

Acciones del titular de una garantía mobiliaria a la luz del Decreto Legislativo N° 1400



Olga Alejandra ALCÁNTARA FRANCIA*
Edwin CÓRDOVA PÉREZ**

Con la emisión de la norma que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria se pretende facilitar el acceso al crédito y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas en el Perú. En virtud de ello se crea una serie de mecanismos destinados a permitirle al deudor el acceso al financiamiento, pero al mismo tiempo, a garantizarle al acreedor la satisfacción de sus intereses, los cuales están regulados en el Capítulo Único dedicado a las obligaciones y derechos de las partes. En ese sentido, los autores han realizado un estudio crítico en torno a los derechos y acciones que tendría el acreedor garantizado frente al eventual incumplimiento por parte del deudor, todo ello conforme al artículo 42 del referido cuerpo normativo.

RESUMEN

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 920, 921, 1315, 1814 y ss.
- **Ley que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, Decreto Legislativo N°1400 (10/10/2018):** arts. 7, 42 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 9), 49 y 51.

PALABRAS CLAVE: Acreedor garantizado / Incumplimiento / Pacto comisorio / Adjudicación

Recibido: 02/10/2018

Aprobado: 05/10/2018

Introducción

El régimen de garantía mobiliaria es un instrumento económico de mucha ayuda para las personas que requieren de un soporte financiero en aras de obtener un determinado crédito garantizado. Por lo general, entendemos que “la hipoteca es la garantía real por excelencia, conforme haya sido inscrita sin admitirse otro mecanismo alternativo de publicidad” (Ortega, 2013, p. 166); sin embargo, el régimen de garantías, en las últimas décadas, ha desencadenado un abanico de posibilidades por las cuales el bien gravado ya no solo recae en bienes inmuebles (como lo es en la

* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Investigadora adscrita al Instituto de Investigación Científica (IDIC) de la Universidad de Lima.

** Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Asistente de Investigación del Instituto de Investigación Científica (IDIC) de la Universidad de Lima.

hipoteca) sino que también en bienes muebles. Así apareció la llamada prenda mobiliaria, la cual tuvo una serie de defectos en su aplicación tanto desde la óptica contractual como la registral.

El desorden en el régimen prendario conllevó a una reformulación de las garantías de bienes muebles, es así como se promulga el 1 de marzo del 2006 la Ley N° 28677 –Ley de Garantía Mobiliaria–, sin duda un avance en materia de garantías pero que, de todas maneras, necesitaba de algunos ajustes dado el avance en las transacciones de bienes y servicios.

No siendo la mencionada Ley lo suficientemente integral para los fines por los cuales ha sido creada, es por ello que el Congreso de la República, mediante Ley N° 30823, otorgó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para normar sobre diversas materias. Una de ellas en materia de gestión económica y competitividad, en la cual según el literal c) del artículo 2 de dicha Ley, se busca:

“Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas (MIPYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, estableciendo una **nueva regulación** del régimen societario, **de garantía mobiliaria** [la negrita es nuestra] y del régimen de contrataciones. Asimismo, promover la formalización laboral. Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales; ni tampoco efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)”.

Es así, que en setiembre del 2018 entra en vigencia el Decreto Legislativo N° 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria. Este régimen normativo que deroga al anterior, constituido por la Ley N° 28677, se

caracteriza por priorizar la promoción de las pequeñas y medianas empresas (Mypes) con la finalidad de formalizarlas y darles facilidades de acceso al crédito financiero.

Dadas las características e importancia de la norma, consideramos importante analizar los derechos del acreedor garantizado (art. 42), habida cuenta de que la regulación de la garantía mobiliaria se oriente, además de fomentar el acceso al crédito, a proteger al acreedor permitiéndole a través de distintos mecanismos, satisfacer su interés con el pago de la obligación garantizada.

En el presente trabajo realizaremos un análisis de los nueve incisos del artículo 42 del D. Leg. N° 1400) con el objetivo de precisar algunos conceptos en comparación con la derogada ley.

I. La manutención u obtención de la legítima posesión

Evidentemente, al tratar de un tema de reales nos remitimos a la cuestión de posesión, propiedad y temas afines. La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (Código Civil, 1984, art. 896), una definición que nos ayuda a comprender el numeral 1, el cual dispone que el acreedor garantizado tiene derecho a:

“Mantener u obtener la posesión legítima, cuando corresponda, sobre los bienes en garantía mientras no se extinga la obligación garantizada; pudiendo retener el bien dado en garantía mobiliaria u obtener la posesión de cualquier poseedor, incluyendo al deudor garante y, siempre de conformidad con los procedimientos dispuestos en el presente Decreto Legislativo” (D.L N° 1400, 2018).

Conforme al procedimiento de constitución de garantía mobiliaria, el acreedor garantizado tiene derecho a la posesión legítima del

bien o bienes que vayan a ser dados en garantía sin que la obligación garantizada no se haya extinguido. Es decir, de seguir subsistiendo la obligación principal entre acreedor y deudor, este último debe entregar el bien de garantía a fin de que el acreedor haga efectiva y legítima su posesión. Incluso la norma citada le otorga la potestad de retener u obtener la posesión de cualquier tercero ajeno a la obligación jurídica principal, en la medida en que se respete los procedimientos regulados por el D.Leg. N° 1400.

¿A qué clase de procedimiento se refiere este inciso? Pues por poner algunos ejemplos, se refiere al acuerdo entre acreedor y deudor sobre la constitución de garantía (artículo 6); sobre el consentimiento del deudor para autorizar la entrega del bien dado en garantía a un depositario (artículo 16); y atender a la publicidad sobre la modificación de las garantías mobiliarias de acuerdo a la plataforma virtual implementada por la Sunarp (artículo 17); así como cualquier otro procedimiento que quede sujeto el acreedor garantizado para la legalidad de su posesión.

Como vemos, la posesión debe pasar por un marco de legalidad que le otorgue la debida legitimidad, pues la norma no busca que el acreedor garantizado por más que ostente un derecho se vaya a convertir en poseedor precario al no contar con algún título que le transfiera el bien dado en garantía.

II. La responsabilidad por pérdida o deterioro del bien

El numeral 2 del citado artículo 42 dispone a favor del acreedor responsable lo siguiente:

“No ser responsable de pérdida o deterioro del bien en garantía que se encuentra en posesión, si por caso fortuito o fuerza mayor, el bien se pierde o deteriora, ya sea antes o después de extinguida la obligación garantizada”. (D.Leg. N° 1400, 2018).

Comentario relevante de los autores



Dadas las características e importancia de la norma, consideramos importante analizar los derechos del acreedor garantizado (art. 42), habida cuenta de que la regulación de la garantía mobiliaria se oriente, además de fomentar el acceso al crédito, a proteger al acreedor permitiéndole a través de distintos mecanismos, satisfacer su interés con el pago de la obligación garantizada.

Como se sabe por la Ley N° 28677, el acreedor garantizado también hace las veces de depositario en la medida en que se encuentre bajo la posesión del bien dado en garantía. De este modo, le son aplicables las normas del contrato de depósito en calidad de depositario (Código Civil 1984, art. 1814 y ss).

Nos encontramos ante una excepción en tanto el acreedor garantizado se exime de toda responsabilidad en caso de pérdida o deterioro del bien en garantía por motivos de caso fortuito o fuerza mayor. Estas son vistas como causales de ruptura del nexo causal de responsabilidad y, a pesar de que no haya una expresa tipificación legal en el Derecho positivo para su diferenciación, lo cierto es que la doctrina los distingue, de forma general, al caso fortuito como hechos de la naturaleza y a la fuerza mayor como actos de autoridad o, en general, a hechos del hombre (Osterling y Castillo, 2014, p. 827).

Para efectos de valorar jurídicamente el caso fortuito o fuerza mayor Osterling Parodi y Castillo Freyre (2014) señalan que “es recomendable que el hecho sea analizado desde lo dispuesto por el artículo 1315 del Código Civil, tanto sea un evento extraordinario

(fuera de lo común), imprevisible (cuando supere la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria) e irresistible (impotente para evitarlo) que impida la ejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (pp. 828-830).

De esta forma, el acreedor garantizado que posea el bien en garantía, significa mantener un deber de cuidado del bien ya que su título de propiedad lo detenta el deudor garante. Sin embargo, ante cualquier acontecimiento que encaje dentro del supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, la responsabilidad del poseedor-acreedor garantizado del bien en garantía, no se verá comprometida.

Como se dijo, el eximente es el caso fortuito o fuerza mayor por la pérdida o deterioro del bien mueble. Ahora, es importante anotar que esta valoración jurídica de los hechos va a tener que ser tomada con mucha precaución por el juez, ya que no todo suceso puede englobar esta liberación de responsabilidad pues es necesario tomar en cuenta la diligencia del acreedor garantizado para conservar el bien lo mejor posible bajo los efectos de su posesión.

Una última acotación, según la norma comentada, la exención de responsabilidad podrá ser antes o después de haberse extinguido la obligación. Pues, cabe la posibilidad en que se mantenga el bien bajo posesión del acreedor garantizado habiéndose cumplido con la obligación principal, con tal de que exista la causal de caso fortuito o fuerza mayor, no se le imputará la culpa al acreedor garantizado por la pérdida del bien en garantía.

III. La entrega del bien depositado

El numeral 3 del artículo 42, reconoce como derecho del acreedor, la posibilidad de:

“Exigir la entrega del bien en garantía en depósito a una tercera persona o

proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria conforme al Título V del presente Decreto Legislativo, si el deudor garante o el eventual adquirente daña o pone en peligro el bien en garantía”.

El nuevo régimen de garantía mobiliaria ofrece la posibilidad de que el bien que se va a dar en garantía vaya a ser entregado, mediante un contrato de depósito, a un tercero depositario para que almacene el bien, lo mantenga en las mejores condiciones, y lo devuelva a solicitud del depositante. Al ser un contrato típico, se regulará bajo las normas del contrato de depósito del Código Civil (arts. 1814-1856). Asimismo, el acreedor garantizado tiene el derecho a ejecutar la garantía mobiliaria de acuerdo al título V del presente decreto legislativo.

Es necesario recalcar que tanto la exigencia como la ejecución de la garantía mobiliaria serán procedentes en la medida en que el acreedor garantizado encuentre motivos razonables por los cuales el bien dado en garantía sufra de algún deterioro o exista la posibilidad de su pérdida. Es evidente que el interés del acreedor garantizado será vulnerado si encuentra que el bien es maltratado por el deudor garante o el tercero depositario.

Si esto último pasara, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿De qué le sirve al acreedor garantizado un bien que se encuentre en mal estado o casi a punto de su pérdida total? Si el acceso al crédito por parte del deudor garante es su prioridad, también se deriva un deber de cuidado con respecto al bien dado en garantía, incluso el de encontrar un depositario diligente en aras de que el bien se mantenga incólume. Suscribimos lo dicho por Castillo Freyre y Rosas Berastain (2017), en tanto opinan que “existen algunos supuestos por los cuales se puede ejecutar anticipadamente la garantía, siendo entre ellos la venta, la transferencia, el traslado o la transformación del bien (p. 95)”; de tal manera que se logra proteger el bien de ser dañado

en aras de mantener la obligación principal garantizada.

Claro está que este derecho del acreedor garantizado no debe ser usado arbitrariamente, por lo que es recomendable evaluar todas las variables del caso para que este derecho sea debidamente fundamentado.

Por último, con respecto al Título V del presente Decreto Legislativo, se refiere a la ejecución de las garantías mobiliarias, las cuales pueden ser por vía judicial o extrajudicial y procederán en tanto resulte exigible la obligación garantizada (D.Leg. N° 1400, 2018, art. 48).

IV. La ejecución de la garantía mobiliaria

A la letra el artículo 42 en el numeral 4, expresa que todo acreedor garantizado tiene el derecho a:

“Ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada”.

La redacción de este inciso es muy clara, en cuanto se desprende lógicamente que el bien mueble dado en garantía por el deudor garante al acreedor garantizado, será ejecutado siempre y cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada.

Este inciso tiene su antecedente en el artículo 12 de la Ley N° 28677 (2006) sobre los derechos y deberes del acreedor garantizado, afirmando que: “El acreedor garantizado, salvo pacto distinto, tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada”. El legislador optó por continuar bajo esta válvula de escape para el acreedor, ya que el bien en garantía es la forma de recuperar, en cierto modo, el crédito principal que ha sido incumplido por el deudor garante. Asimismo, entendemos que este inciso es

Comentario relevante de los autores



La posesión debe pasar por un marco de legalidad que le otorgue la debida legitimidad, pues la norma no busca que el acreedor garantizado por más que ostente un derecho se vaya a convertir en poseedor precario al no contar con algún título que le transfiera el bien dado en garantía.

una excepción a la regla en cuanto la garantía se ejecuta, siempre y cuando el deudor incumple con la obligación garantizada (Castillo y Rosas, 2017, p. 95).

La ejecución del bien en garantía contenido en el Título V del presente Decreto Legislativo N° 1400 puede realizarse judicial o extrajudicialmente, según lo acordado por las partes. Nos explicamos:

- En la ejecución extrajudicial, la norma nos señala que el acreedor garantizado (o su debido representante) puede proceder a la toma de posesión del bien dado en garantía, al cobro directo o adquisición de créditos y a la posterior venta directa de los bienes en garantía, a efectos de hacer efectivo su crédito con el pago del producto de dicha venta (D.L. 1400, 2018, art. 49).
- Al parecer la titularidad del sujeto con respecto al bien cambia, pues si el acreedor garantizado es depositario, y una vez que el deudor garante no cumple con la obligación principal, el acreedor garantizado se encuentra en la potestad jurídica de disponer del bien como mejor le parezca, siendo este el nuevo propietario del bien mueble que fue garantizado. Como se observa, este procedimiento queda sujeto entre las partes y

no necesita de un tercero que dirima la controversia, ya que en su libre autonomía contractual decidieron que se lleve a cabo de esta forma. En pocas palabras, el acreedor garantizado dispone del bien en garantía para recuperar su crédito principal sin tener que acudir a instancias judiciales.

Con relación a la ejecución judicial, se suscita el conflicto de intereses en tanto exista una controversia con respecto al procedimiento de ejecución de garantías. Así, el juez es, el único que podrá decidir en este caso como es que debe proceder la garantía, ya sea su valorización, venta y recuperación del crédito principal.

V. Acerca de las acciones de protección y recuperación del bien en garantía

El artículo 42 a la letra del numeral 5, establece que:

“Ejercer cuando corresponda, las acciones de protección y recuperación del bien en garantía bajo su posesión en los casos de pérdida de la posesión por hechos ajenos a su voluntad”.

Ahora bien, ¿qué se entiende por protección y recuperación?

La anterior norma (Ley N° 28677) no contemplaba la recuperación del bien en garantía, por lo que consideramos un avance en la protección de los derechos del acreedor. Como es sabido, el bien dado en garantía funciona como una forma subsidiaria de obtener el crédito principal; es decir, se busca por todas las formas posibles de que se ejecute el bien en garantía; sin embargo, esto no significa que el acreedor garantizado se encuentre perjudicado por no hacer efectivo sus derechos posesorios cuando se encuentra bajo este régimen legal.

En cuanto a la recuperación, explicamos con un ejemplo:

- En el marco de un contrato de mutuo entre “A” y “B”; siendo que “A” le requiere de una garantía mobiliaria para otorgarle el crédito a “B”. Por ello, se firma un contrato de garantía mobiliaria, en el cual “A” es acreedor garantizado de un automóvil dado en garantía por B, quien es el deudor garante y propietario de este bien inmueble.
- Con el transcurrir del tiempo, sucede que “A” es despojado de la posesión por “C”, quien se apropia ilegalmente del carro al ver que no es usado por nadie. Para estos efectos, “A” se encuentra en el derecho de actuar según las normas de la defensa posesoria judicial o extrajudicial (Código Civil, 1984, arts. 920 y 921). Es decir, bajo la posesión del acreedor garantizado del bien dado en garantía, este tiene todo el derecho de ejercer las acciones de protección y recuperación del automóvil. El problema pasa cuando de una lectura del Código Civil, el término “recuperar” no se usa en los casos de defensa posesoria (sea judicial como extrajudicial); sin embargo, podemos inferir que el término se encuentra implícito en estas vías legales para defender el derecho de posesión.

La defensa posesoria en estos casos es de vital importancia. Por ello, el Código Civil contiene dos fórmulas para ejercer dicha defensa: la judicial y la extrajudicial. La defensa posesoria judicial (Código Civil, 1984, artículo 921) de la posesión, se ejerce a través de los interdictos de retener y recobrar, pero a pesar de que constituyen una vía preferencial de defensa de la posesión, existen dos inconvenientes ya que no protegen la posesión sobre bienes muebles no inscritos y el proceso sumarísimo llega a ser muchas veces largo y costoso.

La otra defensa posesoria es la extrajudicial, la cual se ha encontrado sujeta a diversas modificaciones, siendo la última lo dispuesto en el artículo 920 del Código Civil. Este tipo de defensa posesoria se encuentra bajo el supuesto de autotutela admitido por nuestro ordenamiento jurídico. “En ese sentido, se trata de un supuesto excepcional de solución de conflictos que, debe estar supeditado a que los actos destinados a la conservación o recuperación de la posesión se realicen de forma inmediata y proporcional”.

Sea como fuere, lo que es importante anotar es que existen soluciones legales para la recuperación de la posesión del bien dado en garantía bajo la posesión del acreedor garantizado; este discernirá el recurso más viable para hacer efectiva la posesión.

Un último comentario gira en torno a lo que este inciso afirma como “hechos ajenos a su voluntad”, por lo que somos de la opinión que la norma se refiere a casos en los cuales se atente contra el derecho de posesión del acreedor garantizado, pues se puede interpretar como un hecho ajeno a la voluntad de este que la pérdida del bien en garantía fue producto de un ilícito penal, en el cual un tercero se apropia ilegalmente de dicho bien mueble, configurándose, así, el delito de “apropiación ilícita” según el artículo 190 del Código Penal¹.

En todo caso, serán las circunstancias de la realidad la cual conllevaría al acreedor garantizado a ejercer su derecho de posesión del bien en garantía, impidiendo cualquier

Comentario relevante de los autores



El acreedor garantizado dispone del bien en garantía para recuperar su crédito principal sin tener que acudir a instancias judiciales.

interferencia de terceros para disponer del bien en caso no se cumpla con la obligación principal, auxiliándose tanto en la norma civil, incluso, en la legislación penal si es que fuese necesario.

VI. Los mecanismos para lograr el pago de la obligación garantizada

El numeral 6 del artículo 42 establece que el acreedor podrá:

“Vender u obtener productos de la venta o el cobro del bien en garantía ante el incumplimiento de la obligación garantizada para el pago de esta obligación, conforme a las reglas del Título VI del presente Decreto Legislativo”.

La Ley N° 28677, denominada Ley de la Garantía Mobiliaria (2006) (en adelante, LGM) reunió en un único artículo los derechos y deberes correspondientes al acreedor garantizado o beneficiario de la garantía mobiliaria. En efecto, en el primer párrafo de la Ley, se reconoce al acreedor el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria cuando

¹ Artículo 190. Código Penal: El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

se produzca el incumplimiento de la obligación del deudor. El acreedor tiene derecho a ver satisfecho su interés a través del pago, pero si este no fuera posible o no llegara a realizarse por culpa del deudor, entonces, si la obligación está garantizada, lo lógico es que se incline por su ejecución puesto que es la manera más rápida de obtener el pago. La ejecución puede ser judicial, extrajudicial e incluso a través del pacto comisorio (Castillo Freyre, 2006, p. 6).

La anterior ley, en el primer párrafo del artículo 12, preveía dos supuestos interesantes. El primero, que “el acreedor podía renunciar a su derecho de ejecutar la garantía por incumplimiento del deudor, si así resultara del pacto entre ambas partes”. Esta facultad no ha sido recogida por el artículo 42 del vigente D. Leg. N°1400, pero, podría ser admisible si fuera de interés del acreedor. Ahora bien, este supuesto permitiría la adopción de otros mecanismos que posibiliten el pago de la obligación, como por ejemplo, el uso y disfrute del bien garantizado aun cuando no tenga la posesión. El segundo punto interesante, “es el derecho potestativo del acreedor a ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación”. Para que esto sea posible y no se incurriera en abusos, el legislador exigía contar 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”. Este derecho tampoco ha sido recogido por la vigente norma.

A diferencia de lo que ocurría con la derogada Ley, la norma vigente propone de manera más sistemática y organizada los derechos y obligaciones que corresponden a ambas partes: acreedor y deudor. En lo que concierne al acreedor, los derechos y acciones de que dispone frente al incumplimiento se presentan de manera más clara. Así, por ejemplo, el numeral 4, establece que el acreedor tiene

Comentario relevante de los autores



Sea como fuere, lo que es importante anotar es que existen soluciones legales para la recuperación de la posesión del bien dado en garantía bajo la posesión del acreedor garantizado; este discernirá el recurso más viable para hacer efectiva la posesión.

derecho a ejecutar la garantía cuando se produzca el incumplimiento, de forma similar a lo establecido por la anterior ley. Este numeral debe ser concordado con el Título V de la vigente ley que regula los procedimientos de ejecución judicial y extrajudicial.

Además, el numeral 6 del artículo 42 de la vigente ley, establece que el acreedor puede “vender u obtener productos de la venta o el cobro del bien en garantía ante el incumplimiento” (...). Ahora bien, ¿nos encontramos frente a mecanismos distintos de la ejecución de la garantía? Nos parece que sí, pues no tendría sentido el tenor del numeral 4 del mismo artículo. Siendo esto así, tendríamos que afirmar, que independientemente, del derecho del acreedor a ejecutar la garantía, puede hacerse cobro de la obligación a través de la venta directa, de la recuperación del precio de la venta realizado por terceros o el cobro del bien en garantía. Estos supuestos están regulando la venta extrajudicial y el pacto comisorio.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por venta u obtención de productos de la venta? Estamos ante dos supuestos distintos, el primero que sea el acreedor quien directamente pueda vender el bien; mientras que el segundo, regula la venta a través de un tercero y la entrega del producto de dicha operación al acreedor. La derogada ley regulaba

la venta extrajudicial en el artículo 47 exigiendo el cumplimiento de determinadas formalidades para su realización. Este procedimiento ha sido recogido actualmente en los artículos 51 y 49 de la vigente ley. La venta deberá realizarse siguiendo las disposiciones previstas por la propia ley para la ejecución extrajudicial.

La venta del bien mueble afectado en garantía no es otra cosa que la transferencia de la propiedad del mismo a un tercero. En el primer supuesto, es el acreedor quien puede vender o transferir el bien afectado en garantía, pero a través de un representante (artículo 51 numeral 2 de la vigente ley). Al igual como ocurría con la derogada ley que exigía que el tercero contara con un poder especial e irrevocable para realizar la transferencia, no pudiendo actuar como representante el propio acreedor. Debe entenderse la preexistencia de un acuerdo que permita al acreedor el poder vender el bien ante el incumplimiento del deudor. Como la anterior ley no establecía “restricción alguna que impida la comunidad de intereses entre el representante y el acreedor, pudiendo ser perfectamente, un pariente cercano, consanguíneo o por afinidad o incluso su cónyuge (Castillo Freyre, p. 16)”. En la vigente ley tampoco encontramos restricción similar a la descrita, más allá de aquella que impide al acreedor garantizado ser el representante (artículo 51, numeral 4).

El segundo supuesto destinado a que el acreedor obtenga los productos de la venta se encuentra previsto en el artículo 54 de la vigente ley. En este artículo se establece el orden de prelación para aplicar el producto

de la venta y la forma cómo el acreedor garantizado recuperará los gastos incurridos así como la manera en que verá satisfecha su obligación dependiendo de la existencia de otros acreedores.

El tercer supuesto prevé el derecho del acreedor al cobro del bien en garantía ante el incumplimiento. El artículo 58 de la nueva ley regula el proceso de adjudicación del bien garantizado. Esta disposición legal (artículo 53 de la derogada ley) recoge la posibilidad de que el acreedor garantizado adquiera el dominio del bien (Mejorada Chauca 2000, p. 344) a través de la adjudicación del mismo, y se haga cobro de la obligación de esta forma. Esta institución jurídica, también conocida como pacto comisorio, ha estado prohibida por nuestro Código Civil. En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 1066, aun cuando no se pagara la deuda, el acreedor no podría apropiarse del bien prendado para cobrarse el importe prestado. El código establecía la nulidad del pacto comisorio. Esta disposición quedó derogada el 1 de marzo de 2006 por la Sexta Disposición Final de la Ley N° 28677 que regula la Ley de Garantía Mobiliaria². Al día de hoy, la norma vigente, el D. Leg N° 1400 sigue regulando la validez del pacto comisorio, pero bajo la modalidad del pacto marciano.

Al respecto, Valcavi define al pacto comisorio como “aquel acuerdo mediante el cual el deudor transmite la propiedad definitiva de un bien en garantía al propio acreedor con el fin de saldar por compensación (total o parcial) la deuda contraída en caso de incumplimiento por su parte sin previsión alguna por

2 En efecto, cabe señalar que la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1400, modifica el último artículo del Código Civil que prohibía el pacto comisorio. Nos referimos al artículo 1130 (que forma parte del Título IV Derecho de Retención), el cual queda redactado de la siguiente manera: “Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto contrario, con excepción de los casos de adjudicación del bien al acreedor pactados bajo el Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria”.

estima de su valor sobre la base de aquellos vigentes en dicho momento (pp. 252-268)". Ahí radica, justamente, la razón de su prohibición, y es que se pretendía salvaguardar al deudor de una eventual situación como lo mencionara Rodríguez Prieto (2018) de "empobrecimiento injusto a favor del acreedor si este, mediante este pacto (comisorio) adquiere la cosa en un precio inferior al del mercado". Pero este argumento puede desestimarse, en la medida en que se evite el enriquecimiento injusto a través del establecimiento de un procedimiento objetivo y justo de valoración del bien adjudicado a favor del acreedor, de modo que si el valor de aquel supera la deuda garantizada, el saldo debe ser entregado al deudor. Esta modalidad denominada pacto marciano, fue reconocida incluso en el Digesto, y era aceptada en tanto respetaba la proporcionalidad entre el valor de lo debido y el valor del bien entregado al acreedor.

Esta es la modalidad que ha sido recogida por nuestra normativa. El artículo 58 numeral 5 establece que si el valor del bien garantizado fuere mayor que el monto de la deuda, y adjudicado que fuera este, el acreedor deberá devolver la diferencia. Para que proceda la adjudicación del bien en cobro de la obligación, el artículo 58 de la vigente ley, exige la existencia de un acuerdo entre las partes, al momento de la constitución de la garantía, pero además debe designarse a un representante común a ambas, que actúe con un poder específico e irrevocable (artículo 58, numeral 8). Al igual que ocurre con el proceso de venta extrajudicial, está prohibido que el acreedor garantizado ejerza como representante.

VII. El derecho del acreedor a la persecución del bien garantizado

El numeral 7 del artículo 42, reconoce al acreedor el derecho a:

"Perseguir el bien en garantía si el mismo fue vendido, cedido o transferido por el

deudor garante a una persona que no es un adquirente en el curso normal de los negocios de este, toda vez que la garantía mobiliaria continúa incluso después de la transferencia de los bienes y se extiende a sus productos".

La posibilidad de perseguir el bien mueble afectado en garantía, donde sea que se encuentre y sin importar que haya sido "vendido, cedido o transferido" por el deudor, traduce una característica esencial de los derechos reales de garantía. Naturalmente, el ejercicio de este derecho se ve facilitado si es que el acto jurídico que afecta el bien mueble ha sido inscrito en el SIGM. Si el acreedor opta por inscribir en esta plataforma su contrato, en virtud de lo establecido por el artículo 19, numeral 2, la ley les confiere "prelación, publicidad y oponibilidad frente a terceros". Pero cabe recalcar, que la inscripción es voluntaria y no obligatoria.

Es válido preguntarse, entonces, ¿qué sucede con aquellos contratos que no han sido registrados y que afectan en garantía bienes muebles? Esta situación se complica si existieran distintos acreedores, pues sería preferido aquel que hubiera accedido a la inscripción por sobre aquel que goza de la posesión. Como lo ha señalado Mejorada Chauca (2000) "para la ley la entrega del bien no es un elemento de oponibilidad, sino la inscripción en dicho registro".

El tenor del numeral 7 difiere de lo que establecía el derogado artículo 13 de la LGM, el mismo que no aludía a la adquisición del bien dado en garantía por una persona "que no es un adquirente en el curso normal de los negocios" del deudor. Asumiendo que el deudor sea un comerciante, para que el acreedor pueda preservar su derecho a perseguir el bien garantizado una vez transferido, el tercero adquirente no puede ser un cliente del deudor sino más bien, un sujeto que no revista esta característica. Podría tratarse de un sujeto que desconoce que el bien

adquirido se encuentra afectado por una garantía, no obstante la apariencia se desvanece frente a la inscripción del gravamen, “la publicidad registral se presume conocida por todos, por lo cual nadie puede alegar buena fe” (Mendoza del Maestro, 2014). Es decir, el acreedor perderá la capacidad de perseguir el bien garantizado si no inscribió el contrato que constituye la garantía y, si el tercero es un cliente habitual que adquirió el bien en su local “o establecimiento abierto al público”. El artículo 13 de la LGM derogada, establecía que el bien no era perseguible si había sido adquirido en tienda o local abierto al público y siempre que fuera amparado por un comprobante.

Empero, permanece la duda respecto de aquellos contratos que constituyen garantías mobiliarias y que no han sido inscritos. ¿Qué mecanismos tendría el acreedor para perseguir el bien garantizado frente a una eventual enajenación a un tercero realizada por su deudor? Si no se encuentra en posesión del bien garantizado, el seguimiento respecto a su permanencia en la esfera de disposición del deudor, resulta una tarea bastante difícil. Nos parece que el acreedor podría ejercer una acción pauliana, entendida esta como aquella que se concede a los acreedores para solicitar “la revocación de las actuaciones dolosas y dañosas que hayan sido realizadas por el deudor perjudicando las posibilidades de cobro de aquellos” (Acedo Penco, 2011).

VIII. Sustitución del bien dado en garantía

El numeral 8 del artículo 42 reconoce al acreedor el derecho a:

“Solicitar la entrega de un bien de igual o mayor valor en reemplazo del bien en garantía si este hubiera sufrido disminución en su valor económico, daño o deterioro estando en posesión del deudor garante o del depositario. Estos casos se verifican comparando el estado de

¿Qué dice Acedo Penco?

Nos parece que el acreedor podría ejercer una acción pauliana, entendida esta como aquella que se concede a los acreedores para solicitar “la revocación de las actuaciones dolosas y dañosas que hayan sido realizadas por el deudor perjudicando las posibilidades de cobro de aquellos”.

conservación encontrado, con el declarado al momento de la constitución de la garantía mobiliaria o mediante peritaje acordado entre las partes; siempre que sea posible tal comparación de acuerdo a la naturaleza de los bienes en garantía”

Para que el acreedor pueda ejercer este derecho requiere el cumplimiento de ciertas condiciones:

- Que no tenga el bien dado en garantía en su posesión.
- Que estando en posesión del deudor o depositario hubiera sufrido disminución de su valor económico.
- Que estando en posesión del deudor o el depositario, hubiere sufrido daño o deterioro.

De cumplirse estas condiciones, el acreedor podrá solicitar el reemplazo del bien dañado o deteriorado o disminuido en su valor, por otro que tenga igual o mayor valor. Ahora bien, ¿cuándo se considera un bien dañado o deteriorado? Si partimos de la idea de que el uso normal del bien produce un desgaste entonces cualquier otro acto que lo afecte y que no se corresponda con el uso normal, podría ser constitutivo de un daño o deterioro.

Comentario relevante de los autores



Si partimos de la idea de que el uso normal del bien produce un desgaste, entonces cualquier otro acto que lo afecte y que no se corresponda con el uso normal podría ser constitutivo de un daño o deterioro.

Por ejemplo, piénsese en un vehículo automotor que sufre una colisión.

Ahora bien, la disminución del valor económico debe ser analizada en función del bien de que se trate. Si pensamos en un bien cuyo valor oscila de acuerdo a las fluctuaciones de los precios en el mercado, como por ejemplo, los *commodities* o la tecnología, que por su rapidez hace que los bienes en lapsos cortos modifiquen hacia la baja su valor y, por lo tanto, sus precios de mercado, entonces resulta lógico que el acreedor pueda solicitar la sustitución del bien dado en garantía.

Para que esta solicitud tenga acogida debe someterse a peritaje (previamente acordado por las partes) o a la verificación del estado de conservación del bien siempre que esto último sea posible.

IX. Gastos de cuidado y preservación del bien

El numeral 9 del artículo 42, prevé que el acreedor podrá:

“Cobrar al deudor garante cualquier gasto por el cuidado y mantenimiento

del bien en garantía que se hubiere pactado o que resulte aplicable según la normativa vigente”.

Esta disposición encuentra sentido si es que el acreedor se encuentra en posesión del bien dado en garantía, pues como lo señala el numeral 3 del artículo 43 de la vigente ley, este queda obligado a “custodiar y preservar los bienes en garantía con la diligencia debida (...)”, tal como lo haría un depositario³. Otra de las obligaciones que asume es la de abstenerse de usar el bien salvo que se hubiera pactado algo distinto (artículo 43, numeral 4). En ese entendido, acreedor y deudor pueden pactar reglas encaminadas a conservar el bien o los bienes gravados, siendo el deudor quien deberá hacer frente a esos gastos. Así pues, puede suceder que la garantía haya sido otorgada ante entidades sometidas a la aplicación de leyes especiales, como por ejemplo, Aduanas. Este organismo acepta la constitución de una serie de garantías a su favor, dentro de las cuales se incluye la prenda, el *warrant*, la garantía nominal, etc., que requieren el depósito de los bienes dados en garantía. Naturalmente, esto conlleva una serie de gastos durante todo el periodo en que los bienes se encuentren depositados y se levante el gravamen.

A modo de conclusión

El Decreto Legislativo N° 1400 propone un régimen general aplicable a las garantías mobiliarias mejor estructurado y sistematizado que el anterior. En lo que concierne a las obligaciones y derechos de las partes interesadas, es decir, acreedor y deudor, el legislador ha sabido organizar de mejor manera los derechos y las obligaciones de cada uno de

3 **Artículo 1819, Código Civil.**- El depositario debe poner en la custodia y conservación del bien, bajo responsabilidad, la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

ellos, en un Capítulo Único pero en preceptos legales diferentes. Esta sistematización permite distinguir claramente, qué derechos y acciones asisten al acreedor garantizado y cómo puede ejercerlas, así como los requisitos formales que debe observar. Otra de las novedades interesantes, es la modificación del artículo 1130 del Código Civil, a fin de adaptarlo al régimen de garantías mobiliarias, permitiendo el pacto comisorio en los casos en que el bien sea adjudicado al acreedor para lograr el cumplimiento de la obligación garantizada.

Referencias bibliográficas

- Acedo Penco, A. (2011). *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Dykinson.
- Avendaño Valdez, J. (2006). La Ley de Garantía Mobiliaria. A propósito del nuevo régimen de garantías y sus implicancias en el ordenamiento jurídico peruano (mesa redonda). *Ius Et Veritas*(32).
- Castillo Freyre M. y Rosas Berastain V. (2017). *Análisis de la Ley de Garantía Mobiliaria*. Lima: Instituto Pacífico S.A.
- Castillo Freyre, M. (2006). *Ley de la Garantía Mobiliaria*. Obtenido de http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/la_ley_de_la_garantia_mobiliaria.pdf
- Castillo Freyre, M. (s.f.). *Ejecución de la garantía mobiliaria*. Recuperado el 30 de septiembre de 2018, de [castillofreyre.com/archivos/pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdf)
- Delgado Sheelje, Á. (2006). La ley de la Garantía Mobiliaria. A propósito del nuevo régimen de garantías y sus implicancias en el ordenamiento jurídico peruano (mesa redonda). *Ius Et Veritas*(32).
- González de Sáenz, E. (2006). La Ley de Garantía Mobiliaria. a propósito del nuevo régimen de garantías y sus implicancias en el ordenamiento jurídico peruano (mesa redonda). *Ius Et Veritas*(32).
- Mejorada Chauca, M. (2000). La ejecución de garantías mobiliarias y el pacto comisorio. Comparación de los sistemas peruano y norteamericano. *Ius Et Veritas*(20).
- Mejorada Chauca, M. (10 de mayo de 2006). *Garantía mobiliaria: novedad y reivindicación*. Obtenido de [usmp.edu.pe: http://www.usmp.edu.pe/derecho/11ciclo/civil/seminario_derecho_notarial/documentos_doctrina/GARANTIA%20MOBILIARIA.pdf](http://www.usmp.edu.pe/derecho/11ciclo/civil/seminario_derecho_notarial/documentos_doctrina/GARANTIA%20MOBILIARIA.pdf)
- Mendoza del Maestro, G. (noviembre de 2014). *Garantías a non domino*. Recuperado el 30 de septiembre de 2018, de <https://www.enfoquederecho.com/2014/11/11/garantias-a-non-domino/>
- Ortega Piana, M. (2013). El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado. Problemática relativa a las obligaciones (actualmente) inexistentes. *Ius Et Veritas*(46).
- Osterling Parodi F. y Castillo Freyre M. (2014). *Tratado de Derecho de las Obligaciones* (2da ed.). Lima: Thomson Reuters.
- Pizarro Aranguren, L. (2006). La Ley de la Garantía Mobiliaria. A propósito del nuevo régimen de garantías y sus implicancias en el ordenamiento jurídico peruano. *Ius Et Veritas*(32).
- Rodríguez Prieto, F. (julio-agosto de 2018). *Pacto comisorio y pacto marciano*. Recuperado el 2018 de septiembre de 30, de [Notario del Siglo XXI: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3304-pacto-comisorio-y-pacto-marciano-0-8973827435610655](http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3304-pacto-comisorio-y-pacto-marciano-0-8973827435610655)
- Valcavi, G. (s.f.). De la prohibición del pacto comisorio, la venta en garantía y el negocio fiduciario. *Textos jurídicos de Derecho Civil*.