobre el bien mueble afectado, y a falta de pacto, la garantía mobiliaria afectará el bien mueble, sus partes integrantes y accesorias existentes al tiempo de la ejecución (artículos tres numeral tres punto dos y seis de la Ley número veintiocho mil seiscientos setenta y siete);

Décimo primero.- Que, asimismo, conforme lo establece el artículo mil ciento setenta y cinco del Código Civil, la obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación, o por el modo en que fue considerada al constituirse. Como vemos la primera causa de indivisibilidad es la ley, en otras palabras, es la ley la que impone esa obligación; la segunda causa es la naturaleza de la prestación que hace imposible su cumplimiento parcial, como sería, por ejemplo, la obligación de entregar tres caballos a cuatro acreedores; por último, la tercera causa tiene en cuenta el modo en que fue considerada la prestación al momento de constituirse, en cuyo caso la indivisibilidad de la obligación radica en el pacto entre las partes, independientemente si la prestación sea susceptible de división o de cumplimiento parcial, siendo el ejemplo más ilustrativo de este caso, aquel en el cual lo que se deba sea una suma de dinero (divisible por excelencia), y las partes convengan su indivisibilidad (Cfr.: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Primera Parte - Tomo Tres. Biblioteca para Leer el Código Civil, Volumen XVI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, páginas Cincuenta y nueve - sesenta y uno). Como podemos advertir, la indivisibilidad está relacionada con el carácter divisible de la prestación, lo que lo diferencia de la solidaridad, que está relacionada directamente con el número de personas naturales o jurídicas que intervienen en la constitución de la relación obligacional, sea en la parte activa o pasiva de la misma, de forma tal que por pacto o por disposición de la ley, cualquiera de los acreedores puede exigir el íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores;

Décimo segundo.- Que, en el caso concreto, la Sala Superior ha establecido con claridad que las partes pactaron en la octava cláusula de la Escritura Pública de Mutuo Anticrético que la restitución del bien inmueble recibido en garantía por los demandados tendría lugar cuando los deudores cancelaran la totalidad del dinero entregado en préstamo, conforme a los siguientes términos: “Octavo: LOS ANTICRESISTAS señores FAUSTO CCANA APAZA Y HERMINIA CAMPOS CAVERO DE CCANA, aceptamos los términos arriba mencionados, comprometiéndonos a la devolución del inmueble materia del presente contrato, así como a la devolución de nuestro capital anticrético en la forma estipulada a la finalización del término del contrato, sin ningún alegato de nuestra parte”. Siendo así, estando al propio carácter indivisible de la “anticresis” y a lo acordado expresamente por las partes, la cancelación del mutuo anticrético solo tendrá lugar cuando se hubiera pagado el íntegro del adeudo, de forma tal, que el ofrecimiento de cancelación parcial que contiene la demanda, aun cuando pretenda justificarse en la adquisición de una parte del inmueble (Lote número dos), y no de los demás ambientes en los que se ubican el horno y demás accesorios para la elaboración del pan (Lote número tres, y Lote número cuatro inclusive), no puede prosperar.

Décimo tercero.- Que, siendo así, no se advierte que el artículo mil ciento setenta y cinco del Código Civil haya sido aplicado indebidamente a los autos; por el contrario, ratifica el carácter indivisible de la “anticresis” constituida sobre el horno para la elaboración de pan, sus accesorios y ambientes para dicha elaboración, y no sobre lotes individuales, por lo tanto, no se puede afirmar que existan dos o más contratos de “anticresis”; razón por la cual, los fundamentos del recurso de casación contenidos en el acápite **b)** tampoco pueden ser atendidos.

Décimo cuarto.- Que, siendo así, al no configurarse la causal de infracción de normas materiales ni procesales, el recurso de casación debe desestimarse y proceder conforme a lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; fundamentos por los cuales, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Erik Torres Salazar mediante escrito de fojas seiscientos quince; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, de fojas quinientos sesenta y siete, su fecha treinta de noviembre del año dos mil nueve; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*; bajo responsabilidad; en los seguidos por Erik Torres Salazar contra Fausto Ccana Apaza y otra; sobre Cancelación de Mutuo Anticrético y otros; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.

SS. TICONA POSTIGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, PALOMINO GARCÍA, MIRANDA MOLINA, ARANDA RODRÍGUEZ

Tercera parte
PLENOS JURISPRUDENCIALES

Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial con sede en la ciudad de Chiclayo, conformada por los señores Jueces Superiores: Daniel Carrillo Mendoza, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios; Julio Martín Wong Abad, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima; Edgar Padilla Vásquez, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, en representación del doctor Freddy Aricoche Guerra; Eloy Zamalloa Campero, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en representación del doctor René Santos Cervantes López; Ana Cecilia Garay Molina, en representación del doctor Elmer Richard Ninaquispe Chávez; Mariano Benjamín Salazar Lizárraga, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores jueces participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

TEMA N° 1

RELACIONES ENTRE EL PROCESO DE EJECUCIÓN Y EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL INICIADO RESPECTO A ALGUNO DE LOS EJECUTADOS

El inicio del procedimiento concursal: ¿puede evitar la ejecución de la decisión que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada?

Primera Ponencia:

No, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución impiden que la ejecución de una decisión con autoridad de cosa juzgada pueda verse frustrada por el inicio de un simple procedimiento administrativo.

Segunda Ponencia:

La ejecución de la cosa juzgada no puede afectar el derecho reconocido por la ley de terceros que no han participado en el proceso. El proceso concursal no afecta la cosa juzgada si no que, por el contrario, solo hace efectivo el principio par conditio creditorum.

1. **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Daniel Carrillo Mendoza, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de

la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

Grupo N° 01: La señora relatora Dra. Jacqueline Chauca Peñaloza, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de diez (10) votos por la primera ponencia y dos (02) votos por la segunda, manifestando que “El inicio del proceso concursal no puede evitar la ejecución de la decisión que adquirió la calidad de cosa juzgada, por que una decisión con autoridad de cosa juzgada tiene categoría constitucional, en tanto que el procedimiento concursal emana de una ley y entre este conflicto la Constitución prevalece, excepcionalmente en caso de ser evidente el derecho adquirido por el ciudadano en el procedimiento concursal, el juez puede suspender la ejecución de la decisión que adquirió la calidad de cosa juzgada”.

Grupo N° 02: El señor relator Dr. Reynaldo Justo Mendoza Marín, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo la un total de doce (12) votos, sostiene que “La ejecución de la cosa juzgada no puede afectar el derecho reconocido por la ley a terceros que no han participado en el proceso. El proceso concursal no afecta la cosa juzgada si no que, por el contrario, solo hace efectivo el principio par conditio creditorum”, con la precisión de indicar que el inicio del procedimiento concursal suspende la ejecución de la cosa juzgada en cumplimiento del artículo 18 de la Ley General del sistema concursal, salvo que excepcionalmente se acredite la existencia del fraude procesal.

Grupo N° 03: El señor relator Dr. Rodolfo Sócrates Najar Pineda, manifestó que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de diez (10) votos por la primera ponencia y dos (02) votos por la segunda, manifestando que “El inicio del procedimiento concursal no puede afectar la ejecución de la cosa juzgada, puesto que se transgrediría el contenido esencial de la tutela jurisdiccional efectiva, que es la eficacia de las resoluciones judiciales reconocido en el 2 del artículo de la Constitución Política del Estado”.

Grupo N° 04: El señor relator Dr. Víctor Alberto Corante Morales, expreso que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo un total de once (11) votos por la primera ponencia y un (01) voto por la segunda ponencia, manifestando “Solo media la publicación del inicio de un procedimiento concursal que implica que aún no se ha definido si la persona jurídica ha sido declarada en reestructuración ni insolvencia; implicando ello que aun no se ha establecido el orden de prelación de pagos a los acreedores, en cambio el proceso judicial se encuentra concluido con una sentencia con autoridad de cosa juzgada, donde solo corresponde ejecutar la misma en sus propios términos por constituir

una decisión jurisdiccional inamovible, que luego de un transe largo solo corresponde ser ejecutada”.

Grupo N° 05: La señora relatora Dra. Alicia Margarita Gómez Carbajal, señala que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de ocho (08) votos por la primera ponencia y tres (03) votos por la segunda ponencia, precisando que “No el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución impiden que la ejecución de una decisión con autoridad de cosa juzgada pueda verse frustrada por el inicio de un simple procedimiento administrativo”.

Grupo N° 06: La señora relatora Dra. Rosa Juárez Ticona, expuso que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere por la segunda ponencia. Siendo un total de once (11) votos por la segunda ponencia, manifestando “Contrariamente a lo que se sostiene en la primera ponencia, el proceso concursal sí afecta la cosa juzgada, concretamente la efectividad de las resoluciones judiciales. Sin embargo es de resaltar que ningún derecho o principio es absoluto. El sustento correcto de la segunda ponencia debemos buscarlo en la finalidad y principios que inspiran al proceso concursal. Respecto a lo primero una de las finalidades de este tipo de procedimientos es propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor que les permita llegar a un acuerdo de restructuración o la salida del mercado. En consonancia con lo anterior son principios básicos del procedimiento concursal la universalidad y colectividad, lo cual importa que los procedimientos concursales producen efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo de las excepciones legales establecidas expresamente, procedimientos en la que se busca la participación y beneficio de los acreedores involucrados en la crisis del deudor, lo cual determina que el interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cada acreedor; por ello no podría establecerse una situación de privilegio de uno de los acreedores en perjuicio de los demás, una posición en contrario viciaría de contenido la ley de procedimiento concursal. Por otro lado los artículos 17.1 y 18.6 de la Ley N° 27809, establece con claridad que declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial del deudor. Excepcionalmente cuando el juez advierta una manifiesta situación de fraude podrá no suspender el procedimiento mediante resolución debidamente motivada”.

Grupo N° 07: El señor relator Dr. Edwin Ricardo Corrales Melgarejo, hace presente que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de seis (06) votos por la primera ponencia, cinco (05) votos por la segunda ponencia y dos (02) votos por una tercera ponencia, indicando “que no es posible que la ejecución de una decisión con autoridad de cosa juzgada puede verse frustrado por el inicio de un

procedimiento concursal, pues no se puede afectar la efectividad de la resolución que adquirió la autoridad de cosa juzgada”.

2. **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores de los siete grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Daniel Carrillo Mendoza concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3. **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Daniel Carrillo Mendoza da inicio al conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia : 45 votos

Segunda ponencia : 36 votos

Abstenciones : 02 votos

4. **CONCLUSIÓN PLENARIA:**

El pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente:

“No, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución impiden que la ejecución de una decisión con autoridad de cosa juzgada pueda verse frustrada por el inicio de un simple procedimiento administrativo”.

TEMA N° 2

LA IMPUGNACIÓN Y LA NULIDAD DE ACUERDOS DE JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

¿Es posible que una misma persona pueda demandar primero la impugnación de un acuerdo y luego, ante la caducidad o improcedencia de esta primera pretensión, intentar la pretensión de nulidad prevista en el artículo 150 de la Ley General de Sociedades?

Primera Ponencia:

Sí, no existe prohibición expresa de la norma societaria para el ejercicio sucesivo de las pretensiones de impugnación y nulidad de acuerdos.

Segunda Ponencia:

No, si las pretensiones se fundan sobre la mismos hechos que hubieran justificado la estimación de la pretensión de impugnación, aunque la calificación hubiese sido variada en la segunda demanda de nulidad.

1. **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Daniel Carrillo Mendoza, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, cede el uso de la palabra los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

Grupo N° 01: La señora relatora Dra. Jacqueline Chauca Peñaloza, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de cinco (05) votos para la primera ponencia y siete (07) votos por la segunda, manifestando que “Los socios tienen que ser diligentes en el ejercicio de sus pretensiones planteando sus demandas dentro de los plazos legales, sobre los mismos hechos no es posible plantear doble pretensión máxime que en la formulación del problema hace alusión a la caducidad y producida esta figura, el accionista pierde el ejercicio del derecho y la acción.

Grupo N° 02: El señor relator Dr. Reynaldo Justo Mendoza Marín, expreso que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de un (01) ,voto por la primera ponencia y once (11) votos por la segunda ponencia, hace presente que “No, si las pretensiones se fundan sobre los mismos hechos que hubieran justificado la estimación de la pretensión de impugnación, aunque la calificación hubiese sido variada en la segunda demanda de nulidad, teniendo en cuenta que el artículo 139 de la LGS contiene únicamente causales de anulabilidad de los acuerdos de Junta General de Accionistas y que por su parte el artículo 150 de la misma ley contiene solo causales de nulidad absoluta, por consiguiente las pretensiones contenidas en cada uno de los artículos no pueden ser ejercidas ni alternativamente ni sucesivamente”.

Grupo N° 03: El señor relator Dr. Rodolfo Sócrates Najar Pineda, expreso que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere por la segunda ponencia. Siendo un total de dos (02) votos por la primera ponencia y diez (10) votos por la segunda ponencia, manifestando “No, si las pretensiones se fundan sobre la mismos hechos que hubieran justificado la estimación de la pretensión de impugnación, aunque la calificación hubiese sido variada en la segunda demanda de nulidad”.

Grupo N° 04: El señor relator Dr. Víctor Alberto Corante Morales, refiere que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de tres (03) votos por la primera ponencia y ocho (08) votos por la segunda ponencia y una (01) abstención, indicando que “En el escenario de la LGS que el artículo 150 posibilita tanto al socio como al tercero a

recurrir vía nulidad de los acuerdos societarios contrarios a norma imperativa, mientras que el artículo 139 de la propia ley está reservada a los socios quienes pueden solicitar la impugnación de los acuerdos societarios por causales de nulidad que vayan contra la Ley General de Sociedades, pues dichas causales no generan inestabilidad social ni interesan a todos, sino que solo atañen a los socios por cuestiones intra societarios”. Sin embargo, de acuerdo al planteamiento de la interrogante, el Grupo cuatro entiende que la persona a que hace referencia la pregunta es el socio, en la medida que la impugnación de acuerdos está reservada a quien detenta esta calidad, asimismo, entiende que la pregunta incide sobre la procedencia de interponer una nueva demanda de nulidad de acuerdos por los mismos hechos en que fue desestimada la demanda de impugnación de acuerdos por caducidad o improcedencia.

Grupo N° 05: La señora relatora Dra. Alicia Margarita Gómez Carbajal, expuso que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere por la primera ponencia. Siendo un total de cuatro (04) votos por la primera ponencia, tres (03) votos por la segunda ponencia, tres (03) votos por una tercera ponencia y una (01) abstención, manifestando que “No, si en el primer proceso se declaró la caducidad. Si, se declaró improcedente sin pronunciamiento sobre el fondo, preservándose los plazos previstos en la ley especial. Se fundamenta la causal de improcedencia de una segunda demanda cuando en un primer proceso se declaró la caducidad por que tal pronunciamiento importa la pérdida del derecho a la pretensión y al ejercicio de la acción y con ese objeto el pretensor debió o pudo agotar todos los recursos impugnatorios en el primer proceso iniciado. Se fundamenta la causal de improcedencia de un segundo proceso para el caso de haberse declarado en el primero improcedente la demanda sin pronunciamiento sobre el fondo como por ejemplo, cuando existe contradicción entre el petitorio y los fundamentos de hecho de la demanda y ese pronunciamiento se confirmó en todos los recursos impugnatorios. Hecho que significaría que el afectado tiene derecho de recomponer su demanda y derecho a la tutela jurisdiccional”.

Grupo N° 06: La señora relatora Dra. Rosa Juárez Ticona, indica que su grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de cuatro (04) votos por la primera ponencia y siete (07) votos por la segunda ponencia, refiere que “Se debe diferenciar cuando el impugnante o el nulidicente es un accionista. Si fuese accionista solo le corresponde formular la impugnación del acuerdo, lo que permite incluso hacer uso de la pretensión de nulidad y anulabilidad del mismo, la razón de lo antes expuesto radica en que los plazos cortos que establece la ley para la acción de impugnación se deben a que el accionista conoce y debe conocer de los acuerdos adoptados, en cambio el tercero no accionista no está en la misma posibilidad de conocer tales acuerdos o de acceder a dicha información, es por ello que el artículo 150 de la LGS establece un plazo mayor

para intentar la acción de nulidad. En ese sentido si el accionista inicio la acción de impugnación de acuerdos fuera del plazo de ley incurriendo en causal de caducidad no podrá intentar bajo el mismo sustento fáctico la acción de nulidad de acuerdos por haberse extinguido su derecho e interés para obrar”.

Grupo N° 07: El señor relator Dr. Edwin Ricardo Corrales Melgarejo, expreso que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere por la segunda ponencia. Siendo un total de trece (13) votos, manifestando “No es posible que una misma persona pueda demandar primero la impugnación de un acuerdo societario y luego ante la caducidad o improcedencia de la demanda de impugnación, intentar una nueva demanda de nulidad de los acuerdos a que se refiere el artículo 150 LGS, en razón de que las causales son distintas y además la impugnación se refiere exclusivamente a conflictos intersocietarios. Con la salvedad de dos miembros de este grupo consideran que si los hechos por las cuales se demandó la impugnación de acuerdos en realidad están referidos a una causal de nulidad, la caducidad o improcedencia de la demanda de impugnación no afectaría el derecho del demandante para interponer una demanda de nulidad”.

2. **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los siete grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Daniel Carrillo Mendoza concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3. **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Daniel Carrillo Mendoza da inicio el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

VOTACIÓN EN EL PLENO:

Primera ponencia : 19 voto

Segunda ponencia : 59 votos

Tercera ponencia : 3 votos

Abstenciones : 2 votos

4. **CONCLUSIÓN PLENARIA:**

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: “No, si las pretensiones se fundan sobre los mismos hechos que hubieran justificado la estimación de la pretensión de impugnación, aunque la calificación hubiese sido variada en la segunda demanda de nulidad”.

TEMA N° 3

SI LOS TÍTULOS VALORES (QUE CONTIENEN LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA) QUE SE ANEXAN A LA DEMANDA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS, SIRVEN PARA ACREDITAR LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN PUESTA A COBRO Y LA SEGURIDAD DOCUMENTAL DE LA MISMA COMO TÍTULO EJECUTIVO O SE ADJUNTAN EJERCITANDO UNA ACCIÓN CAMBIARLA, SIENDO QUE EN ESTE ÚLTIMO CASO POR EJEMPLO, NO PROCEDERÍA LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES, SI ESTOS TÍTULOS VALORES HABRÍAN CADUCADO O PRESCRITO AL MOMENTO DE INTERPONER LA DEMANDA

En el proceso de ejecución de garantía hipotecaria, ¿la presentación de un título valor, se realiza con el objeto de justificar el origen de la obligación (fuente de la obligación asegurada) o para el ejercicio de una acción cambiaria?

Primera Ponencia:

Que la norma del artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; y que de ser un título valor debe conferir acción cambiaria; por tanto, al presentarse dichos títulos valores en el proceso de ejecución de garantías se está ejercitando una **acción cambiaria**, siendo procedente entonces verificar (entre otros supuestos) si el título valor ha caducado o ha prescrito; porque de ser así, sería improcedente la ejecución de la garantía.

Segunda Ponencia:

Que la norma del artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; pero que si se presenta un título valor (un pagaré por ejemplo para acreditar la obligación), dicho derecho de crédito contenido en el Título Valor no se está haciendo valer en el proceso de ejecución de garantía su acción cambiaria. Hay que distinguir entre la acción cambiaria y la acción ejecutiva. La acción cambiaria es una acción con sustantividad propia que faculta a ejercer, judicial o extrajudicialmente, el derecho contenido en el título valor. En cambio, la acción ejecutiva es una de las vías procesales para movilizar el aparato jurisdiccional y obtener el cumplimiento de la obligación. El artículo 18 de la Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287) en el primer párrafo alude al mérito ejecutivo del documento (acción cambiaria), y luego en el segundo párrafo deja libertad a su tenedor para optar el ejercicio de las

actividades derivadas del Título Valor en proceso distinto al ejecutivo. Ello es así por que en la acción cambiaria el Título Ejecutivo actúa en la ejecución desligado de su causa, o, lo que es lo mismo, del derecho que lo documenta y le confiere a su tenedor legítimo una protección especial, inmediata y provisional, que posterga la indagación de las circunstancias que invalidan la fuerza del título. Sin embargo, en el proceso de Ejecución de Garantía Hipotecaria, la presentación del Título Ejecutivo (en este caso del título valor), se hace con el objeto de justificar el origen de la obligación (fuente e la obligación asegurada), y no para el ejercicio de una acción cambiaria; esto es, como un acto instrumental a la ejecución misma. Finalmente, debe distinguirse la acción real de la acción personal, el cobro del título valor en ejercicio de la acción cambiaria se materializa mediante una acción personal, distinta a la acción real que corresponde a un proceso de ejecución de garantía hipotecaria. Por tanto, el examen de la caducidad o prescripción del título valor no es objeto de análisis en el proceso de ejecución de garantía hipotecaria.

- 1. GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, el doctor Daniel Carrillo Mendoza, Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, cede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura a las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

Grupo N° 01: La señora relatora Dra. Jacqueline Chauca Peñaloza, manifestó que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de trece (13) votos por la primera ponencia, manifestando que “El artículo 720 del Código Procesal Civil. Exige como nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada y siendo un título valor debe conferir acción cambiaria, por tanto es procedente verificar entre los requisitos, si el título valor ha caducado o ha prescrito”.

Grupo N° 02: El señor relator Dr. Reynaldo Justo Mendoza Marín, refiere que el grupo por **UNAMINIDAD** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de doce (12) votos, indicando “que la norma del artículo 720 del Código Procesal Civil modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada y que de ser un título valor en el proceso de ejecución de garantías se está ejercitando una acción cambiaria, siendo procedente entonces verificar (entre otros supuestos) si el título valor ha caducado o ha prescrito por que de ser así sería improcedente la ejecución de la garantía. Con las precisiones que la modificación introducida con el Decreto Legislativo N° 1069 no salva la eficiencia del texto original del artículo 720 del Código Procesal Civil, pues no señala expresamente cual es el título de ejecución tratándose del proceso de ejecución de garantías, manteniéndose la regulación de dos tipos de procesos de ejecución, pese a llamarse proceso único de ejecución. Asimismo, debe distinguirse

claramente la calificación de los títulos valores conforme a los requisitos previstos en la ley de la materia y el concepto de acción cambiaria que es impersonal, desvinculada de la acción causal. El caso propuesto es uno de ejecución de garantía hipotecaria que garantiza obligaciones futuras o eventuales, entonces es necesario acreditar que el surgimiento de dichas obligaciones si esta consta en títulos valores es de suyo que se tiene que verificar todos los requisitos que le dan carácter de título valor, en consecuencia se le pueden oponer todo el catálogo de contradicciones previstas en el artículo 19 de la Ley de Títulos Valores.

Grupo N° 03: El señor relator Dr. Rodolfo Sócrates Najar Pineda, indica que el grupo por **MAYORÍA** a la primera ponencia. Siendo un total de ocho (08) votos por la primera ponencia y tres (03) votos por la segunda ponencia, haciendo saber que “La modificatoria del artículo 720 del CPC, por el decreto legislativo 1069, exige como requisito para la ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación puesta a cobro y de tratarse de un título valor, este debe reunir los requisitos de una acción cambiaria, por lo cual debe meritarse el mismo”.

Grupo N° 04: El señor relator Dr. Samuel Joaquín Sánchez Melgarejo, indica que el grupo por **UNANIMIDAD** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de once (11) votos, expresando que “La modificatoria del artículo 720 del CPC exige que se acompañe título ejecutivo para acreditar la obligación cuando esta no se encuentre contenida en la escritura pública constituida de la hipoteca, en tal sentido, el juez se encuentra vinculado a tener que examinar si el título anexado tiene realmente la calidad de título ejecutivo. Además históricamente la jurisprudencia ha venido asumiendo la necesidad de que se documente la obligación a efecto de emitir un fallo justo a los intereses del deudor que se ve limitado a formular cuestionamientos con respecto al título que documentaba la obligación”.

Grupo N° 5: La señora relatora Dra. Alicia Margarita Gómez Carbajal, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de siete (07) votos para la primera, tres (03) votos por la segunda ponencia y un (01) voto por abstención, manifestando que “Antes del cambio legislativo había un abuso de los ejecutantes de las hipotecas sábana, y que se ejecutaba sin que las obligaciones estuvieran debidamente sustentadas, sin embargo algunos jueces exigían que se acreditaran las obligaciones para evitar el doble proceso de ejecución de garantías y de ejecución de título valor. La casuística hizo que a partir de la modificatoria, la hipoteca sabana sea acreditada con un título valor y no con cualquier documento sino el que contenga la obligación. Cuando se demanda título de ejecución de garantías con títulos valores, el juez y la sala en su momento tienen la capacidad de calificar el título valor y si este cumple con los requisitos que establece la ley, si la obligación no ha prescrito o si ha sucedido alguna circunstancia por la que pierda su autonomía.

Debe tenerse en cuenta que la ejecución de garantías tiene el propósito de exigir al demandado que pague la obligación y solo si no paga es que se procede a ejecutar el bien”.

Grupo N° 06: La señora relatora Dra. Rosa Juárez Ticona, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de cero (00) votos por la primera, ocho (08) votos por la segunda ponencia y dos (02) votos por abstención, señalando que “Consideran que el objeto del título valor que se debe presentar en el proceso de ejecución de garantías es acreditar la existencia de la obligación más no la de ejercer una acción cambiaria en contra del deudor pues ello implicaría juntar en un proceso la acción cambiaria en contra del deudor y de ejecución de garantía en contra del garante desnaturalizando este último proceso”.

Grupo N° 07: El señor relator Dr. Edwin Ricardo Corrales Melgarejo, manifestó que el grupo por **MAYORÍA** se adhiere a la segunda ponencia. Siendo un total de seis (06) votos por la primera y siete (07) votos por la segunda ponencia, describe que “La ejecución de garantías no se está ejercitando la acción cambiaria sino una acción real y la presentación del título que ahora se exige en el artículo 720 solamente se hace con el objeto de justificar el origen de la obligación y la certeza de su existencia”.

2. **DEBATE:** Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los tres grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios doctor Daniel Carrillo Mendoza cede el uso de la palabra a los jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

- No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3. **VOTACIÓN:** Concluido el debate en los grupos de taller, el Presidente de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Daniel Carrillo Mendoza da inició el conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia : 57 votos

Segunda ponencia : 21 votos

Abstenciones : 03 votos

4. **CONCLUSIÓN PLENARIA:**

El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la primera ponencia que enuncia lo siguiente: “Que la norma del artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; y que de ser un título valor debe conferir acción cambiaria; por tanto, al presentarse dichos títulos valores en el proceso de ejecución de garantías se está ejercitando

una acción cambiaria, siendo procedente entonces verificar (entre otros supuestos) si el título valor ha caducado o ha prescrito; porque de ser así, sería improcedente la ejecución de la garantía”.

Chiclayo, 25 de agosto de 2012

S.S.

DANIEL CARRILLO MENDOZA

JULIO MARTÍN WONG ABAD

EDGAR PADILLA VÁSQUEZ

ELOY ZAMALLOA CAMPERO

ANA CECILIA GARAY MOLINA

MARIANO BENJAMÍN SALAZAR LIZÁRRAGA

JORGE ANDRÉS CHAGUA LINARES

Conclusiones Plenarias - Pleno Nacional Comercial

Piura, 27 y 28 de setiembre de 2013

TEMA	PREGUNTA	CONCLUSIÓN PLENARIA
<p>1. Determinación de la vía procesal para sustanciar las solicitudes de incautación judicial de bienes muebles, afectos a garantía mobiliaria.</p>	<p>¿La solicitud de requerimiento judicial de incautación formulada en mérito al artículo 51 de la Ley N° 28677 Ley de Garantía Mobiliaria ¿Debe sustanciarse bajo las reglas del proceso sumarísimo, según las normas del Código Procesal Civil o se trata de un procedimiento especial, denominado "sumarísimo" en el que no se corre traslado al deudor; y además no se permite, bajo responsabilidad, recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato?</p>	<p>El Pleno adoptó por UNANIMIDAD que "el requerimiento de incautación judicial debe ser sustanciado bajo las reglas del procedimiento especial denominado por el artículo 51 de la Ley de Garantía Mobiliaria "Vía Sumarísima", pues según su naturaleza y fines del acto procesal solicitado no puede ser objeto de traslado al deudor ni remitirse recurso alguno que entorpezca su expedición o su ejecución.</p>
<p>2. Cierre de cuenta corriente y la letra de cambio a la vista emitida en virtud al artículo 228 (Ley General del Sistema Financiero y Sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros)</p>	<p>¿Es título ejecutivo suficiente para interponer la demanda, el original de la cambial y la carta notarial de intimación, o debe exigirse además el contrato de apertura de cuenta corriente?</p>	<p>El Pleno adoptó por MAYORÍA que "siendo que en el supuesto previsto en la Ley N° 26702 la emisión de la cambial no requiere de la suscripción por el deudor para que la obligación sea exigible, sin embargo tal ausencia es cubierta con la previa intimación de pago al cuentacorrentista a su domicilio; como en dichos documentos no interviene el deudor, es posible que la intimación se efectúe en un domicilio que el deudor no señaló como suyo; por ello resulta necesario que se adjunte el contrato de cuenta corriente a efecto de establecer si el domicilio donde fue intimado el deudor es el que señaló en dicho contrato; por ello a la demanda ejecutiva debe adjuntarse también el citado contrato".</p>

	<p>Habiéndose cerrado la cuenta corriente y sin efecto el contrato celebrado: ¿El interés al que estaría obligado a pagar el deudor es el interés de la cuenta corriente - que se capitaliza diariamente o el interés legal?</p>	<p>El Pleno adoptó por MAYORÍA que “los intereses pactados se capitalizan cuando la obligación consta en una cuenta corriente; sin embargo cuando se cierra la cuenta corriente no es posible jurídicamente la capitalización de los intereses; por lo que al haberse cerrado dicha cuenta, no corresponde su capitalización, y no siendo posible el pacto de intereses en la cambial emitida unilateralmente, resulta válido que el obligado pague por concepto de intereses solo los que establece la ley”.</p>
<p>3. Nulidad e impugnación de acuerdos en la ley general de sociedades</p>	<p>¿Resulta procedente la pretensión de impugnación o de nulidad de acuerdos de Directorio?</p>	<p>El Pleno adoptó por MAYORÍA que “si bien la Ley General de Sociedades no prevé este tipo de pretensiones, sin embargo no la prohíbe, en consecuencia tal pretensión sería viable si no existe posibilidad alguna que la junta de socios pueda pronunciarse sobre los cuestionamientos –impugnación o nulidad– de algún socio contra las decisiones del Directorio que afectan a la Sociedad o a los derechos de los socios. Sería de aplicación la regla general prevista en los artículos 38 y 49 de la LGS. En consecuencia si resulta procedente la impugnación o nulidad de acuerdos de Directorio”.</p>
<p>4. Garantías reales</p>	<p>¿Los nuevos propietarios de inmuebles hipotecados que no constituyeron la garantía real deben ser considerados litisconsortes necesarios?</p>	<p>El Pleno adoptó por MAYORÍA que “la ley procesal ha establecido que es litisconsorte necesario el que constituyente de la garantía; si este transfirió el inmueble hipotecado el nuevo dueño tendrá legítimo interés</p>

		<p>para intervenir en el proceso, sin embargo la condición de propietario debe tener una publicidad equivalente a la de la hipoteca para ser considerado parte procesal pasiva; por lo que la propiedad oculta, desconocida no puede ser impedimento para que el acreedor pueda iniciar válidamente la ejecución de la garantía, sin la incertidumbre, inseguridad o riesgo de que este aparezca al final del proceso invocando ser "litisconsorte necesario" con el objeto de invalidar lo actuado; si la propiedad del nuevo dueño no se encuentra inscrita se incorporará al proceso en el estado en que se encuentre, en caso solicite su apersonamiento, pudiendo ser incorporado incluso en la etapa de ejecución propiamente dicha, sin afectar lo actuado".</p>
--	--	---

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de Arequipa

Auditorio : Álvaro Chocano

Participan : Jueces Superiores, Jueces Especializados y Jueces de Paz de la Corte Superior de Arequipa

En Arequipa a los 20 días del mes de agosto del año 2012 siendo las 15:00 horas se dio inicio al Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial, el cual se encontró dirigido por el Juez Superior Rene Cervantes López como Coordinador de la Comisión de Plenos Jurisdiccionales en materia Comercial, pleno que se desarrolló de la siguiente manera:

Tema I y Planteamiento del Problema

Títulos valores que se anexan a la demanda en el proceso de ejecución de garantías, sirven para acreditar la fuente de la obligación puesta a cobro y la seguridad documental de la misma como título ejecutivo o se adjuntan ejercitando una acción cambiaria

Dr. Eloy Zamalloa Campero (20 min.)

Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

Intervención del Dr. Ramiro Bustamante:

Intervención del Dr. Francisco Carreón

Intervención del Dr. Rene Cervantes

Intervención de la Dra. Columba Del Carpio

Intervención del Dr. Ricardo Chávez

Intervención de la Dra. Rita Valencia Dongo

Posición N° 1:

Que la norma del artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; y que de ser un título valor debe conferir acción cambiaria; por tanto, al presentarse dichos títulos valores en el proceso de ejecución de garantías se está ejercitando una acción cambiaria, siendo procedente entonces verificar (entre otros supuestos) si el título valor ha caducado o ha prescrito; porque de ser así, sería improcedente la ejecución de la garantía.

Posición N° 2:

Que la norma del artículo 720 del Código Procesal Civil (modificado por el Decreto Legislativo N° 1069) exige como un nuevo requisito de procedencia de la demanda de ejecución de garantías, la presentación de un título ejecutivo que acredite la obligación garantizada; pero que si se presenta un título valor (un pagaré por ejemplo para acreditar la obligación), dicho derecho de crédito contenido en el Título Valor no se está haciendo valer en el proceso de ejecución de garantía por su acción cambiaria.

Votación

P. N° 1: 3 votos a favor

P. N° 2: 5 votos a favor

CONCLUSIÓN

El Pleno adopta la posición N° 2

Índice general

ÍNDICE GENERAL

Presentación	5
--------------------	---

Primera parte **ESTUDIOS**

La extensión de la hipoteca

Martín Mejorada Chauca

I. Especialidad de la hipoteca.....	12
II. Partes integrantes.....	14
III. Extensión de la hipoteca a los integrantes.....	19

La importancia de la hipoteca en el nacimiento del registro y de algunos de sus principios configuradores

Gunther Hernán Gonzales Barrón

I. La reforma liberal y el origen del registro como instrumento de protección de la propiedad y del crédito.....	23
--	----

II. Los principios de publicidad y especialidad (civil) como bases de la nueva hipoteca (liberal) y del naciente registro	31
III. Tres diferentes principios de especialidad	37
1. Introducción	37
2. Principio de especialidad contractual	37
3. Principio de especialidad real	39
4. Principio de especialidad registral	42
5. Diferencias entre los tres principios de especialidad	42
IV. Principio de especialidad registral	43
1. Fundamento	43
2. Folio real y folio personal	45
3. La pretendida (y falsa) expansión del principio de especialidad registral	47

En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca. Apuntes iniciales

Martín Alejandro Hurtado Reyes

I. Nota introductoria	51
II. Efectividad de las decisiones judiciales	53
III. Apretado diagnóstico de la mora judicial en el proceso de ejecución de hipotecas	55
IV. Aspectos importantes del proceso de ejecución de hipotecas	57
1. <i>Nulla executio sine título</i>	58
2. Documentos a presentar y otros requisitos	59
3. El auto de pago	63

4. Notificación al poseedor del bien a rematar	65
5. La contradicción	67
6. Causales de contradicción.....	68
6.1. Inexigibilidad e iliquidez	69
6.2. Nulidad formal o falsedad del título	71
6.3. Extinción de la obligación	75
6.4. Las excepciones procesales y defensas previas	76
V. Situaciones que impiden la concesión de tutela judicial realmente efectiva.....	76
1. Uso de argumentos de defensa no permitidos como contradicción.....	77
2. La impugnación en el proceso de ejecución.....	78
3. La suspensión del proceso de ejecución por medida cautelar	80
4. Limitación probatoria	82
5. Ausencia de anotación de demanda.....	83
6. Posiciones divergentes sobre la intervención de la persona que adquiere el bien.....	85
Conclusiones	91

Constitución y ejecución de la garantía mobiliaria

Ricardo Beaumont Callirgos

Introducción	93
I. La garantía mobiliaria.....	94
1. Definición de garantía mobiliaria	94

2. Bienes muebles comprendidos en la Ley de la Garantía Mobiliaria	101
3. Capacidad para ser acreedor garantizado o deudor	118
4. Extensión de la garantía mobiliaria	119
5. Garantías mobiliarias sucesivas	122
6. Amortización de la garantía mobiliaria	127
7. Garantía mobiliaria sobre títulos valores representativos del dominio de bienes muebles.....	130
8. Derechos de posesión, retención y venta	135
9. Derechos y deberes del constituyente y del eventual adquirente o depositario.....	139
10. Derechos y deberes del acreedor garantizado.....	148
11. Persecutoriedad de la garantía mobiliaria.....	152
12. Extensión de la garantía mobiliaria sobre el precio de la enajenación	156
13. Extensión de la garantía mobiliaria sobre un nuevo bien mueble.....	158
14. Garantía mobiliaria sobre créditos.....	158
II. Constitución de la garantía mobiliaria.....	163
1. Constitución	163
2. Constitución de la garantía mobiliaria sobre títulos valores...	167
3. Contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria	173
4. Garantía mobiliaria preconstituida	186
5. Eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida.....	189

6. Prelación de la garantía mobiliaria preconstituida.....	191
7. Falta de perfeccionamiento de la garantía mobiliaria preconstituida.....	193
8. Afectación de bienes muebles en garantía mobiliaria por constituyente sin derecho.....	194
III. Ejecución de la garantía mobiliaria	198
1. Venta extrajudicial	198
2. Arbitraje.....	206
3. Venta en el caso de garantías mobiliarias sucesivas	207
4. Responsabilidad del poseedor del bien mueble	208
5. Forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.....	209
6. Incautación.....	212
7. Adjudicación del bien por el acreedor	213
8. Garantía mobiliaria sobre títulos valores.....	217
9. Garantía mobiliaria sobre créditos.....	219

Requisitos de la demanda de ejecución de garantías reales

María Elena Guerra Cerrón

I. Dualidad: proceso ejecutivo o proceso de ejecución.....	223
II. El proceso de ejecución de garantías reales.....	227
III. Presupuestos procesales y condiciones de la acción: generalidades	227
IV. Presupuestos y requisitos de la demanda de ejecución de garantías.....	229

1. De los presupuestos	229
2. De los requisitos de la demanda	230
2.1. Requisitos generales	230
2.2. Requisitos específicos.....	231

Mirando las garantías desde su ejecución

César Ernesto Luperdi Gamboa

I. Nota preliminar	241
II. Sobre las garantías y su ejecución	241
III. Algunos problemas en la ejecución de las garantías personales...	243
1. El juez: “Debes cobrar al fiador antes que el deudor fallezca”	243
2. No importa si el título valor se emitió con fraude, igual lo ejecutan	245
3. ¿Demando a todos o a cualquiera?	247
IV. Algunos problemas en la ejecución de las garantías reales	249
1. Garantías mobiliarias	249
1.1. El uso y abuso del pacto comisorio	249
1.2. ¿Y si en ejecución se advierte la existencia de pactos nulos?.....	251
2. Garantías hipotecarias.....	254
2.1. Cuidado con cobrar más del monto del gravamen	254
2.2. Apúrate, que resuelto el arrendamiento financiero ya no puedes ejecutar la garantía hipoteca	258
2.3. Un caso entre publicidad de la hipoteca, la transferencia de propiedad, la buena fe y el derecho de acreencia	260
2.4. Cuando la ejecución de la garantía hipotecaria continúa, pese a la nulidad del título valor.....	262
2.5. Paga rápido, sino la adjudicación del bien rematado es nula	266

**El alcance de las cesiones de créditos en el
proceso único de ejecución en la modalidad
de ejecución de garantías**

Percy Howell Sevilla Agurto

Introducción	269
I. La cesión de derechos y cesión de créditos	270
II. Finalidad de la cesión de créditos.....	272
III. La actividad bancaria y las cesiones de crédito.....	274
IV. El alcance o ámbito de las cesiones de créditos	276
V. Los créditos incedibles	278
VI. Los privilegios y las cesiones de créditos.....	278
VII. Las cesiones de créditos bancarios garantizados con hipotecas ...	282
VIII. Los intereses bancarios y las cesiones de créditos garantizados con hipotecas en los procesos judiciales.....	283
1. En contra de la aplicación de intereses bancarios para personas ajenas al sistema financiero vía cesión de créditos.....	284
2. A favor de la aplicación de intereses bancarios para personas ajenas al sistema financiero vía cesión de créditos.....	286
IX. Nuestra postura y su fundamento	287
1. Implicancia y finalidad de las cesión de crédito	287
2. Los bancos tienen el privilegio de fijar tasas de intereses mayores al legalmente permitido como regla general	288
3. Los intereses y los procesos judiciales ¿y dónde queda la firmeza de las resoluciones?	289
A manera de conclusión	292

La contradicción en el proceso de ejecución

Sara Taipe Chávez

I.	Generalidades necesarias	293
1.	Marco conceptual básico referente a las garantías.....	293
2.	Cuestión previa al tema de contradicción a la ejecución de garantía	295
II.	La oposición a la ejecución.....	298
1.	¿Cómo se consagra un proceso de ejecución?	298
2.	Oposición a la ejecución por motivos procesales	300
3.	Oposición a la ejecución por motivos de fondo o de mérito ..	303
	A manera de conclusión	309

Inconvenientes de la garantía mobiliaria preconstituida sobre bien mueble ajeno

Alberto Meneses Gómez

	Introducción	311
I.	Marco legal de la garantía mobiliaria preconstituida	312
II.	Publicidad registral	313
III.	Afectación al derecho de propiedad	317
IV.	Diferencia con otras instituciones jurídicas.....	320
	Conclusiones	322
	Bibliografía	323

**Protección del derecho real de garantía
del acreedor ejecutante frente a los procesos
laborales fraudulentos**

Sussy Johanna Vargas Cabellos

Introducción	325
I. La seguridad jurídica en la transferencia de bienes	329
II. Limitar el privilegio de la deuda laboral.....	331
III. Determinación del problema generado por el privilegio salarial..	332
Reflexión final.....	335

**Una revisión a la figura
de la anticresis**

Jackeline Bravo Joaquín / Erika Rospigliosi Caso

Introducción	337
I. Problema	338
1. Planteamiento del problema	338
II. Marco teórico.....	340
1. Anticresis	340
2. Características.....	342
3. Diferencias con otras instituciones	344
4. Requisitos	345
5. Derechos y obligaciones del acreedor anticrético.....	347
6. Derechos y obligaciones del deudor anticrético	349

III. Análisis.....	350
1. Incidencias	350
2. Información de Registros Públicos.....	351
3. Resoluciones emitidas por el Tribunal Registral	352
Conclusiones.....	354
Bibliografía	357
Anexo: Títulos relativos a la anticresis.....	358

**¿La cobertura de la hipoteca y del embargo
puede sobrepasar el monto del gravamen inscrito
en el registro?**

Jimmy J. Ronquillo Pascual

Introducción.....	363
I. Planteamiento del problema	364
II. La tesis de un sector de la jurisprudencia: La cobertura de la hipoteca y del embargo sí puede superar el monto del gravamen inscrito	365
III. Nuestra opinión: La cobertura de la hipoteca y del embargo no puede superar el monto del gravamen inscrito	367
1. Fundamentos para considerar que la cobertura de la hipoteca y del embargo tiene como límite el monto del gravamen inscrito	368
• La interpretación sistemática de los artículos 1107 y 1099 del Código Civil	368
• Los verdaderos alcances del artículo 727 del Código Procesal Civil	370

- La función del monto del gravamen o monto de la afectación..... 371
- La irrelevancia del dato del constituyente de la hipoteca 372
- Proporciona seguridad a los terceros interesados en el bien, estimula la diligencia del acreedor e impide confabulaciones..... 373
- Permite al deudor obtener nuevos créditos y responder frente a otros, ya que sobre un mismo bien se podrán constituir varias afectaciones..... 376
- El acreedor puede obtener la satisfacción íntegra de su acreencia utilizando los mecanismos legales correspondientes..... 377
- La vigencia de la institucionalidad de los registros públicos y de los principios registrales..... 381

**La ejecución de garantías en sede judicial
a partir del actual panorama jurisprudencial**

Carlos Franco Montoya Castillo

Introducción 383

I. Requisitos de la demanda de ejecución 384

II. Título de ejecución 385

III. Estado de cuenta de saldo deudor..... 386

IV. Título hipotecario 387

- 1. Hipoteca..... 387
- 2. Gravamen..... 388
- 3. Fianza..... 388

V. Contradicción	389
1. Inexigibilidad de la obligación	390
2. Abuso de firma en blanco	390
3. No se puede contradecir atacando un documento que no es título	390
4. Improbanza de la contradicción	390
VI. Trámite de la ejecución	391
1. Procesos paralelos	391
2. Abandono	391
3. Intervención fiscal	392
4. Tercerías de propiedad	392
5. La ejecución judicial de una garantía mobiliaria es facultativa del acreedor	393
VII. Remate y adjudicación	393
1. Participación en el remate judicial	393
2. Exigencia de martillero hábil	394
3. Nulidad del remate	394
4. Levantamiento de la anotación de demanda luego de la adjudicación	395

Segunda parte

JURISPRUDENCIA

Ejecución de garantías

- Empresas del sistema financiero deben adjuntar su demanda, los instrumentos que acrediten o reflejen los créditos impagos y que son materia de cobro 399

• El estado de cuenta de saldo deudor sí forma parte del título de ejecución	405
• No se necesita resolver extrajudicialmente un contrato de garantía hipotecaria como paso previo para iniciar su ejecución	411
• Para la ejecución de la hipoteca las obligaciones deben estar determinadas en el título	414
• En el proceso de ejecución de garantías no se puede ventilar asuntos relativos a la eficacia o validez del contrato que originó la deuda.	416
• Procede ejecutar sumas mayores al gravamen dejando a salvo el derecho de reclamar el saldo deudor.....	420
• Saldo deudor después del remate es exigible de acuerdo con lo establecido en el artículo 724 del Código Procesal Civil	423
• El lanzamiento del bien inmueble impide interponer tercería de propiedad para reclamarlo.....	430
• La ejecución extrajudicial de una garantía mobiliaria es facultativa del acreedor	433
• Se requiere la intervención de fiscal dictaminador en la ejecución de garantías que involucra derechos de menores.....	437
• No es exigible al juez de ejecución que tome en cuenta otro proceso paralelo sobre nulidad del título puesto a cobro	442
• Para la procedibilidad de la demanda de ejecución de garantías se exige únicamente el cumplimiento del artículo 720 del CPC.....	447
• Es título de ejecución el documento que contiene la garantía hipotecaria y no el título valor	451
• La ejecución no puede exceder el monto del gravamen pactado...	457
• Es posible promover un proceso paralelo por la suma que no será cubierta en el proceso de ejecución de garantías	460

- Ejecución de laudo arbitral que contiene garantía hipotecaria presupone el pago de costos y costas del proceso arbitral 467
- El beneficio de excusión no se puede oponer frente a una garantía hipotecaria..... 478

Anticresis

- Es ilegítima la posesión sustentada en una garantía anticrética no sujeta a formalidad 481
- No se puede sostener la existencia de una relación anticrética si la garantía no se escrituró 483
- No es un imposible jurídico la celebración de un contrato definitivo de anticresis cuando no existe convenio preestablecido 490
- La anticresis es una garantía real indivisible y otorga derecho de retención..... 493

Tercera parte

PLENOS JURISPRUDENCIALES

- Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial 507
- Conclusiones Plenarias - Pleno Nacional Comercial..... 519
- Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de Arequipa 523

- Índice general..... 527

